

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA
MAGISTRATURA

LÁISA VEDRAMA LIMA

AFETO E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FILIAIS

PORTE VELHO/RO
MARÇO/2018

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

AFETO E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FILIAIS

Trabalho Jurídico-Científico de Conclusão de
Curso para obtenção do título de especialista
em Direito para a Carreira da Magistratura.

Professora Orientadora: Esp. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

**PORTO VELHO/RO
MARÇO/2018**

Ficha catalográfica elaborada por: Bibliotecário Celson Iris da Silva CRB-11/881

L732a	Lima, Láisa Vedrama.
	Afeto e responsabilidade civil nas relações filiais. / Láisa Vedrama Lima. – Porto Velho, 2018.
	83f.
Monografia (Curso de Pós-graduação – Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura) – Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.	
Orientadora: Prof. Esp. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza.	

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

LÁISA VEDRAMA LIMA

AFETO E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FILIAIS

Natureza: Monografia para conclusão de curso.

Objetivo: Obtenção do grau de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura.

Banca Examinadora:

Prof.^a. Esp. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza
Orientadora

Prof. Esp. Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa
Membro

Prof. Me. Dalmo Antônio de Castro Bezerra
Membro

À minha mãe Roselani e ao meu eterno amigo Francisco Alves Pereira.

AGRADECIMENTOS

Presto meus sinceros agradecimentos à Professora Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza, pela orientação, auxílio, disponibilidade, compreensão, em especial, por seu incentivo e atenção.

Ao meu caro amigo Gabriel Nunes pela contribuição em parte indispensável neste trabalho.

A minha querida amiga Bruna Tailine Rodrigues de Carvalho, pelo incentivo e todo auxílio prestado.

Ao meu amado companheiro Francisco Alves da Silva Neto, pelo amor, força e apoio que sempre me dedica.

“Tudo depende do tipo de lente que você utiliza para ver as coisas.”
(Jostein Gaarder, O Mundo de Sofia).

RESUMO

As evoluções e transformações sociais obrigam as ciências jurídicas à inovação e aprofundamento de temas até então afastados da apreciação do Poder Judiciário. Tal mudança pode ser facilmente percebida quando observadas as crescentes demandas da área cível, em especial, no direito de família e recentemente daquelas envolvendo o instituto da responsabilidade civil. Como um todo, passou-se a comportar visão menos patrimonialista das relações humanas regidas pela norma jurídica, bem como permitiu-se maior abertura à valorização e aplicação de princípios até então pouco inseridos em tais demandas como é o caso da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Afetividade. E, em se tratando do reconhecimento do afeto muito tem o Direito a evoluir. É nesse contexto que surge a temática da responsabilização civil decorrente das relações afetivas, mais comumente pela ausência ou precariedade destas nas relações paterno-filiais. Assim, o presente trabalho busca explorar e analisar o afeto como direito fundamental norteador das relações filiais e sua importância como protagonista nas ações que pleiteiam a responsabilização e reparação decorrente da existência e, principalmente, ausência de tal vínculo, analisando-o como elemento caracterizador do referido instituto jurídico, situação que exige maior atenção do Poder Judiciário e do Legislativo. Todo o estudo foi realizado por meio de levantamento bibliográfico, a partir da análise de leis, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, aplicando-se para tanto o método indutivo. Foram feitas abordagens sobre as bases históricas e a evolução dos conceitos e tratamentos sociais e legais dados à filiação, sobre a filiação propriamente dita, a respeito da tutela do afeto como direito fundamental e sobre a responsabilização e reparação civil, evidenciando a chamada indenização não pecuniária, encerrando-se com análise do posicionamento do Poder Judiciário e das consequências provenientes do afeto na relação de pai e filho, análise por meio da qual foi possível constatar que o tema, dada a sua complexidade, não deve limitar-se a uma visão individualista de pai e filho, devendo-se mais que em outras épocas, buscar por alternativas melhores e mais eficazes, trabalhando, inclusive, questões sistêmicas e até então pouco valorizadas no meio jurídico.

Palavras-chave: Filiação. Afeto. Responsabilização. Reparação. Fundamental.

ABSTRACT

Social developments and transformations oblige the legal science to innovate and go deep with themes until then removed from the appreciation of the Judiciary. This change can be easily understand when observing the increasing demands of the civil area, especially in the family law and recently of those involving the institute of civil responsibility. As a whole, it became a less patrimonialism view of human relations governed by the legal norm as well as allowing greater openness to the valorization and application of Principles until now little inserted in such demands, as is the case of the dignity of the human person, solidarity and affection. When it comes to affection, a lot has the Law to evolve. It is in this context that the thematic of civil accountability arising from affective relationships arises, more commonly because of their absence or precariousness in paternal-filial relationships. The present work seeks to explore and analyze affection as a fundamental right guiding the filial relations and its importance as a protagonist in the actions that claim responsibility and reparation arising from existence and, mainly, the absence of such a link. Thus, analyzing it as a characterizer element of the said legal institute, a situation that requires greater attention from the Judiciary and Legislative Branch. The entire study was done based by means of a bibliographical survey, based on the analysis of laws, doctrinal and jurisprudential understandings, and the inductive method was applied. This work did approaches on the historical bases and evolution of the concepts and social and legal treatments given to the filiation, about filiation itself, in respect of guardianship of the affection as a fundamental right on the civil responsibility and reparation, evidencing the so called non pecuniary indemnity. In the end finishing with an analysis of the position of the Judiciary and the consequences of affection in the relationship between father and son, analysis through which it was possible to verify that the theme, whereas its complexity, should not be limited to an individualistic vision of father and son and it must search, more than in other times, for better and more effective alternatives, including systemic questions which until then were less valued in the legal environment.

Keyword: Filiation. Affection. Responsibility. Repair. Fundamental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DOS CONCEITOS DE FILIAÇÃO	12
2.1 A PARENTALIDADE NO DIREITO ROMANO	12
2.2 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	16
2.3 DA FILIAÇÃO	21
2.4 DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA	22
2.5 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	24
3 DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	26
3.1 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	33
3.2 DAS DIFERENÇAS ENTRE AFETO E AMOR	36
4 DOS ASPECTOS LEGISLATIVOS E PRINCÍPIOS INTRÍNSECOS À RESPONSABILIDADE PARENTAL.....	40
4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	40
4.2 CÓDIGO CIVIL.....	41
4.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	44
4.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	46
4.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..	48
4.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	50
4.7 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL OU DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	51
4.8 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO	53
5 DA RESPONSABILIDADE E REPARAÇÃO CIVIL.....	54
5.1 DANO MATERIAL	60
5.2 DANO MORAL	61
5.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRESSUPOSTA	62
5.4 DA INDENIZAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA	64
6 DO POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

Como um todo, mas em especial nas últimas décadas, a sociedade brasileira tem apresentado mudanças significativas, transformações que evidentemente têm refletido nas ciências jurídicas. Dentre tais mudanças, ganham destaque aquelas afetas à família e consequentemente ao Direito de Família, que tem buscado constantemente abranger e atender as novas e diversas formas de núcleos familiares existentes, assim como às várias e novas demandas provenientes desse núcleo social.

Como em todos os ramos em que o Direito tem se moldado às transformações sociais, o Direito de Família tem buscado acompanhar os novos comportamentos, bem como passa a analisar e proteger mais a cada indivíduo que compõe o grupo familiar, não mais analisando-o como um núcleo inatingível e inseparável.

Num cenário em que o divórcio tem se tornado cada vez mais comum, que novas configurações do casamento ou de união entre pessoas têm sido admitidas, que vínculos parentais passam a transcender crivos meramente genéticos, prezando-se pela igualdade e bem-estar dos entes que compõem os diversos arranjos familiares, o Direito passa a deixar a estrita visão patrimonialista para com o instituto familiar, começando a enxergá-lo sob a ótica do afeto. É nesse contexto, que esse elemento essencial às relações familiares ganha novas roupagens e maior complexidade frente aos crescentes litígios que envolvem as relações familiares, principalmente, as paterno-filiais.

Em que pese nos dias atuais se esteja melhor amparado pelas disposições constitucionais e pelos Princípios que dela emanam a todo ordenamento jurídico, não se pode negar a dificuldade com que alguns casos são levados e apreciados pelo Poder Judiciário, dada as peculiaridades de cada situação e, principalmente os diversos entendimentos envolvendo uma mesma temática. Dentre os temas que têm ocasionado entendimentos divergentes, tanto na esfera doutrinária como na jurisprudencial, está a responsabilização decorrente do afeto, seja por sua ausência, prestação precária ou mesmo por sua simples existência em dada relação.

E assim, as ações específicas e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insatisfatórias ou insuficientes para cuidar dos interesses e bens existenciais lesados no ambiente familiar, como exemplo, tem-se a negligência afetiva e a contraprestação da destituição do poder familiar, remédio que serve como verdadeira

recompensa a um pai negligente, protegendo, mas também deixando o titular do direito à mercê da própria sorte para com seu destino e para com quem serão seus pais.

É nessa fase, de busca de soluções práticas e eficazes que surge a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil como ação geral e mesmo irrestrita, tornando-se esperança para onde convergem muitos anseios.

Todavia, banalizar instituto que até então tem-se mostrado eficaz quando da necessidade da responsabilização no âmbito cível, assim como monetizar o incalculável devem, de fato, ser preocupações presentes quando se trata da fusão das supracitadas áreas. Nasce então a urgente necessidade de avaliar melhor o afeto como um direito fundamental concretizável, cuja observância deva ser, idem a tantas outras obrigações parentais, obrigatória e passível de responsabilização, assim como deve ser a urgente a criação de novos meios de reparação, que não só as prestações pecuniárias, como meio de atender de forma justa e eficaz o realmente almejado em dada relação filial carente ou, em que presente, o afeto como elemento criador de direitos e deveres, sempre considerando as particularidades do caso concreto.

Com efeito, o presente trabalho tem por fito aprofundar a análise de tais questões, evidenciando a tutela constitucional dada ao afeto e a necessidade de considerá-lo como um direito fundamental, primordialmente, quando tratam-se de relações filiais, evidenciando-se a guardada normativa dada à proteção e prioridade aos direitos da criança e do adolescente, dentre os quais o de convívio, assistência material e moral no âmbito familiar, em especial por aqueles a quem naturalmente incumbe tal função, direito e dever: aos pais. Destacar a possibilidade de responsabilização civil decorrente da omissão ou negligência a esses direitos quando agravados pelo chamado abandono afetivo, apontando a prevalência de alguns princípios quando da discussão desse tema, de modo a analisar o comportamento e entendimento do Judiciário quando diante de tais celeumas, propondo-se a inserção de método “compensatório” alternativo na responsabilidade civil, identificando alguns dos efeitos decorrentes da ausência afetiva nas relações paterno-filiais.

A metodologia da presente pesquisa é de natureza aplicada, objetivando gerar conhecimentos aplicáveis na prática, propondo soluções à problemáticas existentes em casos concretos que envolvem interesses a nível nacional. Quanto a seus objetivos, a pesquisa é exploratória visando proporcionar maior familiaridade com o tema e o problema com vistas a torná-lo explícito e construir hipóteses. Envolve

levantamento bibliográfico e documental realizado por meio de leis, doutrinas, artigos jurídicos e jurisprudências.

O procedimento técnico adotado foi o bibliográfico, abordando textos já publicados, constituído principalmente, como dito alhures, em entendimentos jurisprudenciais e estudos doutrinários, utilizando a visão de estudiosos como Maria Berenice Dias, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Christiano Casettari, Maurício Cavallazzi Póvoas, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Ingo Wolfgang Sarlet, Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Rolf Madaleno, Anderson Schreiber, dentre outros.

O método de pesquisa utilizado foi indutivo, partindo da análise de bases legais como doutrinas, leis e decisões jurisprudenciais aplicadas a casos concretos de forma a ser suficiente para a expansão de uma verdade nacional, visando ampliar conhecimentos afetos ao mundo jurídico a fim de, primordialmente, constatar a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil nos litígios derivados de relações afetivas filiais e averiguar se, de fato, esta se apresenta como alternativa ou solução eficaz para tais casos.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DOS CONCEITOS DE FILIAÇÃO

Sabe-se que muito do ordenamento jurídico brasileiro deriva, ainda que de forma indireta, do Direito Romano. Fato que se comprova quando se trata do direito civil e por estar integrado neste, do direito de família, ou como denominado pela nova doutrina, do direito das famílias, que apresentou por um longo período forte influência do Direito Romano assim como do direito canônico que, conforme se observará, fez-se fortemente presente quando o assunto era matrimônio e relações filiais.

Desta feita, faz-se imprescindível conhecer as raízes históricas dos conceitos e características da família romana e seu regimento legal, bem como seu valimento no direito civil brasileiro a fim de possibilitar uma melhor análise e compreensão da evolução e formação de conceitos hoje instituídos e utilizados no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, necessário iniciar a presente seção com uma abordagem sobre a filiação ou parentesco no Direito Romano.

2.1 A PARENTALIDADE NO DIREITO ROMANO

O parentesco romano não se firmava nos laços sanguíneos, mas essencialmente no poder, o então chamado *potestas*. Nessa concepção, para o Direito Romano seriam parentes os indivíduos que estivessem sob o mesmo poder, ou seja, sob o poder do mesmo *pater*, figura exclusivamente masculina que detinha o status de *pater família*¹.

A família romana era uma entidade que se organizava em torno do homem, prevalecia o seu autoritarismo e a ausência de direitos aos demais membros da família, precipuamente no que diz respeito aos filhos e à mulher. O poder era centralizado e quem o detinha era a figura do *pater*.

Na Roma antiga, pautada na tradição religiosa, patrimonial e de imposição de poder, consideravam-se parentes os homens que compartilhassem os mesmos deuses, o mesmo repasto fúnebre e o mesmo fogo doméstico. Nesta perspectiva, a parentalidade não era possível através das mulheres, já que o direito de fazer sacrifícios e culto aos mortos somente se transmitia por via masculina, assim o filho pertencia exclusivamente ao pai.

¹ CASSETTARI, Christiano, Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

Como dito, o parentesco romano baseava-se no *potestas* e não nos laços sanguíneos, logo, seriam parentes as pessoas que estivessem ligadas pelo parentesco masculino. Tais pessoas eram chamadas de *agnadas* e o parentesco resultante deste denominava-se *agnatio*, assim o *pater* e seus descendentes eram *agnados* entre si.

O parentesco sanguíneo, que não produzia efeitos civis, era considerado um parentesco natural que se referia à família materna e chamava-se *cognatio*. A respeito é a explicação de Christiano Casettari²:

Na Roma antiga só os agnados eram parentes para efeitos civis, pois os parentes maternos não estavam vinculados civilmente. O filho era parente dos seus irmãos, das suas irmãs, do seu pai e dos seus próprios filhos (agnado, mas não era parente da própria mãe, para efeitos civis).

Com base em tais definições, o Direito Romano clássico e pós-clássico, distingua três categorias de filhos, os *iusti* (legítimos), os *ululgo quaestiti* e os *naturales liberi* (ilegítimos). Os legítimos eram aqueles procriados em justas núpcias, os agregados por adoção e os legitimados (situação presente apenas no período pós-clássico). Os ilegítimos, conforme sugestão da própria nomenclatura, eram aqueles gerados em união ilegítima, fora do matrimônio e assim para efeitos jurídicos não possuíam um pai. Por fim tinham-se os legitimáveis, vez que, mesmo nascidos de um concubinato poderiam tornar-se legítimos pelo processo de legitimação, todavia, permaneceriam sujeitos a regimento jurídico diferenciado. A respeito é o estudo de tais classificações conforme abordado na obra de Christiano Casettari³:

Os *iusti* (ou *legitimi*), isto é, os procriados em *iustae nuptiae*, os adotivos e, no direito pós-clássico, os legitimados são filhos que seguem a condição do pai, e há relações que independem de *patria potestas* entre eles e seus pais. Pais e filhos que são ligados pelo parentesco consanguíneo (*cognatio*) têm entre si direitos e deveres.

[...]

Os *ululgo quaesiti* (também denominados *uulgo concepti ou spurii*) são os filhos gerados pela união ilegítima, e por esse motivo não possuíam, juridicamente, um pai. Não há no Direito Romano a possibilidade de o pai natural reconhece-los ou legitimá-los, e, por esse motivo, não há direitos ou deveres entre eles já com relação à mãe, de quem eles seguem a condição, possuem os mesmos direitos dos filhos legítimos. Assim sendo, esses filhos não possuíam ascendentes masculinos, mas entram na família materna e gozam ali de todos os direitos do parentesco consanguíneo.

[...]

Os *naturales liberi*, no direito pós-clássico são os filhos nascidos de concubinato. Além de, pela *legitimatio* (legitimação), poderem tornar-se

² CASSETTARI, Christiano, Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014 p. 8.

³ Id., 2014 p. 6.

legítimos, estavam sujeitos a regime especial. Entre pai e *naturales liberi* há, reciprocamente, direitos a alimentos, e o direito restrito de sucessão *ab intestato*, isso além da capacidade, de ambos, de dar ou receber, um do outro, liberalidade *inter vivos* ou *mortis causa* sofrer restrições.

Por esses preceitos, cabia ao pai e não aos pais, orientar e decidir na vida de seus filhos, desde o tocante aos bens que seriam atribuídos a cada um, que educação e profissão deveriam ter, com quem iriam se casar até a morte de seus descendentes. Nesses termos, o filho era tido como uma coisa da qual a propriedade era exercida pelo pai. Novamente, importante destacar o abordado na obra de Christiano Cassettari⁴:

A *patria potestas* não era um *munus*, era uma *auctoritas*, um direito do *pater*, direito construído do mesmo modo que o domínio, de modo que o *pater* estava em face do *filius*, como o proprietário em face da coisa: ele é o titular do direito e o interesse protegido é o dele, e o *filius* está apenas como um paciente da *auctoritas*, não tem direitos a reclamar, tem uma posição de mera submissão jurídica.

Portanto, a família romana era formada “exclusivamente pelos filhos procriados pelo *pater família* e seus descendentes masculinos”, excluindo-se os descendentes das mulheres, pois estes pertenciam à família dos pais delas.

Outro aspecto interessante, e que se fez presente no direito brasileiro, é que no Direito Romano, o filho devia ter nascido pelo menos depois de sete meses ou 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da conclusão do matrimônio, ou então, em até dez meses após sua dissolução. Fora destes prazos, o marido não reconhecia a prole e a paternidade tinha de ser provada. Decorrente dessa regra foi instituída a classificação da prole nas três categorias supracitadas.

Tal distinção entre vínculo paterno e materno perdurou até o período Justiniano, época em que os parentes maternos evoluíram e de *agnatios* passaram a ser considerados *cognatios*, ficando os parentes maternos no mesmo patamar dos paternos. Contudo, foi tão somente no Baixo Império que os *naturales liberi* (ilegítimos) passaram a ser legítimos e, assim poderiam ingressar na família mediante um processo de legitimação (*legitimatio*) que se realizava de três formas: pelo matrimônio subsequente, por oblação a curia ou pelo escrito do príncipe. Tal qual nos mostra Christiano Cassettari⁵:

- a) pelo matrimônio subsequente (*per subsequens matrimonium*), forma permitida por Constantino apenas para os filhos naturais nascidos no ano da

⁴ Ibid., p. 7.

⁵ CASSETTARI, op. cit., p. 8-9.

decisão. O imperador Zenão repetiu essa permissão. Anastácio, em 517, transformou a legitimação num instituto jurídico, generalizando-a a todos os filhos naturais [...] o filho legitimado *per subsequens matrimonium* em tudo de equiparava ao legítimo. b) por oblação a cúria (*per oblatioenm curiae*), forma que resultou na necessidade de angariar cobradores de impostos (decuriões). Por esse motivo é que Teodósio II e Valentino decidiram, então, que o filho podia ser legitimado, inscrevendo-se como decurião, e a filha casando-se com um decurião [...] porém os efeitos dessa legitimação não eram completos, pois o filho não se tornava parente dos membros da família do pai. c) por escrito do príncipe (*per rescriptum principis*), decorre de uma decisão imperial, quando não há filhos legítimos e o matrimônio subsequente é impossível.

Definições arcaicas que influenciaram o direito de família até próximo do fim do século XX, o que não foi diferente no Brasil conforme se verá adiante, vez que pautado em tais conceitos instituiu-se posteriormente que a maternidade era sempre certa e a paternidade incerta. Logo, por tal máxima pregava-se que o vínculo materno era algo possível de ser provado, enquanto o vínculo paterno era de difícil confirmação. Nesse sentido explica o Brilhante Doutrinador Sílvio de Salvo Venosa⁶:

Tradicionalmente, afirmava-se com insistência, em passado não muito remoto, que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*); a paternidade era sempre incerta (*pater semper incertus est*). No direito tradicional, vigente até próximo do fim do século XX, essa foi uma verdade dogmática: enquanto a maternidade era sempre suscetível de ser provada, a paternidade era de difícil comprovação.

E embora pareça contraditório, o Direito Romano também já consagrava a presunção da paternidade, influenciado por outras leis, como o Código de Hamurabi, adotava-se no citado direito a máxima do *pater is et quaem justae nuptiae demonstrant*, ou seja, o pai é aquele indicado pelas núpcias. Sobre o assunto é a explicação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁷:

Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentaria. É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnais entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.

É a máxima absorvida no Direito Romano pela expressão *pater is et quaem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento). E mais, vem essa presunção acompanhada de outra, correspondendo ao outro lado da mesma moeda: *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 217.

⁷ FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol. 6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 584.

Perceber-se-á mais à frente, que o Direito Romano teve grande influência no direito brasileiro, principalmente no que diz respeito ao direito civil, logo veremos a forte presença de algumas regras romanas no Código Civil brasileiro de 1916, bem como perceptíveis os resquícios no vigente Código Civil de 2002.

2.2 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A elaboração de um Código Civil no Brasil foi uma ideia consagrada ainda na primeira Constituição do país, ou seja, na Constituição Monárquica de 1824 que determinada em seu art. 179, XVIII⁸ o seguinte:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
[...]

XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade.

Em que pese a determinação imperial para que o código fosse providenciado o quanto antes, foi tão somente em 1899, após diversas tentativas fracassadas de formulá-lo, quando Clóvis Beviláqua foi designado à missão de elaborar um novo projeto que passou por extensa tramitação nas casas legislativas, é que foi promulgada a Lei Civil brasileira em 1º (primeiro) de janeiro de 1916.

À época o Brasil passava pela transição da monarquia para república, vivenciando o período da República Velha. Contexto socioeconômico e político que refletiu no supracitado Código e, portanto, inseriu o conservadorismo patriarcal e a valoração patrimonial em suas normas, dentre estas as que dispunham sobre a família. Nesse sentido válido destacar a explicação de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze⁹:

Na época de sua elaboração, vivia o Brasil o período da República Velha, marcado pelo domínio político das elites agrárias. Nesse contexto, o Código Civil traduzia a ideologia dessa sociedade, que se preocupava muito mais com o ter do que com o ser [...] quando o assunto se referia a disciplina da família, imperava o conservadorismo. Com efeito, apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. O matrimônio, influenciado pelo Direito Canônico, era indissolúvel.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Pamplona Rodolfo. Novo curso de direito civil. Direito de família em perspectiva constitucional, ed. 4. rev., e atual São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

⁹ Id., 2014, p. 64.

No referido Diploma Legal que vigorou por mais de 80 (oitenta) anos, a filiação era tratada por classificações decorrentes da origem dos filhos: os advindos do matrimônio e os havidos de relações extramatrimoniais.

Importante mencionar, que embora Clóvis Beviláqua fosse contrário a distinção de filhos naturais e espúrios, parte de seu texto fora alterado pelo Congresso Nacional para que acrescidas vedações aos filhos ilegítimos, perpetuando-se o tratamento discriminatório existente.

Tais distinções discriminatórias foram reflexos de regras e práticas que vigoravam antes do advento do Código. Antes da Lei Civil de 1916 quem tratava dos conflitos familiares eram as Ordenações Portuguesas que ao se deparar com celeumas filiais, sempre privilegiavam juridicamente os filhos havidos no casamento, então considerados legítimos ou naturais. Válido citar o estudo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰:

Antes do advento do Código Civil de 1916, as Ordenações Portuguesas, que disciplinavam a solução dos conflitos familiares em nosso país, vislumbravam a filiação como uma espécie de “favor concedido aos filhos e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros” (Ordenações Filipinas, Liv. II, Tit. XXXV, § 12). E mais, a regulamentação jurídica alcançava, tão só, os filhos legítimos ou naturais (nascidos de pessoas casadas entre si), “porque quanto aos espúrios (cujos pais conforme o Direito não se consideram) hão de decorrer as suas más qualidades” (Liv. II, Tít. LV, § 4º).

Retomando as disposições propriamente ditas do Código Civil de 1916, tinha-se que os filhos gerados na constância do casamento, ainda que nulo ou anulado, mas contraído de boa-fé, eram considerados filhos legítimos e, os filhos decorrentes de relações extraconjugais, considerados ilegítimos. Não bastasse a titulação de ilegítimo, estes ainda poderiam ser classificados como naturais ou espúrios, sendo que este último poderia ser adulterino ou incestuoso.

Tanto se protegia o filho legítimo que o CC/16 em seu art. 217 que dispunha sobre o reconhecimento dos filhos, ditava que a anulação do casamento não impedia o reconhecimento da legitimidade do filho concebido antes ou na constância deste. Igualmente legítimos seriam os filhos advindos de um casamento nulo, quando declarada a putatividade.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol.6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 563.

Outrossim e como já mencionado, os filhos gerados em casamento nulo ou anulado seriam legítimos se o ato fosse contraído de boa-fé, não obstante tal possibilidade, a regra foi ampliada em 1977 com advento da Lei nº 6.515/77 que estendeu as condições de filho legítimo, vez que possibilitou classificar como legítimo o filho de casamento nulo ou anulado ainda que não contraído de boa-fé. Desta forma tem-se que o Código Civil de 1916 adotava precipuamente o princípio da demonstração das justas núpcias (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), o que implicava dizer que a legitimidade partia da presunção de que o filho de uma mulher casada teria sido concebido com o marido¹¹.

Assim, a legitimidade de um filho concebido na constância do casamento ou presumido que nele fora concebido, somente poderia ser contestada quando por meio de dois critérios: quando o marido estivesse fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte um dias do matrimônio ou com mais de trezentos dias precedentes ao casamento. O segundo critério era o da separação legal, se os cônjuges estivessem separados à época da concepção, a legitimidade do filho poderia ser contestada. Com base nestas suposições a lei possibilitava o reconhecimento de filhos até então considerados ilegítimos, o que poderia ser feito pelo pai, pela mãe, ou ainda, por ambos. Entretanto, era vedado o reconhecimento de filhos ilegítimos que fossem incestuosos ou adulterinos.

A partir dessas disposições iniciam-se de forma mais incisiva os debates sobre a suposição e comprovação da paternidade que, a princípio, alicerçava-se unicamente na questão da fidelidade conjugal por parte da mulher.

No mais, a Lei Civil fixava prazos para determinar o que seriam os filhos concebidos na constância do casamento, assim, os filhos nascidos com o mínimo de 180 (cento e oitenta) dias da celebração do casamento ou em até 300 (trezentos) dias após a dissolução do matrimônio. Logo, filhos nascidos fora desses prazos seriam considerados ilegítimos. Observa-se aqui a presença de regras do Direito Romano.

Importante ressaltar, que embora o atual Código Civil ainda adote tais prazos, este passou a admitir outras possibilidades de concepção, bem como, não aborda mais a questão da ilegitimidade.

Voltando aos citados padrões, a investigação de paternidade no Código de 1916 só era possível se existisse alguma das provas trazidas pela própria lei, que

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 221.

seriam: o concubinato entre os pais; o rapto da mãe pelo suposto pai; relação sexual coincidente com a data da concepção, ou ainda, a existência de documento escrito pelo suposto pai reconhecendo expressamente a paternidade.

Dessa forma, durante a primeira metade do século XX, quando vigente a referida lei e ainda incipientes as técnicas científicas de investigação filial, a figura do pai quase sempre se confundia com a do marido. Ademais, a ação de impugnação à paternidade só poderia ser interposta pelo marido, sendo à época uma ação prescritível.

Reforçando o inicialmente pontuado, possível concluir que as regras dedicadas a disciplinar as relações filiais e sempre supondo e preocupando-se com a existência de relações extraconjugais, pautavam-se na visão patrimonialista que, preocupava-se com eventuais prejuízos quando a transmissão dos bens constituídos na constância do casamento. Nesse sentido destacam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias¹²:

Sem dúvida, a disciplina anteriormente dedicada aos filhos – fundada na existência de relação matrimonial preexistente entre os seus pais – estava conectada em uma lógica patrimonialista, evidenciando que a maior preocupação do ordenamento era não prejudicar a transmissão de patrimônio que se organizava através do casamento. Os bens deveriam estar conectados na esfera da família (entenda-se matrimônio) e dali seguiram pela transmissão sucessória para as pessoas que, por meio da consanguinidade, dariam continuidade àquele núcleo familiar.

Posteriormente em 1942 com a criação do Decreto-Lei nº 4.737 e 1949 com advento da lei nº 883, assentiu-se, inicialmente ao homem casado e depois a qualquer dos cônjuges, o reconhecimento de filho havido fora do casamento, bem como ao filho foi dada a legitimidade para propor ação para buscar seu reconhecimento. Todavia, conforme observado por Maria Berenice Dias¹³ pouco foram os avanços trazidos pelas referidas normas:

O advento de duas normas, nos anos de 1942 e 1949, autorizou o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, mas somente após a dissolução do casamento do genitor. O máximo a que se chegou foi conceber o direito de investigar a paternidade para o fim único de buscar alimentos, tramitando a ação em segredo de justiça. Ainda assim, tais filhos eram registrados como filhos legítimos e só tinham direito, a título de amparo social, à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

¹² Id., 2016, p. 564.

¹³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 409.

E acrescenta sobre tal evolução normativa explanando que foi a Lei do Divórcio que garantiu a todos os filhos o direito à herança em igualdade de condições e possibilitou o reconhecimento de filho havido fora do casamento exclusivamente por testamento cerrado, bem como criou uma certa eficácia à ação de investigação de paternidade movida contra o genitor casado em que o único resultado útil do processo era o dever de prestar alimentos e que somente após dissolvido o matrimônio do genitor era possível registrar o filho¹⁴.

Foi somente em 1988 com a promulgação da Constituição Federal que a classificação legal discriminatória quanto aos filhos ilegítimos, constante no Código Civil de 1916, teve seu fim. Tal modificação deu-se em virtude do conteúdo do artigo 227, § 6º, da Carta Magna, que proibiu qualquer tratamento diferenciado aos filhos não havidos da relação de casamento para com os filhos havidos na constância deste. Deixou-se à época em que o legislador estabelecia presunções quase intransponíveis acerca da filiação, unicamente calcadas no matrimônio. Neste diapasão são as palavras de Sílvio de Salvo Venosa¹⁵:

No atual estágio da lei brasileira, após galgarem-se degraus legislativos paulatinos que outorgaram direitos aos filhos havidos fora do matrimônio e aos adotados, a Constituição de 1988 culminou por eliminar diferenciação de origem, estatuindo no art. 227, § 6º: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação.”

Consoante as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁶:

Somente com a normatividade garantista da Constituição-Cidadã de 1988 é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos. Aliás, preceito oriundo da Convenção Interamericana de Direito Humanos, apelidada de *Pacto de San José da Costa Rica*, já prescrevia dever cada ordenamento “reconhecer direito aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro dele.”.

E foi também a partir deste marco que a paternidade passou a ser apreciada como o vínculo não só caraterizado pela origem genética, mas também possível pela afetividade.

Hoje, sabe-se que a condição paterna vai muito além da simples situação de gerador biológico, havendo significados muito mais profundos. Tem-se a importância do reconhecimento da paternidade seja ela biológica ou socioafetiva ou ainda

¹⁴ Id., 2017, p. 409.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 211.

¹⁶ Ibid., p. 564.

multiparental, bem como sabe-se das consequências psíquicas, morais e físicas da ausência paterna ou materna na vida de uma criança ou adolescente e que assim como para com demais direitos e deveres da ordem jurídica, estes quando aplicados às relações filiais devem ser discutidos e regulamentados juridicamente e passíveis, portanto, das respectivas consequências legais, como é a responsabilização na esfera cível.

Feitas as breves e necessárias observações históricas acerca da filiação, passa-se a análise de seus conceitos e tipos.

2.3 DA FILIAÇÃO

Sobre a filiação importante introduzir com a colocação feita pela Professora Rose Melo Venceslau¹⁷:

O instituto da filiação talvez seja o mais antigo da civilização. É a filiação um dos símbolos da perpetuação da humanidade. É a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco, mas que nem sempre teve para o homem o mesmo significado.

E hoje, tem-se juridicamente como filiação “a relação de parentesco existente entre o descendente e seu ascendente de primeiro grau, é portanto, o vínculo constituído entre um sujeito e seus pais pouco importando o meio de sua formação.”¹⁸

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁹ vão além e afirmam ser a filiação a relação estabelecida entre pai/mãe e filho, sendo a mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica. Já na visão de Maria Berenice Dias²⁰:

Filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que se atribui reciprocamente direitos e deveres. Na Feliz expressão de Luiz Edson Fachin, a paternidade se faz, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, tem natureza de se deixar construir.

¹⁷ VENCESLAU, Rose Melo. Considerações sobre pai presumido sob o prisma civil-constitucional, p. 2. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/170.pdf>, acesso em: 31 de jun. 2017.

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, vol. 5. Direito de família e sucessões, ed. 5., reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234.

¹⁹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol.6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 560.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 417.

Válido destacar também o que explica Rodrigo da Cunha Pereira²¹ sobre filiação do ponto de vista da psicanálise aplicada ao direito:

Constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna por um pai é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção...,enfim aquele que exerce uma função de pai.

Assim, pode-se inferir que filiação é uma relação de parentesco existente entre pessoas que estão no primeiro grau em linha reta, ou seja, entre um indivíduo e aqueles que o geraram ou, como atualmente concebido, que o acolheram e criaram dada a existência de afeto e solidariedade familiar. Relação da qual automaticamente instituem-se direitos e deveres na ordem jurídica a todos os envolvidos: pais e filhos.

Em que pese as diversas roupagens que o conceito de filiação tem apresentado pela doutrina, em todas tem expressado o mesmo significado e importância social e jurídica.

Dado conceito de filiação, passa-se a análise de seus tipos ou gêneros.

2.4 DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA

A paternidade biológica funda-se na relação sanguínea e natural existente entre assim considerados pais e filhos que mantém um vínculo presente em sua origem genética. Para a doutrina majoritária, a filiação biológica, ou natural, é aquela fundada na consanguinidade, ou seja, nos laços de sangue, bem como, na carga genética que é transferida ao filho, seja através da fecundação após conjunção carnal ou outro meio de reprodução assistida.

Conviria nesse contexto destacar o conceito e explicação dada por Maria Berenice Dias²²: “Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é a verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim a filiação decorrente do vínculo de consanguinidade.”.

O reconhecimento e respeito à parentalidade biológica sempre esteve presente no judiciário brasileiro e fortaleceu-se quando da utilização de avanços tecnológicos como o exame de análise de DNA, técnica que permite a comprovação

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem analítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 62-63.

²² Id., 2017, p. 418.

da existência de liame genético entre duas ou mais pessoas e, portanto, fez-se o meio mais utilizado para comprovação das relações de genitor e prole. Tal método trouxe, principalmente ao judiciário, maior segurança ante a certeza do vínculo biológico e, quando comprovado, torna-se fator determinante na maioria das decisões.

Insta mencionar a importância desse método, vez que sabido que a maioria dos casos em que se faz necessária a utilização deste exame, são casos em que não há o chamado reconhecimento voluntário, embora não sejam os únicos casos em que se requisita a referida análise genética, ainda são a maioria no judiciário. Nesse sentido, reforçam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²³:

Não tendo sido obtido o reconhecimento espontâneo da parentalidade, sequer por meio da investigação oficiosa, os filhos – que não estão submetidos à presunção *pater is est* – deverão obter o reconhecimento de sua condição forçadamente, através de ação investigatória, dirigida contra o suposto genitor ou os seus herdeiros, com o propósito de obter a regularização do *status familliae*, bem como os consectários lógicos da perfilhação, como alimentos, nome, qualidade de herdeiro necessário etc.

E arrematam afirmando que “ninguém pode esconder a relevância da prova pericial na ação investigatória”. Aqui válido citar que o exame de análise de DNA se sobrepõe a outras técnicas periciais até então utilizadas, como é o exame prosopográfico que consiste na ampliação de fotografias do rosto e justaposição de uma à outra, buscando-se, portanto, semelhanças fisionômicas. Todavia, “com advento do exame de DNA, as outras formas de perícia restaram em segundo plano, dada a certeza científica na determinação da filiação”²⁴.

Destacando a importância do referido exame para o judiciário, tem-se a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça²⁵ que diz: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Bem ainda, o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 8.560/92 que dispõe:

Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA, gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com contexto probatório.

Outrossim, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra a valorização ao vínculo biológico quando garante ao adotado, menor ou não, por meio do Estatuto da

²³ Id., 2016, p. 633.

²⁴ Ibid., p. 660.

²⁵ BRASIL. Vade Mecum. Súmulas do STJ. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

Criança e do Adolescente (art. 48), o direito ao acesso irrestrito ao seu processo de adoção a fim de que tenha conhecimento de sua origem genética e, em alguns casos, de sua história (processo de adoção), podendo a qualquer tempo requerer o reconhecimento da paternidade biológica existente. Assim, clara é a importância dada a perícia genética no judiciário, utilizando-se desta sempre que possível e recomendável, permitindo aos julgadores um juízo com maior probabilidade de acerto.

Dadas as necessárias considerações sobre a filiação biológica, faz-se necessário explanar sobre a filiação socioafetiva, sendo parte crucial quando da abordagem sobre a responsabilidade civil decorrente da presença ou ausência de afeto quando se tratam das relações existentes entre pais e filhos.

2.5 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Para construção do conceito de parentalidade socioafetiva, devem ser analisados primeiramente os conceitos de afetividade e parentesco, vez que esses, obviamente, são os formadores do termo parentalidade socioafetiva. Como afetividade, válido citar o conceito abordado na obra de Christiano Cassettari²⁶:

Afetividade é a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo também o laço criado entre os homens que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.

Já no ramo da psicologia, a afetividade é tida como um estado do ser. Nesse sentido são novamente as palavras de Christiano Cassettari²⁷: “no campo da psicologia, o termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio”.

Dentro dessa perspectiva, percebe-se que a afetividade se trata de um estado emocional e vai além de conceitos contidos em um dicionário ou das palavras de um doutrinador, constitui relação subjetiva e íntima que toma diferentes conceitos quando das particularidades de cada relação e tem-se projetado cada vez mais à frente da maioria dos projetos e relações familiares.

²⁶CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014 p. 9.

²⁷Id., 2014 p. 10.

A definição de afeto e afetividade também se faz importante, para que se faça a necessária distinção desta para com o que é e pode ser considerado amor, ponto que será abordado mais à frente, vez que continuamente presente e controvertido quando se tratam, por exemplo, de demandas que envolvem o chamado abandono afetivo.

Por sua vez, e como já mencionado, tem-se por parentesco o vínculo jurídico existente entre as pessoas unidas por algum fato natural ou jurídico, tal qual nos explica Christiano Cassettari²⁸:

Derivado do latim popular *parentatus*, de *parens*, no sentido jurídico quer exprimir a relação ou a ligação jurídica existente entre pessoas, unidas pela evidência de fato natural (nascimento) ou de fato jurídico (casamento ou adoção). Nesta razão, embora originariamente parentesco, a relação entre parente, traga um sentido de ligação por consanguinidade, ou aquela que se manifesta entre as pessoas que descendem do mesmo tronco, no sentido jurídico, o parentesco abrange todas as relações ou nexos entre as pessoas, provenha do sangue ou não.

Pode-se perceber por este conceito, bem como na maioria dos conceitos do que viria a ser parentesco, que não se inclui claramente a questão do parentesco afetivo ou socioafetivo. Contudo, assim como em sua maioria, tais definições não trazem de forma explícita, mas também não descartam a possibilidade do parentesco ser de origem afetiva, porquanto, utilizam, expressões como: outras relações, que não provinha do sangue, origem diversa, dentre outras.

Sendo assim, pode-se concluir que a filiação socioafetiva é a parentalidade que resulta de outro vínculo, porquanto de afetividade, ou seja, da convivência, de uma relação mútua e solidária entre duas ou mais pessoas que, com ou sem vínculos consanguíneos, consideram-se pai e filho para todos os efeitos sociais e jurídicos. Havendo inclusive amparo legal, conforme se analisará melhor a diante, primordialmente pelo que preconiza o art. 1.593 do Código Civil, que dispõe: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Nesse sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias²⁹:

A filiação que resulta da posse do estado filho constitui uma das modalidades de **parentesco civil** de “outra origem”, previstas na lei (CC 1.593): origem afetiva. A filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela **convivência** e assegura o direito à filiação. A consagração da afetividade

²⁸ CASSETTARI, op. cit., p.13.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 429.

como direito fundamental subtrai a resistência em admitir a igualdade entre **filiação** biológica e a socioafetiva.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁰ reforçam o supracitado: “Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho.”.

Logo, a relação de convívio entre genitores e sua prole é o que, de fato, configura a paternidade que assim existe não por laime genético ou por força de lei, mas em decorrência de uma ligação afetiva. Novamente explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³¹:

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento, na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas.

Explanada sobre a evolução histórica e os atuais conceitos de filiação e seus principais tipos, será possível realizar uma melhor análise sobre a responsabilidade parental, sobre a tutela constitucional e todo alicerce legal dado ao afeto, no caso, aplicado às relações filiais, assim como avaliá-lo como elemento constitutivo de deveres e obrigações que sendo violadas ou negligenciadas podem ensejar a responsabilização civil.

3 DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Tratando-se de afeto, faz-se imprescindível tecer comentários sobre a sua tutela constitucional e assim, mais uma vez, abordar aspectos históricos evolutivos, vez que crucial ao melhor entendimento do tema abordado, já que hoje, para boa parte da doutrina e jurisprudência, tem o afeto status de direito fundamental de terceira dimensão ou ainda, integrante das três dimensões.

Pois bem.

Sabe-se da divisão dada aos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, de forma que a partir destas também é possível a melhor compreensão da evolução histórica (social, econômica, política, cultural, etc.) da humanidade.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil.*, vol.6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 611.

³¹ Id., 2016, p. 610.

Assim, desde que reconhecidos nas primeiras constituições, constantes e diversas foram as transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais, mutações que foram desde seu conteúdo e titularidade à eficácia e efetivação. Dadas tais transformações e a necessidade de se organizar tal processo, um jurista francês chamado Karel Vasak, então integrante do Instituto Internacional de Direitos Humanos, entendeu por bem instituir e difundir a ideia da classificação ou identificação dos direitos fundamentais em gerações, inicialmente, em três, já que hoje tem-se que existem direitos de até sexta dimensão³². Sobre o assunto válido citar explicação do Professor Sérgio Resende de Barros³³.

Em 1979, o Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, Karel Vasak, proferindo aula no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, França, lançou a ideia de que os direitos humanos haviam chegado a uma terceira geração: **direitos de solidariedade**. Na primeira geração surgiram direitos **individuais**. Na segunda, direitos **econômicos, sociais e culturais**, abreviadamente ditos direitos **sociais**. O “charme” da tríplice divisão, alinhando a evolução dos direitos com o lema da Revolução francesa de 1789, *liberdade, igualdade, fraternidade*, repercutiu na França e daí se internacionalizou. Os franceses aplaudiram e divulgaram. Tornou-se modismo no direito ocidental dividir os direitos em gerações.

Existentes são os embates doutrinários acerca da quantidade de dimensões e ainda sobre a nomenclatura correta, se gerações ou dimensões, todavia em que pese tais divergências, pode-se observar consenso quanto ao processo evolutivo e o teor das três primeiras.

Nascidos do movimento de resistência ao excessivo poder estatal, os direitos fundamentais de primeira dimensão são tidos como direitos individuais negativos, vez que abraçando a primeira vertente do lema iluminista da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), portanto, a liberdade, abarcam a proteção à direitos de cunho negativo, sob a ótica de abstenção da atuação do Estado na vida do indivíduo, destacando-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, como bem explicita Ingo Wolfgang Sarlet³⁴:

Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo-se assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação,

³² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 310.

³³ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto, p. 4-5. Anais do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.

³⁴ Id., 2016, p. 312.

reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito ao voto e capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) também se enquadram nesta categoria, que em termos gerais [...] correspondem aos assim chamados direitos civis e políticos, que em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental.

Direitos que seguiram integrando às Constituições ao longo do tempo até os dias atuais, exercendo papel crucial na formação do moderno Estado Democrático de Direito e servindo de alicerce a outros direitos e garantias fundamentais, principalmente para os de difícil efetivação.

Passado o auge do movimento em prol do Estado Liberal e da intensa influência do pensamento liberal-burguês, caminhou-se à fase do Estado Social. Passa-se ao período industrial e com ele surgem os graves problemas sociais e econômicos decorrentes das diversas desigualdades nascidas do fortalecimento capitalista, o que aliado aos ideais socialistas difundidos na época, fizeram eclodir inúmeras manifestações e movimentos reivindicatórios, exigindo-se do Estado, não mais a total abstenção na vida do indivíduo, mas um comportamento ativo na garantia de direitos para a realização do ideal de justiça. Nasce assim a máxima do bem-estar social. Rodrigo Padilha³⁵ pontua os aspectos históricos do surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão:

A segunda dimensão de direitos fundamentais foi fruto da revolução industrial europeia, a partir do século XX. Em razão das péssimas condições de trabalho, eclodiram movimentos como o cartista na Inglaterra e a Comuna na França (1848). O início do século XX ficou marcado pela Primeira Guerra Mundial e pela luta em prol dos direitos sociais. Nessa quadra da história, surgiram as constituições sociais, como a Constituição Mexicana de 1917, e a de maior repercussão, a Constituição da República de Weimar, Alemanha, de 1919, em que se buscava mais auxílio do Estado, incorporando direitos sociais, trabalhistas, culturais e econômicos. Por isso, são conhecidos como **direito à prestação positiva** (*facere*), dentre os quais se destacam os direitos sociais como saúde, trabalho, alimentação, educação, salário mínimo e aposentadoria, dentre outros.

Viu-se que não bastava garantir direitos, mas também precisava-se criar meios de efetivá-los e assim iniciou-se a luta pela justiça social e vida digna do ser humano em sociedade “aliada a ideia de uma justiça distributiva e no reconhecimento de direitos dos hipossuficientes, em busca de uma igualdade material³⁶”. Válido mencionar, que os direitos de segunda dimensão recebem críticas pela baixa eficácia

³⁵ PADILHA, Rodrigo, Direito Constitucional, 4 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 64.

³⁶ Id., 2014, p. 64.

normativa que possuem, vez que sempre dependentes da atuação do Estado no exercício de suas funções legislativas e administrativas para sua efetivação.

Ademais. Se por um lado a humanidade apresentou avanços tecnológicos, políticos, sociais e jurídicos, de outro regrediu no “senso de humanidade” e passou a representar uma ameaça a sua própria espécie. Por toda parte existiam conflitos ideológicos, políticos e econômicos que culminaram nas grandes guerras mundiais. A ganância e vaidade aliada ao avanço tecnológico, aqui leia-se poderio bélico, levaram às nações ao contínuo e intenso embate, o que induzia, ainda que indiretamente à autodestruição. Época de genocídios e destruição em larga escala do meio ambiente, de retrocessos sociais e jurídicos, as guerras tiveram consequências incomensuráveis e irreversíveis. Surge então no período pós-guerra a necessidade de reconstrução e prevenção ao cometimento de novas atrocidades em escala global, é nessa fase que nascem os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade são aqueles que repassam um ideal protetivo de maior escala, vez que transcendem a individualidade do ser humano e de pequenos grupos sociais, preocupando-se com a coletividade assim representada por grupos maiores, como nações, povos. Cabe novamente citar as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet³⁷:

Os direitos de terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povos, nação), caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa). Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento, expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”.

E foi nesse ínterim que se promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil que consagrou, ainda que implicitamente, o afeto como um direito fundamental. Na visão de Sérgio Resende de Barros³⁸ a Carta Magna possibilitou a presença, reconhecimento e efetivação do afeto como direito fundamental das ou nas três dimensões:

³⁷ SARLET, Ingo; MARONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 314.

³⁸ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto, p. 4-5. Anais do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf>. Acesso em 27 ago. 2017.

A primeira é a **dimensão singular**: o direito individual de cada um. A segunda é a **dimensão social categorial**: o direito especial de certas categorias ou partes da sociedade que precisam de um particular amparo jurídico. A terceira é a **dimensão social difusa**: o direito genérico de todos. É dessa maneira – tomando em consideração e articulando entre si essas três dimensões – que a Constituição de 1988 tutela o afeto e os seus efeitos. No âmbito da primeira dimensão, o afeto gera direitos individuais. Nessa dimensão, o primeiro direito individual relativo ao afeto tem por objeto o próprio afeto. É o direito ao afeto. O afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam. Logo, a Constituição o protege como direito individual: direito humano de qualquer indivíduo. Nessa dimensão individual, o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um a outro. É uma **liberdade constitucional**. Tal como a liberdade de contrato, a liberdade de afeto é um **direito individual implícito** na Constituição, cujo § 2º do art. 5º admite direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e princípios por ela adotados. No entanto, exatamente por ser uma relação entre os indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidade entre os sujeitos. Daí, por que o direito o protege não apenas como fato individual, mas também como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.

Correspondente é o entendimento de Maria Berenice Dias³⁹ quando afirma ser o afeto direito fundamental ligado ao direito à felicidade e da obrigatoriedade do Estado em assegurar o afeto por seus cidadãos:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso a Constituição elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realizações de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos – políticas públicas – que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionalista a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.

No mesmo sentido é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁰:

Em última análise, é possível afirmar: todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral de inclusão constitucional. Equivale dizer: todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento. É o que vem se denominando família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitido que cada pessoa se realize, pessoal e

³⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol.6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 73

profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais confinando ao estreito da sua própria família.

Explicação que certamente vai ao encontro do histórico e conceito dos direitos fundamentais de primeira e terceira dimensão. E é nessa dimensão que se deve focar quando se trata da responsabilização civil proveniente do afeto, pelo simples fato de existir em dada relação filial ou, de forma mais complexa, quando inexistente do ponto de vista social e jurídico, sendo prejudicial ao indivíduo e também à coletividade, se não vejamos.

Se o afeto integra a dimensão dos direitos difusos, ou seja, da fraternidade e solidariedade, este se concretiza no meio social por meio da própria solidariedade, logo, o afeto cria responsabilidades recíprocas, porquanto solidárias. Obrigação que até então só era observada nas relações privadas bem peculiares no direito civil ou no direito comercial, avançou e migrou para o direito social e passou a integrar e destacar-se no direito público e no direito de família. Desse modo, o afeto como direito fundamental de terceira dimensão obriga a todos à necessária preservação da dignidade humana, portanto, uma obrigação solidária.

Partindo dessa análise, tem-se que a Lei Maior estabeleceu três pilares de sustentação dessa obrigação: a família, a sociedade e o Estado (artigos 226 e 227, CRFB/88). E quando o constituinte originário instituiu que a família tem especial proteção do Estado e que este lhe assegurará assistência na pessoa de cada um dos que a integram (art. 226, § 8º) nada mais se fez que determinar a responsabilidade e prever a responsabilização, ainda que indireta, do Estado pela higidez das relações sociais entre cidadãos em especial no âmbito familiar, vez que, se “a organização da sociedade não assegurar à família condições básicas de existência, o Estado – cumprindo o dever de assistir a família na pessoa dos seus integrantes – está obrigado a suprir essa carência, especialmente para a criança, o adolescente e o idoso”.⁴¹ Nessa perspectiva deve-se incluir como Estado, o Poder Judiciário.

Daí a proteção à sociedade que deriva do direito fundamental ao afeto, logo, é válida a seguinte reflexão. Se negligenciada a proteção e garantia do afeto no âmbito familiar, mais cedo ou mais tarde, tal obrigação passará de um núcleo restrito para a tutela coletiva do Estado, sobrecregendo-o em suas funções, que consequentemente prestará serviços essenciais precários, ou mais precários, já que

⁴¹ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto, p. 4-5. Anais do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf>. Acesso em 27 de ago. 2017.

estar-se-á afetando toda uma cadeia sucessiva de fatores (tempo, dedicação, planejamento, orçamento, políticas públicas), o que é possível constatar quando observados abrigos de menores, asilos, hospitais públicos e até presídios.

Negar proteção ao afeto é por si só rejeitar o postulado constitucional da solidariedade, premissa maior que baliza a efetivação dos direitos fundamentais que por serem conexos necessitam de igual proteção e observância para que todos os demais sejam efetivados. Devendo todos serem igualmente compreendidos e priorizados, incluindo-se, portanto, o direito fundamental ao afeto, ou como colocado por parte da doutrina, o princípio da felicidade (no qual integra o afeto). Bem explicita o Constitucionalista Valdir Ferreira de Oliveira Junior⁴²:

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente (visão cartesiana). Tais direitos existem solidariamente, a negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva). Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da nossa própria condição humana (solidariedade subjetiva).

A ideia de solidariedade traz, dentre outros aspectos que serão oportunamente aprofundados ao longo do texto, dois grandes impactos no pensamento constitucional. O primeiro deles diz respeito aos direitos fundamentais e sua inserção no constitucionalismo de abertura (art. 5º, § 2º e § 3º da Constituição Federal). O segundo impacto cria novo paradigma na compreensão da Organização do Estado Constitucional, tanto no aspecto externo (princípio da cooperação, interdependência, interconstitucionalidade, interculturalidade, democracia inclusiva e cidadania supranacional) quanto interno (princípio da **capacidade de servir**, pluralismo, **felicidade**, multiculturalismo, **tolerância**, cidadania multimensional, democracia negativa e **igualdade de oportunidades**) (*grifo nosso*).

Aproveitando o grifo realizado, válida a indagação sobre o ideal de justiça não praticado quando se utiliza a máxima do “pai não é obrigado a amar um filho”. Ora, se dada pessoa nasce de (ou inserida em meio a, em casos de adoção, por exemplo) pais que não o desejam, não sabem ou não querem desempenhar o mínimo de suas funções paternas, estará essa pessoa independentemente de outras questões, fadada ao literal abandono paterno e/ou materno? É justo limitar-se a essa análise da “obrigação sentimental de amar” para não o (os) penalizar, por, por exemplo, abandono afetivo e assim deixar que essa pessoa e muitas outras continuem a mercê da própria sorte para com quem têm, são ou serão seus pais? Não merece esse indivíduo igual oportunidade de ter pais no melhor e mais profundo sentido e

⁴² MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. Tratado de Direito Constitucional I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

significado da palavra, ou seja, para além de crivos genéticos ou registrais? Tais indagações e reflexões são de extrema importância para que o ideal de justiça seja sempre buscado e alcançável também no direito de família, em especial no que diz respeito às relações filiais. Por outro lado, válida também é a preocupação com a monetização, contratualização e banalização do afeto quando de frente a tais questões. A elucidação destas será melhor tratada ao longo do trabalho.

Retomando a análise do afeto como direito fundamental, é possível concluir que este é, de fato, direito que se negado, negligenciado ou violado, em especial nas relações filiais, impossibilita a efetivação, a fruição de outros direitos e garantias fundamentais à público naturalmente vulnerável que merece maior proteção, ou seja, os titulares do direito que aqui ganham destaque: crianças e adolescentes, não desconsiderando a importância da proteção desse direito também aos pais. Premissa melhor embasada a frente quando tratada a responsabilidade parental no ordenamento jurídico brasileiro.

Feita essa breve análise sobre a tutela constitucional do afeto como direito fundamental, precípuamente nas relações familiares, passe-se ao estudo de princípio que deriva dessa tutela, qual seja, o princípio da afetividade.

3.1 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Como se pode observar por meio do explanado sobre a tutela constitucional do afeto e embora não conste em trecho algum da Carta Magna, de forma expressa, a palavra afeto ou afetividade, mais que nítida é a sua guarida constitucional e, portanto, evidente e inafastável é a existência e o status constitucional da afetividade como princípio, ou seja, do princípio da afetividade.

Comprova-se implicitamente sua presença em diversas disposições contidas na CRFB/88, como é o caso das disposições contidas no art. 226, § 3º, que confere o caráter de núcleo familiar à união estável, dando a esta a devida regulamentação e proteção jurídica, assim como é dado ao instituto da adoção (art. 226, § 6º). Vê-se que ambas são relações formadas e consolidadas a partir da convivência precedida ou conduzida a partir do afeto, sem que existam, na maioria dos casos, outros vínculos como é o matrimonial ou o genético. Consonante é a explicação de Maria Berenice Dias⁴³:

⁴³ Id., 2017, p.59.

Mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Princípio que está estritamente ligado a outros princípios constitucionais explícitos como é o da dignidade da pessoa humana **que**, trouxe, como dito, avanço em especial no ramo do Direito de Família. Ressaltam Flávio Tartuce e José Fernando Simões⁴⁴:

O afeto talvez seja apontado, atualmente como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constatado a expressão afeto do texto maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana.

O princípio da afetividade proporcionou segurança às relações fundadas nas socioafetividade, podendo-se inclusive afirmar como boa parte da doutrina, que tem sido princípio preponderante a outros aspectos legais como crivos biológicos e patrimoniais. Passou a ser “fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses⁴⁵” e celeumas controvertidas nesse âmbito. Reforçando todo o entendimento, novamente válido destacar o que diz Maria Berenice Dias⁴⁶:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

Trata-se de princípio que procura abranger as verdadeiras necessidades do ser, resguardando as garantias fundamentais de forma mais precisa ao passo que também abrangente. Nesse sentido são as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁷:

Afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu “eu”, sendo fundamento compreender a

⁴⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Direito de Família. ed. 4. São Paulo: Método, 2010. p. 45.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol.6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 53.

⁴⁶ Id., 2017, p. 59.

⁴⁷ Id., 2016, p. 53.

possibilidade de que dele (do afeto) decorram efeitos jurídicos, dos mais diversos possíveis.

Essa afetividade traduz-se, em concreto, no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando-se a imprescindível dignidade de todos. Isto é, a família é o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Bem explicado ainda por Maurício Cavallazzi Póvoas⁴⁸ principalmente acerca da influência e avanço do presente princípio no que diz respeito à filiação:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação de fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a firmação da natureza da família como grupo fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriacionais, econômicas, religiosas e políticas.

Diante de tais posicionamentos não se pode negar o caráter constitucional do respeito e observância ao afeto, bem como inegável seu status de princípio constitucional. Assim, analisado o caráter principiológico do afeto, deve-se partir para análise probatória da existência deste nas relações familiares, especificamente nas relações filiais e como a afetividade deve ser aferida para assim ser considerada nas decisões judiciais.

O Judiciário tem pautado a maioria das decisões sobre a filiação socioafetiva em critérios fáticos e também subjetivos. A demonstração habitual de carinho e cuidado, atos cotidianos que concretizam responsabilidade e exteriorizam sentimentos recíprocos, estão sendo as provas basilares e por vezes suficientes para as decisões que reconhecem a paternidade socioafetiva. Exemplo dessa situação, é o caso abordado na obra do magistrado Maurício Cavallazzi Póvoas⁴⁹:

Diga-se que um jovem, ao atingir os 18 anos de idade, descubra que aquele que cuidou de si a vida toda na verdade não é seu pai biológico. Revoltado, ele ajuíza ação de investigação de paternidade cumulada anulação do registro contra seu suposto pai biológico e contra aquele que até então imaginou ser seu genitor. Este, ao contestar o pedido, diz que pretende continuar sendo pai do autor, com quem sempre teve uma relação de afetividade. O filho impugna a contestação, asseverando que não tem mais afeto nenhum por seu “pai afetivo” porque ele o enganou. Pergunta-se: será que o argumento do filho impede o reconhecimento da paternidade afetiva? A resposta é negativa.

[...]

Se durante o tempo em que conviviam, pai e filho tinham uma relação de afeto, não é o rompimento da relação que vai fazer cair por terra essa relação,

⁴⁸ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 29.

⁴⁹ Id., 2012. P. 31.

autorizando a procedência do pedido de rompimento deste vínculo por um pedido unilateral. Assim uma vez estabelecida a afetividade, basta que se prove que até o momento do início do litígio entre as partes ela se manteve. Feita esta prova, não há como afastar a existência da aludida relação pelo fato de terem as partes iniciado uma ação judicial em lados opostos.

Vê-se que, embora facilmente perceptíveis os requisitos, aspectos, fatores que caracterizem e fundamentem o reconhecimento de dada relação afetiva, comprová-los e valorá-los em dado caso não é tão simples, bem como pode-se constatar que a presença de afeto não se confunde com amor, vez que reação do filho citado no exemplo foi de repulsa, talvez ódio, à pessoa que até então reconhecia como pai e mesmo assim o vínculo afetivo formador da paternidade já estava consolidado e foi reconhecido.

De mesmo modo que mensurar e intensificar as consequências da ausência de afeto não é tarefa fácil, dada a subjetividade de tais relações e reações particulares de cada pessoa, o que não afasta a necessidade e possibilidade de se debater juridicamente tais questões, vez que demandadas diariamente, se mostrando cada vez mais complexas e exigindo maior atenção do legislador e do julgador.

Por sua vez, inegável é o fato de que o princípio da afetividade se tornou um dos princípios norteadores do direito de família moderno, representando avanço e proteção jurídica a relações antes ignoradas ou distantes da apreciação jurídica, exemplo disso são as uniões homoafetivas, hoje debatidas, reconhecidas e levadas ao Poder Judiciário como as demais relações. Ainda se pode citar aplicação do referido princípio no âmbito das normas protetivas da criança e do adolescente, que em seu texto traz diversas passagens de que o vetor da orientação comportamental dos pais e representantes, principalmente no que tange à colocação de uma criança em família substituta, é o afeto. Percebe-se, ainda, que afetividade tem sido a mola propulsora no reconhecimento das relações filiais não biológicas, quebrando paradigmas, até então tido como absolutos, da superioridade genética comprovada por meio do exame de DNA, produzindo tal reconhecimento, obrigações e direitos idênticos aos da filiação biológica.

Avaliada a consagração normativa e jurídica do afeto, necessário fazer a análise das diferenças entre amor e afeto, vez que não raramente são confundidos, refletindo principalmente em decisões judiciais no âmbito familiar.

3.2 DAS DIFERENÇAS ENTRE AFETO E AMOR

Ponto polêmico e controvertido quando se tratam de demandas judiciais que

envolvem questões afetivas e eventual responsabilização civil é a diferenciação de afeto e amor.

Comumente tem-se ouvido ou lido que em alguma decisão colocou-se o questionamento ou a máxima de que “ninguém é obrigado a amar alguém”, ou no caso, “um pai não é obrigado a amar um filho”⁵⁰, termo que geralmente tem embasado o indeferimento de ações familiares, que por exemplo, buscam a indenização por abandono afetivo.

Embora o afeto englobe o sentimento amor, este não se resume a ele, tampouco deve-se utilizar sempre um termo como sinônimo do outro. Assim, passa-se a necessária análise de suas distinções.

Tem-se por afeto o conjunto de sensações e sentimentos experimentados internamente por determinada pessoa quando em contato com fatores ou elementos externos. Implica dizer que afeto é uma manifestação do ser, um misto de impulsos que ocasionam reações no organismo. Em conformidade é o estudo de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf⁵¹:

O sentido etimológico da palavra afeto, que deriva do latim *afficere*, *affectum*, e que significa produzir impressão; e também do latim *affectus*, que significa tocar, comover, espírito, unir, fixar, ou mesmo adoecer. Seu melhor significado, no entanto, liga-se à noção de afetividade, afecção, que deriva do latim *afficere ad actio*, onde o sujeito se fixa, onde se liga.

Para o psicopedagogo Eugênio Cunha⁵² nossos impulsos emocionais têm início no afeto. Refere-se às sensações que se vivenciam no campo dos sentimentos e que nos trazem experiências reais, boas ou ruins. Essas experiências são responsáveis pelo nosso prazer em viver e complementa:

Na definição etimológica, o afeto é neutro. Pode exprimir um sentimento de agrado ou desagrado em diferentes graus de complexão; disposição de alma, que tanto pode revelar amor ou ira. O afeto, entretanto, quando resulta da prática do amor, torna-se amorosidade, atitude que se reverte em um estímulo para o aprendizado, dando clareza e entendimento à consciência.
[...]

É por meio do amor que se obtém a saúde mental e emocional. É em razão do amor que sabemos se somos felizes ou não.

⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves; votou vencido o Ministro Barros Monteiro, que não conhecia do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Data do julgamento: 29 de novembro de 2005.

⁵¹ MALUF, Adriana Calda do Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 19.

⁵² CUNHA, Eugênio. Afeto e aprendizagem. Relação de amorosidade e saber na prática pedagógica. 3. ed., Rio de Janeiro: Wak, 2012, p. 16.

Trazendo tais conceitos para o âmbito familiar, pode-se dizer que o afeto se converte em vínculo formado a partir de experiências recíprocas e “restritas” que instituem a convivência ou se constroem a partir da convivência e geram obrigações solidárias. Não obstante seja o afeto um “laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre famílias, pondo humanidade em cada família⁵³”. Bem na esteira do que ensina psicanalista Giselle Câmara Groeninga⁵⁴ em sua tese de doutorado sobre convivência entre pais e filhos:

O relacionamento familiar se dá por meio de vínculos de diferentes qualidades, que compreendem desde os vínculos de amor e ódio até os de conhecimento e cooperação. Esta é a base afetiva que, com suas nuances, constitui o relacionamento familiar.

[...]

Sublinhe-se que tais práticas implicam formas de vivenciar os afetos na família, tanto negativos, da ordem da agressividade, quanto os positivos, da ordem do amor, afetos aos quais se dão, atualmente, reconhecimento jurídico e que, repete-se definem formas de vínculos, de relacionamento familiar e de convivências.

Pois bem. Assim como para definição de afeto fez-se necessária a utilização de estudos da psicanálise, idem será para conceituar de forma científica o que pode ser entendido como amor. Após, será possível observar que, em que pese o amor possa derivar do afeto, e um seja de imprescindível para o desenvolvimento salutar do outro, estes não se confundem em especial quando devem servir de embasamento jurídico.

Para o psicanalista alemão Erich Fromm⁵⁵ amor não é, necessariamente, uma relação com uma pessoa específica, mas uma orientação de caráter que determina a relação de alguém com o mundo e tal palavra não deve ser utilizada para qualquer tipo de união interpessoal e reforça:

Considerando que a união pode ser obtida de diversos modos, essa palavra deve ser reservada somente a um tipo de união: a união madura que existe sob a condição da preservação da integridade própria, ou seja, a união com

⁵³ DIAS, 2017, *passim*.

⁵⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito a convivência entre pais e filhos. Análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. SÃO PAULO. Universidade de São Paulo, 2011, p. 69, 73. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjixPzCgoXWAhVN6mMKHULECp0QFqgsMAE&url=http%3A%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2131%2Ftde-22082012-152003%2Fpublico%2FGiselle_Groeninga_Resumido.pdf>. Acesso em: 28 agos. 2017.

⁵⁵ SCHLOSSER, Adriano; DALFOVO Daniel David; DELVAN Josiane Delvan da Silva. Um estudo sobre amor: Diálogos entre Sigmund Freud e Erich Fromm. Psicologia Argumento, 2012, p. 569. Disponível em:<<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/PA/pdf/?dd1=6143>

a preservação da individualidade de ambos [...] o amor em sua forma madura é uma atividade, uma expressão de produtividade e não de afeto passivo, podendo esse caráter ativo do amor ser descrito primordialmente em dar e não em receber.

[...]

Além disso, existem alguns elementos básicos, comuns a todas formas de amor, são eles: cuidado, responsabilidade, respeito e conhecimento e apenas com essas qualidades o amor pode ser amadurecido.

O mesmo estudioso traz um conceito de amor (amor fraterno) que, tendo por base o inicialmente exposto, pode o enquadrar como um direito fundamental de terceira dimensão⁵⁶:

O amor fraterno abrange todas as qualidades anteriormente citadas com relação a todo e qualquer ser humano, caracterizando-se pela falta de exclusividade. Esse amor baseia na experiência de que todos somos um, assim sendo denominado de amor entre iguais.

Dada linha tênue entre o significado de amor e afeto, se faz de extrema importância tentar diferenciá-los juridicamente, vez que ambos são emoções positivas, por vezes confundidas, principalmente no âmbito familiar. Nesse contexto, vale mais uma vez destacar a visão da psicanalista Giselle Câmara Groeninga (apud Christiano Cassettari⁵⁷):

A questão dos afetos merece ainda atenção especial, pois, talvez, pela resistência que tenhamos em reconhecer as qualidades agressivas, que todos nós possuímos, tendemos, no senso comum, e mesmo pela herança filosófica, a equiparar amor ao afeto. Muitas vezes idealizando a família como reduto só de amor. Idealização que se quebra quando nos defrontamos com a violência dos conflitos familiares. A função da família está mais além do amor – está em possibilitar as vivências afetivas de forma segura, balizando amor e agressividade, inclusive para que as utilizemos como matéria-prima da empatia, capital social por exceléncia. Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda influenciam nossa forma de interpretar o mundo.

De tais conceitos pode-se fazer a seguinte reflexão: Se o amor se forma e consolida apenas em campo apropriado para isso, porquanto deva ser maduro, isso implica dizer que, de fato, não se pode responsabilizar, punir ou obrigar alguém a amar outra pessoa. Todavia, sendo o afeto, um fato, sentimento, sensação e reação (psíquica, química, orgânica) ampla que abrange e propicia a formação do amor, nada impede que uma pessoa, por meio da afetividade “imposta” (por via judicial), por óbvio considerando-se o valor jurídico e social do afeto como direito fundamental, seja

⁵⁶ Id., 2012., p. 570.

⁵⁷ CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014 p. 10.

compelida a abrir espaço para tal experiência que poderá ou não amadurecer e resultar em amor, mas que em todo caso estabelecerá senso de responsabilidade e criará vínculos. O que implica dizer, que não deve o Poder Judiciário se escorar em conceitos e estudos limitados, principalmente no direito de família, para emitir suas decisões e correr o risco de distanciar-se do ideal de justiça que deveria ser por este garantido e efetivado.

4 DOS ASPECTOS LEGISLATIVOS E PRINCÍPIOS INTRÍNSECOS À RESPONSABILIDADE PARENTAL

4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Sabe-se das evoluções históricas sociais e consequentemente jurídicas pelas quais passou a família ao longo do tempo. Embora tais alterações, algo se fez e faz presente, na maioria destas, exigindo cada vez mais atenção do legislador e do Poder Judiciário. Trata-se de ponto importante e comum a todos os arranjos ou núcleos familiares nos quais se fazem presentes os filhos, qual seja, a responsabilidade parental.

Direito, dever, função, obrigação consagrada na Carta Magna e em diversas leis no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade dos pais para com seus filhos é tema crucial para o embasamento da responsabilidade decorrente desta.

Na Constituição Federal o núcleo da responsabilidade parental está contido nos artigos 227 e 229 que, respectivamente, dispõem como dever da família educar, conviver e respeitar à dignidade dos filhos, primando pelo desenvolvimento salutar destes, bem como atribuiu aos genitores o dever/função de assistir, criar e educar seus filhos. Desse modo, pode-se depreender que a responsabilidade dos pais é dever irrenunciável que considera primordialmente a vulnerabilidade dos filhos enquanto criança e/ou adolescente que, portanto, carecem de tratamento especial. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais certos deveres, em virtude do exercício "natural" do poder familiar, termo que corresponde ao poder/dever do exercício da responsabilidade parental, como observar-se-á adiante, *in verbis* o que ditam os artigos 227 e 229 da CRFB/88⁵⁸:

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,

⁵⁸ BRASIL. Constituição Federal. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

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. (*grifo nosso*).

[...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Quanto às disposições constitucionais que tratam ou embasam a responsabilidade parental pode-se citar também aquela contida no art. 226, § 5º que preconiza: "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" o que implica dizer que dentre tais direitos e deveres está a autoridade parental que, portanto, cabe a ambos os genitores.

Assim, possível concluir que a Constituição destaca especial atenção ao dever de educar e, sendo o ensino reconhecido como um direito subjetivo público, é dever do Estado e da família promovê-lo e incentivá-lo (art. 205 e 208, § 1º, CFRB/88)."Portanto, mais um dever é atribuído aos pais, qual seja o de manter os filhos na escola. O inadimplemento deste encargo, além de configurar o delito de abandono intelectual (art. 246, CP), também constitui infração administrativa (art. 249, ECA)⁵⁹".

Outrossim, a Constituição de 1988 ao consagrar os princípios da proteção integral, do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade, possibilitou, como já dito, a extinção dos tratamentos discriminatórios existentes, instituindo o tratamento igualitário dos filhos havidos e não havidos durante o casamento e dos filhos adotivos, garantindo-lhes os mesmos direitos para todos os fins.

Disposições que embasam todas as demais que detalham o exercício das responsabilidades parentais, como aquelas contidas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se verá a diante.

4.2 CÓDIGO CIVIL

Fazendo breve conexão ao tratado na primeira seção, a expressão poder familiar adotada no Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que justamente, remonta ao direito romano no que diz respeito ao *pater postestas*, ou seja, ao poder ilimitado e absoluto conferido ao homem sobre os filhos e toda a organização familiar. Assim, o primeiro *codex* civilista empregava o referido termo e, portanto, tal poder era exclusivamente exercido pelo marido, chefe da sociedade conjugal e

⁵⁹Id., 2017, p. 492.

apenas em sua ausência ou impedimento é que tal poder era passado à mulher. Situação que conforme visto e já explanado foi modificada quando promulgada a Constituição Federal em 1988. De mesmo modo, válido citar que o termo hoje adotado sofre duras críticas da doutrina vez que não reflete apropriadamente o real sentido e significado das funções parentais.

Retomando as disposições propriamente ditas do Código Civil de 2002 no que tange às responsabilidades parentais, pode-se iniciar citando o disposto no art. 1.630: "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores." Maria Berenice Dias⁶⁰ explica sobre o poder familiar:

O poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível**. Decorre tanto da **paternidade natural** como da **filiação legal** e da **socioafetiva**. As obrigações que dele fluem são **personalíssimas**. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.

Pela redação do referido artigo, depreende-se que todos os filhos, até os 18 (dezoito) anos estão sob o poder familiar, logo, sujeitos ao poder de seus pais, saindo desta regra quando forem desconhecidos ou falecidos ambos os genitores e que assim, ficam sob tutela, conforme dispõe o art. 1728 do Código Civil: "Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes.". Ou quando filho for maior, mas incapaz, quando ficará sujeito a curatela, nos termos do art. 1.775 do Código Civil.

Nota-se que, sendo somente estas as exceções, o divórcio ou qualquer "tipo" de separação dos pais, não os desobriga ao exercício do poder familiar, pouco importando sua situação conjugal, conforme dita o art. 1.634 do referido diploma legal: "Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos".

É também por meio dos incisos do referido artigo que se tem os ditames legais das formas do exercício do citado poder, que nitidamente não representa um rol exaustivo de direitos e deveres, quais sejam:

I - dirigir-lhes a **criação e a educação**; II - **exercer a guarda** unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes

⁶⁰Id., 2017, p. 488.

tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

Aqui válido destacar algumas observações novamente realizadas por Maria Berenice Dias⁶¹, quanto às falhas normativas pertinente ao poder familiar:

O poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores. No entanto, descuidou-se o legislador desses deveres em face dos filhos havidos fora do casamento. De forma absurda, condiciona a guarda do filho à concordância do cônjuge do genitor (CC 1.611). Com o único propósito de preservar a unidade familiar daquele que reconheceu um filho extramatrimonial, olvida-se a lei que deve obediência à Constituição, a qual consagra o princípio da prevalência do interesse de crianças e adolescentes. Assim, a regra é de ser simplesmente por não escrita, por sua flagrante inconstitucionalidade. Falando em desrespeito à Constituição, injustificadamente a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por ela tuteladas, explícita ou implicitamente. Nada diz, por exemplo, sobre famílias monoparentais, homoparentais, ou multiparentais entidades familiares que, constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam da atenção do legislador.

Do exposto, comprehende-se que o exercício das responsabilidades parentais se dá por meio do poder familiar e dentre tais atribuições estão o dever de proteção, cuidado, educação, convivência, de onde extraem-se alguns direitos e deveres bem delimitados no texto legal, como o dever de guarda, de prestar alimentos, o direito de visitas, de registro⁶², dentre outros.

Igualmente, pode-se observar certa preocupação do legislador com a garantia e efetivação do **direito de convivência**, vez que estabelece a importância desta mais de uma vez ao regulamentar a guarda e o direito de visitas (Capítulo XI Da Proteção da Pessoa dos Filhos, art. 1.583 a art. 1.590 do CC) ponto crucial para desenvolvimento e concretização salutar dos vínculos afetivos (e todos os benefícios que deles derivam), portanto, direitos e deveres que se transgredidos podem e devem gerar responsabilização no âmbito cível.

Assim pode-se concluir que, dentre os deveres decorrentes do poder familiar está o de exercer a guarda, de prestar assistência material e moral (alimentação, educação, instrução), de vigilância, cuidado e etc., e é de tal vínculo jurídico existente entre pais e filhos que surge, por exemplo, a responsabilidade dos pais pela reparação civil dos danos causados por seus filhos menores, assim como de tutores e curadores

⁶¹Ibid., p. 489.

⁶²Artigo 52, §1º da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos: São obrigados a fazer declaração de nascimento: pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto.

por seus pupilos que estejam nas mesmas condições (art. 932, I do Código Civil).

Aqui válida a seguinte reflexão. Se são os pais responsáveis por seus filhos à título de responsabilidade pelo fato de outrem, ou seja, responsáveis pela reparação de fato cometido por estes, porque estariam dispensados, isentos de responsabilização civil em se tratando de negligência, omissão ou qualquer outra forma de transgressão à direitos de sua prole decorrente de seus próprios atos/obrigações, aqui não limitando-se apenas as ações comumente utilizadas para tanto e para direitos "mais concretos", como reconhecimento de paternidade, execução de alimentos ou mesmo pela destituição do poder familiar, questionamento válido quando trata-se de responsabilização civil derivada de questões afetivas.

Logo, em se tratando de código civil válido destacar a aplicação e cabimento dos artigos 186, 187 e 927 também nas relações filiais por danos causados pelos pais a seus filhos, conforme se analisará na próxima seção.

4.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Grande parte da regulamentação das responsabilidades parentais está contida na Lei nº 8.069/90, ou seja, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Complementada e alterada por diversas leis (como a Lei Nacional da Adoção, a Lei da Primeira Infância, Lei da Alienação Parental, dentre outras) o Estatuto vem desempenhando importante papel na modificação e evolução do Direito de Família. Dentre tais inovações e limitando-se aquelas úteis ao tema aqui tratado, pode-se citar a classificação trinária de família e a modificação da expressão pátrio poder para poder familiar acompanhando assim as disposições constitucionais e aquelas contidas no código civil de 2002.

Quando instituída a Lei nº 8.069/90 limitava-se ao reconhecido de apenas dois arranjos familiares, quais sejam, a família natural e a família substituta, inexistindo, portanto, a chamada família extensa ou ampliada. Situação alterada em 2009 quando da criação e vigência da Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/09) que introduziu dentre os núcleos familiares "legalmente instituídos" a família extensa ou ampliada, levando em consideração a composição básica e dominante de dado grupo familiar, logo, passando a incluir na lei, aqueles "arranjos formados por avós e netos, tios e sobrinhos, por irmãos e ainda por terceiros que têm um menor como filho a partir de vínculos afetivos, ou simplesmente por aqueles que lhes prestam proteção e

cuidado⁶³".

Válido destacar a importância que passou a ser dada a afinidade e afetividade, alinhando-se o Estatuto ao previsto no art. 1.593 do Código Civil.

Desta feita, da referida classificação trinária, tem-se por família natural aquela formada por pais ou qualquer deles (monoparental) e seus descendentes. Como família substituta aquela constituída em razão da guarda, adoção, tutela, dada ou não em meio a família extensa (ressalvados casos de adoção por irmãos e ascendentes) ou por terceiros não parentes. Por fim, a família extensa ou ampliada como aquela formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, situação que conforme apontado e a depender do caso, poderá evoluir para família substituta. Logo, tem-se responsabilidade parental no âmbito dos três núcleos citados.

Assim, independente do "tipo" familiar, o poder familiar atribuído aos pais ou responsáveis deverá ser exercido, com base no que rege o ordenamento jurídico pátrio, reforçando a existência de tal poder é o que ditam os artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência.

Art. 22. 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.

Ademais, com grande auxílio do referido Estatuto, passou-se a tratar a criança e o adolescente como sujeito de direitos e não mais como objeto, bem como refletindo o disposto na Lei Maior, o ECA trouxe também em seu art. 19 o direito do infante à convivência familiar: "é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.". Válido mencionar a importância dada ao direito de convivência ao menor, ainda que os pais estejam privados de liberdade (art. 19, §4º).

⁶³ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente. Comentado por artigo. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151.

Por desenvolvimento integral e salutar, deve-se entender, inclusive para com os direitos não passíveis de materialização, como são os vínculos afetivos e a sua dignidade, aspectos melhor analisados a seguir.

4.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, surge a dignidade da pessoa humana, que passa a ser princípio jurídico tornando-se elemento referencial na interpretação e aplicação das normas jurídicas brasileiras, partindo da premissa de que o ser humano não deve ser tratado como mero objeto. A dignidade humana passou a ser vista de forma mais ampla, não somente como conceito filosófico de um estado natural do ser, mas como princípio autônomo de proteção ao ser humano, agregando-lhe o devido valor.

A Constituição Federal de 1988 é o alicerce para a maioria dos princípios existentes em nosso ordenamento jurídico e dentre estes está o da dignidade da pessoa humana. A Carta Magna⁶⁴, tomando por base a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, consagrou a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º como sendo um dos fundamentos da República, a saber: “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”.

Nesse contexto, importante citar o preâmbulo e o art. 1º da aludida Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁶⁵:

PREÂMBULO: Considerando que o reconhecimento da dignidade inherente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

[...]

Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Dotados de razão e consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade.

Desta feita, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República, esta se faz em grau superior em nossa ordem jurídica, devendo os demais preceitos constitucionais e legais estarem à luz das normas que foram consagradas

⁶⁴ BRASIL. Vade Mecum, Constituição Federal. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

⁶⁵MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em:<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 25 set. 2017.

como fundamentais, como é o referido fundamento, como bem explicita Flávio Tartuce⁶⁶:

Prevê o art. 1º, III da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.

E em que pese certa complexidade para definição de um conceito do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, porquanto a abrangência e subjetividade de dignidade como princípio fundamental e ainda considerando seu amplo contexto histórico, partiremos para alguns conceitos doutrinários. Maurício Cavallazzi Póvoas⁶⁷ traz um conceito muito utilizado do que é a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Partindo dos mesmos pressupostos é o conceito formulado pelos magistrados Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁶⁸:

Princípio Solar em nosso ordenamento jurídico, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisque-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Importante trazer à baila à dignidade da pessoa humana quando interpretada como princípio aplicado ao direito de família. Neste contexto vale destacar as palavras de Maria Berenice Dias⁶⁹: “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem”.

⁶⁶ TATURCE, Flávio. Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2011. p. 985.

⁶⁷ PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 18.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Pamplona Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

Em consonância o doutrinador Rolf Madaleno⁷⁰ diz que: “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional”.

Diante dos conceitos apresentados, pode-se constatar que a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, garante ao ser humano não somente o direito a sobreviver, mas também a ter uma vida plena. Nessa linha de raciocínio é novamente o pensamento dos estudiosos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁷¹: “podemos concluir que a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais”.

Por relações sociais, evidentemente deve-se incluir as relações familiares, logo, a dignidade da pessoa humana somente será plena no âmbito social se observado e projetado em cada componente de um núcleo familiar. Deste modo, observar o presente princípio é respeitar a condição de pai e de filho, bem como os desdobramentos destas condições, garantindo-lhes a real proteção, dignidade e acesso à justiça e democracia.

4.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é contemplado em nossa Constituição Federal e teve inspiração para tal contemplação em texto internacional, qual seja, a Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente⁷² mais precisamente no artigo 3.1 da citada Convenção, que preconiza: “Todas as ações relativas à crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.”

Dada a referida influência, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu texto o art. 227 que embasa, cria o citado princípio, bem como outro importante princípio que é o da prioridade absoluta. O citado artigo destaca ser dever da família isolada e conjuntamente à sociedade e ao Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com

⁷⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 42.

⁷¹ Id., 2014. p. 78.

⁷²Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em:<http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm> Acesso em 26 set. 2017.

absoluta prioridade, todos os direitos inerentes a pessoa humana, observando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Posteriormente, na década de noventa, com a promulgação do ECA, a criança e o adolescente, puderam-se firmar no meio jurídico como sujeito de direitos, passando a ser legalmente reconhecido como titular de direitos e deveres específicos e plenos em razão de sua condição peculiar e natural vulnerabilidade, o que até então não existia com tal força e fez com que a partir de então a proteção e os interesses do infante e do adolescente se sobrepuxessem a muitos outros bens ou interesses juridicamente tutelados quando conflitantes, sempre levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, percebendo-se, portanto, a necessidade de tratamento específico e legal a estes porquanto fundamentais na estrutura da sociedade. Nos explica melhor Maria Berenice Dias⁷³:

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direitos. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade responsável.

Destarte, o princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como o fundamento primário de todas as ações direcionadas a população infanto-juvenil, sendo que, qualquer orientação ou decisão, envolvendo o referido público, deve levar em conta o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, visando assim, a proteção integral dos seus direitos. Nesse sentido são as palavras de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze:⁷⁴

Isso significa que, em respeito a própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e adolescentes viventes em seu meio.

Nesse contexto, ganham destaque questões relacionadas à guarda, visitas, adoção e reconhecimento de paternidade, onde deve-se primordialmente observar as

⁷³Id., 2011. p.67.

⁷⁴GAGLIANO; FILHO, 2014. p. 100.

relações afetivas, a existência de vínculos pautados no amor, carinho e cuidado. Importante frisar que há de se observar outro ponto importante quando da aplicação do princípio do melhor interesse da criança que é o direito a convivência familiar, especialmente nos casos mencionados, de mesmo modo, deve-se frisar que o direito à convivência familiar por estar atrelado ao princípio citado não está ligado à origem biológica da família. Logo, constata-se que o melhor interesse da criança tem como premissa a afetividade na relação entre pai e filho e, para que a criança tenha um desenvolvimento pleno, a existência de afeto se torna imprescindível. Nesse sentido importante destacar o que diz a Declaração Universal de Direitos da Criança e do Adolescente⁷⁵:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e **sob a responsabilidade dos pais** e, em qualquer hipótese, num **ambiente de afeto** e de **segurança moral** e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (*grifo nosso*).

4.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Quanto ao conceito de princípio da solidariedade familiar importante iniciar pelo apresentado na obra de Maria Berenice Dias⁷⁶

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

Tal princípio, como os demais, tem assento constitucional, tanto é que embora sem valor normativo, até o preâmbulo de nossa Lei Maior contempla o citado princípio, quando destaca uma sociedade fraterna. No que tange a filiação, traz em seu art. 229 o dever de assistência aos filhos, assim imposto aos pais. O princípio da solidariedade familiar, traduz a afetividade necessária entre os membros de uma família, bem como concretiza a responsabilidade social que deve existir no referido núcleo. Tal qual nos mostra Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze:⁷⁷

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República

⁷⁵Declaração Universal de Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em:<<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/declaracao-universal-dos-direitos-da-crianca>> Acesso em: 26 set. 2017.

⁷⁶DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

⁷⁷Ibid., p. 95.

Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil.

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma que prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria sua retroatividade.

Assim, temos que a solidariedade familiar é o que determina assistência moral e material entre os membros de determinado núcleo, fazendo com que a aplicação desta efetive também outro princípio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Consonante a estas considerações é o entendimento do doutrinador Rolf Madaleno⁷⁸ “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.”.

Observa-se que a solidariedade familiar não diz respeito somente à reciprocidade patrimonial, material, mas também a assistência psicológica e afetiva. Assim o sendo, o princípio da solidariedade deve ser interpretado de forma ampla, contemplando o aspecto patrimonial, no que concerne aos alimentos por exemplo, mas também em suas demais acepções fraternas, de forma a possibilitar o desenvolvimento da personalidade dos membros integrantes da unidade familiar, e o respeito mútuo entre as plurais formatações familiares.

4.7 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL OU DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

Como bem explica Rodrigo da Cunha Pereira⁷⁹, “nas relações familiares, o princípio da responsabilidade está presente principalmente entre pais e filhos”. Afirmação que emana do ditame constitucional contido no art. 226, §7º e art. 229, por sua vez fundado nas normas internacionais como as do Pacto de San José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

⁷⁸ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 90.

⁷⁹ MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 400.

Expressamente o §7º do art. 266 da CRFB/88 dispõe: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...]. Como já explanado acima, os pais são os responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetivo de seus filhos. “Nesse caso, além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica que se traduz em vários artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil⁸⁰”.

Mais que uma regra que visa, do ponto de vista de alguns doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias, limitar problemas de natalidade, impor a necessidade do planejamento familiar a fim de “evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e manutenção⁸¹”, o princípio da paternidade responsável, visa proteção e regulamentação do comportamento de cada pessoa que compõe determinado arranjo familiar, o que retoma à noção de responsabilidades recíprocas e responsabilização pela violação dos direitos e deveres que compõem esse eixo das responsabilidades familiares, em especial, as paterno-filiais.

Rodrigo da Cunha Pereira⁸², faz uma bela e didática análise da importância e necessidade da observância e aplicação de tal princípio nas relações filiais:

O princípio da paternidade responsável interessa não apenas às relações interprivadas, mas também ao Estado, na medida em que a responsabilidade parental somada às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância. Se os pais não abandonassem seus filhos, ou, se exercessem uma paternidade responsável, certamente o índice de criminalidade seria menor, não haveria tanta gravidez na adolescência, drogadição etc.

Mais uma vez, e coadunando com todo exposto nas primeiras sessões e no que será explanado nas próximas sessões, Rodrigo da Cunha Pereira⁸³ arremata:

O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação, é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções de termos um Direito acéfalo e inexigível.

Assim, mais que evidente é a necessidade da observância de tal princípio como regra obrigatória a ser aplicada às relações paterno-filiais, ditame que se

⁸⁰ Id., 2015, p. 400.

⁸¹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol.6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 114.

⁸² MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 400.

⁸³ Id., 2015, p. 401.

transgredido deve chamar atenção do Estado quanto à necessária responsabilização.

4.8 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

O presente princípio é sem dúvida, a melhor diretriz para se compreender o todo de um sistema normativo, logo, não poderia deixar de ser crucial no que tange ao direito de família.

Pois bem, o princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de retrocesso social, traz a ideia de que uma lei posterior não pode vedar, neutralizar ou minimizar um direito ou garantia constitucionalmente consagrada. Partindo desse pressuposto, pode-se confirmar a irretroatividade que o direito de família possui em virtude de estar norteado, alicerçado por nossa Constituição, logo, ao estabelecer diretrizes ao mencionado direito, a Carta Magna obsta o retrocesso social e legal destas diretrizes, a exemplo o tratamento igualitário entre os filhos e o pluralismo das entidades familiares. Bem na esteira do que ensina Maria Berenice Dias⁸⁴

A constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: a. a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar, b. o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e c. o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas por serem direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculos a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

Assim, tais diretrizes não podem sofrer limitações ou restrições por legislação ordinária, porquanto a partir do momento em que foram consagradas em texto constitucional e com a efetivação desses direitos surge uma obrigação duplice, ou seja, a obrigação positiva para que se satisfaça a norma e, a obrigação negativa de não obstar nem se omitir da realização destas, bem como surgem efeitos a serem incondicionalmente respeitados. Como previram Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze⁸⁵:

Ora, tratando os Direito Fundamentais como uma forma do legislador dispor valores mínimos para a garantia de um direito essencial, verifica-se que tal norma constitucional traz consigo uma série de efeitos, dentre eles: a. revogação dos atos anteriores que forem incompatíveis com o texto expresso; b. a obrigação do legislador de produzir normas de acordo com a consagração dos valores fundamentais; c. a proibição ao retrocesso como forma de demonstração do direito de defesa amparado; entre outros.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Pamplona Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

Com base no exposto conclui-se que nenhum texto constitucional proveniente do poder originário pode ser atingido pelo retrocesso e assim lhe impute ter alcance jurídico social inferior ao que originalmente possui.

Da mesma forma extrai-se a importância da aplicação desse princípio à importância e proteção que deve ser dada ao afeto quando observadas as relações filiais, vez que se trata de instituto de bases constitucionais e representa avanço social e consequentemente jurídico. Nesse sentido é a análise da Doutora em Comunicação Renata Tomaz:⁸⁶

Por mais natural que possa parecer um filho cobrar ao pai uma atitude de carinho e afeto, é preciso reconhecer que tais conflitos não fariam muito sentido na sociedade brasileira há algumas décadas. Trata-se de uma mudança relativamente recente. Basta pensar que há 30 anos um homem não era obrigado a reconhecer um filho se este lhe nascesse fora do casamento – quanto mais dedicar-lhe afeto.

Mais uma vez, evidencia-se a evolução trazida pela Constituição Federal a respeito das relações filiais e do afeto. Logo, negar o reconhecimento às relações constituídas a partir do afeto ou afastar sua observância como postulado constitucional fundamental que deve ser aplicado às relações filiais é retroceder e assim transgredir o princípio da vedação ao retrocesso.

5 DA RESPONSABILIDADE E REPARAÇÃO CIVIL

Sobre a responsabilidade civil válido iniciar com a explicação de Sérgio Cavalieri Filho⁸⁷ que traz a seguinte premissa quando da introdução ao estudo da responsabilidade:

O principal objetivo da ordem jurídica, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria [...] cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos.

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Assim, pode-se entender que a responsabilidade civil é o dever jurídico à

⁸⁶ TOMAZ, Renata. Abandono Afetivo: registros midiáticos da vida privada. Rio de Janeiro. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação. UFRJ. Disponível em: <<https://lumina.ufif.emnuvens.com.br/lumina/article/view/345>>. Acesso em 28 nov. 2017.

⁸⁷ CAVALIERI, Filho Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

conduta externa de uma pessoa imposta pelo direito positivo por exigência da convivência social. “Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigida à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações⁸⁸”.

Flávio Tartuce⁸⁹ define a responsabilidade civil como aquela que “surge em face do descumprimento **obrigacional**, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por **deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.**” (*grifo nosso*). Já Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁹⁰ explicam:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Numa abordagem conceitual e introdutória da responsabilidade civil, importa também citar também o que diz o Doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁹¹ a respeito:

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Dessa forma, é possível depreender que a responsabilidade civil representa a “garantia” da restauração de equilíbrio dada uma contraprestação efetuada por dano cometido à direito de outrem, em tese, reparando-se o dano causado. De mesmo modo, é possível observar que a ação danosa é variável, bem como o bem atingido por tal ação e o tipo de reparação a ser prestada para compensar o desequilíbrio gerado, na tentativa de estabelecer o estado natural, original das coisas. Bem na esteira do que mais uma vez explica Carlos Roberto Gonçalves:⁹²

⁸⁸ Id., 2012. p. 1.

⁸⁹ TATURCE, Flávio. Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2011. p. 71.

⁹⁰ GLAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil.Vol. III. Responsabilidade Civil. ed. 12. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2014. p 64. E-book.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. IV. Responsabilidade Civil. ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21. E-book.

⁹² Id., 2014, p. 22.

Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante*.

Trazidas algumas noções importantes acerca da responsabilidade civil, faz-se necessário comentar sua regulamentação no Diploma Civilista que, conforme pode-se constatar dedicou poucos dispositivos à temática, dentre eles os artigos 186, 187, 188 e 927, os quais dispõem sobre regras básicas de responsabilidade contratual, obrigação de indenizar e indenização propriamente dita, *in verbis*⁹³:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Da análise dos supracitados artigos, tem-se que a responsabilidade civil tem como pressupostos maiores a violação de determinado dever jurídico e o dano causado por essa violação. “Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo⁹⁴”.

Igualmente, verifica-se que a responsabilidade civil destaca elementos cruciais para sua configuração quais sejam: a ação ou omissão, a culpa ou o dolo, bem como o nexo, a relação de causalidade, além dos pressupostos acima citados, da violação e do dano sofrido pela vítima.

⁹³ BRASIL Constituição. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

⁹⁴ Id. 2014, p. 22.

Dadas tais ponderações, faz-se necessário destacar o conceito de dois termos essenciais presentes na responsabilidade civil, ou seja, de culpa e dolo.

Por culpa tem-se a falta de cuidado, de atenção necessária à execução de determinado ato ou atividade, uma falta de diligência cometida de forma não intencional. Por sua vez, o dolo é a manifestação de vontade intencional por meio do qual se comete determinado ato de forma pensada, consciente, logo, viola-se o dever jurídico de forma deliberada. Carlos Roberto Gonçalves⁹⁵ explica: “o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”.

Os referidos conceitos são de suma importância, vez que é a partir da comprovação da ocorrência de tais elementos que a vítima poderá conseguir a reparação do dano sofrido, excetuando-se casos em que será adotada a chamada teoria do risco em que a responsabilidade se afigura como objetiva, portanto, sem a necessidade da comprovação ou mesmo existência de culpa.

Entretanto, voltando a análise da teoria subjetiva, a mais aplicada às relações familiares, válido tecer comentários sobre a natureza e extensão da culpa. Nesse sentido importa mais uma vez destacar o que explicita Carlos Roberto Gonçalves⁹⁶:

Culpa lata ou “grave” é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa “leve” é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa “levíssima” é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular. Na responsabilidade aquiliana, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*):

A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in comittendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; ***in omittendo: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster;*** *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto. (*grifo nosso*).

Do destaque acima, pode-se fazer a imediata conexão com todos os dispositivos legais citados na sessão anterior que dizem respeito aos deveres, direitos e obrigações parentais. Viu-se que desde a Constituição Federal à Lei de Registros Públicos, o ordenamento jurídico brasileiro protege e garante, em especial, às crianças e adolescentes, cuidados de ordens diversas por parte de seus pais, lhes assegurando educação, afeto, saúde, lazer, ou seja, toda assistência material e moral necessária ao seu desenvolvimento salutar.

⁹⁵ Ibid., p. 70.

⁹⁶ Id., 2014, p. 72.

Direitos que notadamente são violados quando da omissão por parte de seus genitores, intencionalmente ou não, assim configurando-se o dolo ou como bem explicitado, a *culpa in omittendo* ou aquiliana.

Elementos que poderão e deverão ser comprovados quando da constatação de outro elemento, qual seja, o da relação de causalidade que nada mais é que “a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado⁹⁷.”.

O nexo ou relação de causalidade é imprescindível para a imposição da obrigação de indenizar. “Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar⁹⁸.”.

Por meio dessa definição é possível concluir que além da relação de causalidade, deve existir o dano, que também deve ser comprovado. Chega-se ao ponto mais polêmico quando da aplicação da responsabilidade civil à muitas das relações paterno-filiais, como é o caso da reparação por abandono afetivo, situação certamente danosa ao indivíduo vitimado, mas de extrema dificuldade quando da comprovação dos danos sofridos.

Situação que evidentemente exige maior atenção do Poder Judiciário, bem como do Legislativo, que devem aliar-se às demais ciências humanas e biológicas, como são os estudos psiquiátricos e sociológicos a fim de constatar e mensurar as consequências danosas da ausência de afeto na vida de determinada pessoa, em especial quando tal ausência partiu de seus próprios pais.

Voltando à análise dos elementos da responsabilidade civil, o dano, como próprio nome sugere é o prejuízo, o mal sofrido por dada pessoa. O dano pode ser material ou moral, conforme se explicará melhor a diante. Sobre o dano destaca Carlos Roberto Gonçalves⁹⁹: “O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.”.

Pois bem.

Conforme pode-se entender da redação e dos títulos em que se inserem os supracitados artigos e por todo o explanado, pensou-se, inicialmente, na responsabilidade civil como instituto aplicável apenas às relações contratuais e

⁹⁷ Id., 2014, p. 93.

⁹⁸ Ibid., p. 94.

⁹⁹ GONÇALVES, loc. cit.

obrigacionais de viés patrimonial. Todavia, assim como muitos dos temas civilistas que se adequaram as mutações sociais, passando a criar certa conexão de aplicabilidade à ramos diferentes, a responsabilidade civil torna-se cada vez mais dinâmica.

Adequando-se a essas evoluções, transformações sociais e evidentemente observando os ditames da Constituição Cidadã, o Direito Civil, inclusive a responsabilidade civil, passou a comportar uma visão menos patrimonialista do direito, possibilitando que muitas das regras contidas no referido diploma legal possam ser balizadas pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da personalidade, da afetividade, da solidariedade, dentre outros, situação que com base nos comentários feitos ao longo do trabalho, vêm ganhando espaço e destaque no direito de família.

Outrossim, com base no explanado ao longo do presente, mais que nítida é guardada normativa dada à proteção e prioridade aos direitos do menor, dentre os quais o de convívio e educação no âmbito familiar, em especial por aqueles há quem naturalmente incumbe tal função, direito e dever: aos pais.

Quando constatado comportamento negligente ou omissivo em quaisquer das obrigações parentais, surge a possibilidade e necessidade de se aplicar a responsabilidade civil em tal relação de pai e filho e, dentre essas situações, cada vez “mais comum”, está o abandono afetivo ou abandono paterno-filial, ou ainda, como denominado por alguns doutrinadores como Flávio Tartuce, pela incidência da teoria do desamor. Consonante é a explicação de Caio Mário¹⁰⁰:

A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de *socorrer a vítima*, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça. Foi preciso recorrer a outros meios técnicos, e aceitar, vencendo para isto resistências quotidianas, que em muitos casos o dano é reparável sem o fundamento da culpa.

O dano reparável sem fundamento da culpa, por exemplo, como bem colocado por Caio Mário, encontra respaldo na chamada responsabilidade civil pressuposta, tese que se verá a diante. Essas são situações que demonstram que o afeto, dentre outros fatores, tem chamado atenção de estudiosos da área jurídica, quando proposta sua inserção no instituto da responsabilidade civil. Feita essa breve análise do que é a responsabilidade civil, comentando-se sobre sua evolução e os

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Vol.III. Contratos. ed.18. Forense: 2014, p.121.e-book.

conceitos básicos que a integram, passe-se a tratativa do tipo de dano e a consequente espécie de reparação destes.

5.1 DANO MATERIAL

O dano material ou patrimonial é aquele que, conforme sugere o próprio nome, afeta os bens materiais da vítima. Discorre Cavaliere Filho¹⁰¹: “o dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente.”.

Dano que, com base no que se depreende de tal conceito, é passível de avaliação financeira, podendo ser reparado direta e rapidamente, ou “pela restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, pelo menos indiretamente ou por meio de equivalente ou indenização em pecúnia.”.¹⁰²

Válido mencionar, que o dano material pode atingir não só o patrimônio presente como futuro do agente lesado, para tanto a doutrina o dividiu em dano emergente (presente) e lucro cessante (futuro). Nesse sentido explicam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁰³:

O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo.

Já advertimos, outrossim, seguindo a moderna tendência de despatrimonialização do direito civil, que outros bens, personalíssimos, também podem ser atingidos, gerando, assim, a responsabilidade civil do infrator.

Ainda, porém, no que tange especificamente ao dano patrimonial ou material, convém o analisarmos sob dois aspectos: **a) o dano emergente** — correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”; **b) os lucros cessantes** — correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou”.

Outro ponto importante quando se trata da reparação por dano material diz respeito ao *quantum*, em especial para os casos em que será aplicado o lucro cessante, situação que exigirá aplicação do princípio da razoabilidade (art. 402, CC.) por parte do julgador. Pontos os quais, atendo-se ao proposto no trabalho, dispensam maior exploração no presente momento.

¹⁰¹ CAVALIERI, Filho Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

¹⁰² Id., 2012, p. 78.

¹⁰³ GLAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil.Vol. III. Responsabilidade Civil. ed. 12. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2014. p. 15. E-book.

5.2 DANO MORAL

Ao passo que o dano material é de fácil conceituação, o dano moral é objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a sua definição.

Todavia, avaliando o conceito de dano material, pode-se inferir que o dano moral diz respeito a violação de bens de ordem não patrimonial, portanto, moral, como à honra, a intimidade, a privacidade, ou seja, daquilo que causa abalo nos valores inerentes a personalidade, em seus aspectos mais íntimos, sem a necessária repercussão na órbita financeira do ofendido. Flávio Tartuce¹⁰⁴ bem explica:

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo, derivativo ou sucedâneo*. Por isso é que se utiliza a expressão *reparação* e não *ressarcimento* para os danos morais.

Tal preceito encontra embasamento na Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos V e X, permitindo-se a reparação pelo dano extrapatrimonial, importando salientar que tal dano é autônomo em relação ao dano material, conforme infere-se da Sumula 37 do STJ¹⁰⁵, *in verbis*: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”.

Ponto importante a ser destacado também, diz respeito a desnecessidade de se provar materialmente o dano moral sofrido, bastando a demonstração do fato ocorrido, em que se comprova a prática da conduta ilícita. Até porque, não há como se comprovar o dano moral, mas sim a ocorrência da conduta que resultou no dano¹⁰⁶.

Sobre responsabilidade civil e danos morais, importa destacar as palavras de Anderson Schreiber¹⁰⁷:

A Responsabilidade Civil abandonou, como se sabe, o perfil exclusivamente patrimonial para se abrir ao que já foi chamado de “oceano da existencialidade”. O dano moral, tratado no Brasil como figura unitária que abarca todas as numerosas modalidades de lesão de interesses gerando um novo e imenso terreno de aplicação, com consequências não meramente quantitativas, mas também qualitativas, na medida em que toda essa abertura

¹⁰⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. vol. II. Direito das obrigações e responsabilidade civil e. 9. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 96.E-book.

¹⁰⁵ BRASIL. Vade Mecum. Súmulas do STJ. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

¹⁰⁶ MONTEMURRO, Danilo. CONJUR. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança Gera dano moral. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em 29 de dez. 2017.

¹⁰⁷ MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32.

tem suscitado importantes discussões em torno da própria função da Responsabilidade Civil na realidade contemporânea.

Dadas tais considerações, possível dizer, que a omissão ou negligência de afeto nas relações filiais, pode ser passível de responsabilização e assim de indenização ou reparação, já que tal conduta pode ser facilmente comprovada e, de fato, resulta em prejuízo no desenvolvimento salutar do filho, aqui enquanto criança e adolescente (o que notadamente refletirá na vida adulta), ainda que tal prejuízo seja de complexa comprovação, pois cabe aos pais o dever de amparo aos filhos, de ordem material, psíquica e moral, como bem determinam todos os dispositivos legais citados na seção anterior.

A partir do momento em que se revela uma quebra na obrigação, surge o dever de indenizar, pois o ato ilícito causa algum prejuízo, seja de ordem material ou moral, pois tal conduta causara algum dano ao filho.

Não é a simples falta de amor que enseja uma responsabilização, mas o fato de haver o abandono dos genitores em relação aos seus deveres, como bem preceitua a Constituição Federal em seu art. 229 e o Código Civil no art. 1.634, além dos demais ditames legais e os princípios que deles emanam.

Tratando dessa possibilidade, válida uma breve análise sobre a chamada responsabilidade civil pressuposta, tese que pode ser de grande utilidade no que tange a responsabilização decorrente do afeto nas relações paterno-filiais.

5.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRESSUPOSTA

Conforme já mencionado, vêm a responsabilidade civil apresentando mutações, novas dimensões e consequentemente possibilitando a formação de novos conceitos que permitam sua inserção e adequação a diversos ramos do direito e de forma mais aprofundada como ocorre no direito de família.

Dessa evolução, nasceu importante tese que defende a ideia de responsabilização totalmente apartada da ideia de culpa. Nesse sentido é explicação de Flávio Tartuce¹⁰⁸ que faz menção à tese defendida pela Professora da Universidade de São Paulo, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Atualmente, a responsabilidade civil encontra uma nova dimensão, surgindo novas teses desassociadas da discussão ou não da culpa. Vivemos um momento de transição quanto à própria concepção da responsabilidade civil. Isso foi muito bem captado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

¹⁰⁸ Id., 2014, p. 72.

em sua tese de livre-docênciia, defendida na Faculdade de Direito da USP, em que sugeriu uma nova modalidade de responsabilização, a *responsabilidade pressuposta*. Essa tese de livre docênciia originou a obra de mesmo nome editada pela Editora Del Rey no ano de 2005. A autora propõe, nesse trabalho, uma evolução para essa nova forma de responsabilidade, como tivemos, no passado, uma evolução da responsabilidade mediante culpa – subjetiva – para a responsabilidade objetiva. Lembra a renomada professora que “poucos institutos jurídicos evoluem mais que a responsabilidade civil. A sua importância em face do direito é agigantada e impressionante em decorrência dessa evolução, dessa mutabilidade constante, dessa movimentação eterna no sentido de ser alcançado seu desiderato maior, que é exatamente o pronto-atendimento às vítimas de danos pela atribuição, a alguém, do dever de indenizá-los.

Tal tese tem por premissa maior a reparação, pondo em segundo plano a necessidade da comprovação de culpa para tanto, visa, portanto, atender a uma demanda cada vez maior de casos em que se faz urgente a indenização sob pena da vítima sofrer prejuízos maiores. Busca formar um conceito eficaz de prática aplicação da responsabilidade civil, de forma e evitar a crescente tendênciia do presente, em que muitas das vítimas ficam à mercê da morosidade judiciária, por vezes, acabando sem o devido ressarcimento. Novamente válido citar trecho da obra de Flávio Tartuce¹⁰⁹:

Refere-se, neste início de um tempo novo, à necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo precípicio, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas. Mais que isso. O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que a cada dia ganha mais destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de não mais ser vítima de danos. Este caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação de danos já existente. Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo”

A referida tese encontra guarida no Direito de Família, pois como se verá a seguir, os “remédios” hoje existentes quando se tratam de relações familiares, ainda mais, frente aos novos e crescentes problemas levados a apreciação do Judiciário, já se mostram insuficientes e precários, ocasião em que se buscam alternativas diversas por meio da responsabilidade civil, instituto que também deve ser inovado a fim de atender satisfatoriamente e de forma justa tais demandas. Nesse sentido Anderson Schreiber¹¹⁰:

¹⁰⁹ Ibid., p. 72.

¹¹⁰ MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34.

Toda essa imensa renovação traz, evidentemente, para o âmbito do Direito de Família novas questões e novos problemas, que, mesmo quando preexistentes, jamais, haviam sido discutidos entre os juristas. Passam a aflorar dramas secretos, que antes se mantinham ocultos sob a casca de uma instituição (família) protegida por si mesma e não em função dos direitos de seus membros [...]. Todo esse amplo leque de novos problemas vem exigir remédios eficientes, que deem conta da sólida proteção prometida pelo novo Direito de Família. E é justamente aí que os caminhos do Direito de Família e da Responsabilidade Civil vêm a se cruzar.

Dadas tais ponderações, faz-se necessário tecer comentários sobre a indenização não pecuniária, meio que se mostra de grande viabilidade e efetividade se aplicado aos casos que envolvem a reparação civil decorrente da ausência ou deficiência das relações afetivas paterno-filiais.

5.4 DA INDENIZAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA

Viu-se que a indenização tem como propósito maior a compensação da vítima pelo dano sofrido. Hoje, para ambos os danos, material e moral, há predominantemente a reparação pecuniária, sendo que para o dano de ordem material, a entrega da indenização em dinheiro recompõe o patrimônio da vítima, compensando-a na maioria das vezes de forma justa, restituindo a situação anterior, o mesmo não ocorre, em relação aos danos morais.¹¹¹ Conforme explana Anderson Schreiber¹¹²:

Quem sofre dano à honra, à privacidade, à integridade física nunca será plenamente reparado com uma quantia monetária. São bens diversos por natureza e incompatíveis na sua importância. O dinheiro se mostrará sempre insuficiente. Os juristas, entretanto, acostumaram-se com essa insuficiência, repetindo, a todo tempo, que o dano moral não é “reparado”, mas apenas “compensado” pela indenização atribuída à vítima.

Dessa análise introdutória e levando em consideração as ponderações feitas sobre a evolução do Direito de Família e do instituto da Reparação Civil, vê-se que compensar o dano decorrente da falta de afeto a um filho, exclusivamente, por meio da indenização pecuniária, está longe de efetivar o ideal do acesso à justiça, bem como fomenta a monetização e contratualização de um dever jurídico e moral que transcende a esfera da materialização, sem contar que mais distante se estará da obtenção do que se faltou na vida de determinada pessoa.

Logo, surge a necessidade de se pensar em novas alternativas de

¹¹¹ Id., 2015. p. 34.

¹¹² Ibid., p. 35.

compensação que se aproximem do que, de fato, almeja aquele indivíduo que aciona o Judiciário a fim de obter a justa reparação pelos danos sofridos decorrentes da ausência de afeto por parte de seus genitores. É dessa necessidade que nasceram os debates doutrinários acerca da chamada indenização não pecuniária. Sobre o referido tema, mais uma vez importa citar o que diz Anderson Schreiber¹¹³:

Os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses – especialmente, os existenciais – lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo do marcante chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a perda do poder familiar, medida que funcionaria como verdadeiro prêmio para o pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva “fuga” dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiriam todos esses anseios.

[...]

A exclusividade da reparação em pecúnia acaba por corroborar a tese daqueles que sustentam que a responsabilidade civil por dano moral atua como instrumento de mercantilização, “quantificando o inquantificável”. Converte-se a lesão ao direito da personalidade em uma mercadoria, cujo “preço” pode ser identificado a partir da observação da jurisprudência.

[...]

Reparar danos morais exclusivamente com a entrega de dinheiro, para além da evidente insuficiência do remédio, provoca diversos efeitos nocivos como (i) a propagação da lógica de que os danos morais podem ser causados desde que seja possível pagar por eles; (ii) o estímulo ao “tabelamento” judicial das indenizações; (iii) a crescente “precificação” dos atributos humanos; (iv) o incentivo a demandas frívolas, propostas de modo aventureiro, por pessoas mais interessadas no valor monetário que na reparação do dano sofrido.

Assim, se pode e deve pensar em “penas” alternativas como forma de compensação para as demandas em que se pleiteia a indenização decorrente, não só da ausência ou negligência, mas de qualquer relação proveniente da existência ou não de vínculo afetivo. Assim como no Direito Penal existe a possibilidade de impor o cumprimento de obrigações ao apenado como alternativa à não privação “total” de sua liberdade, poderia ser imposto à um pai omisso à adoção de certas condutas específicas, como a frequência mínima em reuniões e eventos festivos da escola, visitas e períodos maiores e mais frequentes de convivência, ou mesmo a utilização de técnicas terapêuticas como a das Constelações Familiares¹¹⁴, fazendo com que

¹¹³ Ibid., p. 33, 35, 39.

¹¹⁴ Constelação Familiar, técnica criada por Bert Hellinger (psicoterapeuta alemão), onde se cria “esculturas vivas” reconstruindo a árvore genealógica, o que permite localizar e remover bloqueios do fluxo amoroso de qualquer geração ou membro da família. Muitas das dificuldades pessoais, assim como problemas de relacionamento são resultados de confusões nos sistemas familiares. Esta

esse “pai”, ainda que involuntariamente, cumpra com suas obrigações parentais que, com base no analisado sobre afeto, já configuraria a existência de relação afetiva, não havendo obrigatoriamente de se falar em amor e afastando a caracterização da situação de omissão. Ou para os casos “mais graves” (pessoas já na fase adulta), estar-se-ia diante de uma reparação justa e mais eficaz, aproximando-se, realmente do que se busca com ações relativas.

Fato é, que, tal relação, em ínfimos casos, teria êxito, porquanto pouco provável que resultante em rancores ou mágoas, já que o terreno para o florescimento do amor ou, apenas da afeição e respeito, seria fértil ante o cumprimento das obrigações parentais e a obrigatória e involuntária criação do vínculo afetivo.

Outro ponto importante a se mencionar, é que tal tipo de reparação teria efeitos maiores e mais céleres enquanto a vítima for criança ou adolescente, uma vez que os prejuízos da ausência de afeto seriam anulados ou minimizados com maior sucesso do que estando o indivíduo já na fase adulta, estágio em que já passou pelo maior processo de desenvolvimento social, familiar, psíquico e moral.

Em todo caso, estar-se-á diante de uma nova possibilidade e novos institutos nascidos das ciências jurídicas que poderão fazer com que muitos obtenham de forma real e justa o que buscam ao creditar suas chances e forças no Poder Judiciário.

6 DO POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Feitas as necessárias explanações sobre a evolução, conceitos e espécies de filiação, sobre a tutela constitucional do afeto como um direito fundamental, sobre a regulamentação normativa existente no ordenamento jurídico pátrio no que diz respeito às relações e responsabilidades paterno-filiais e ainda sobre os conceitos e a mutação da responsabilidade civil, em especial, quando aplicada ao Direito de Família, faz-se de suma importância destacar e analisar alguns julgados que, ainda que de forma diversa ou divergente trataram do afeto e da responsabilidade civil aplicada às relações filiais.

Sendo talvez uma das mais emblemáticas quando se trata de ação ajuizada

confusão ocorre quando incorporamos em nossa vida o destino de outra pessoa viva ou que viveu no passado, de nossa própria família sem estar consciente disto e sem querer. Isto nos faz repetir o destino dos membros familiares que foram excluídos, esquecidos ou não reconhecidos no lugar que pertencia a eles. Disponível em:<<http://www.constelacaofamiliar.com.br/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

por conta da negligência afetiva, válido iniciar a análise jurisprudencial pela decisão do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁵ do ano de 2005 que em sede de Recurso Especial de nº 757.411/MG, entendeu pelo não cabimento de indenização decorrente de danos morais sofridos por ausência de afeto, alegando-se, dentre outros argumentos, que “ninguém é obrigado a amar alguém”, segue ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Válido citar trecho importante e polêmico da referida decisão:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardivamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Desta feita, como **escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo**, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. (*grifo nosso*).

O entendimento do STJ, afastou a decisão da Corte Mineira que em grau de recurso reformou a sentença de primeiro grau que indeferiu o pleito. Da decisão de primeiro grau, pertinente destacar interessante argumentação:

[...]. O fato de não haver estabelecido o **laudo psicológico** exata correlação entre o afastamento paterno e o **desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor**, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71). A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a **relutância paterna em empreender visitações** ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó. De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, **propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas** noticiadas na Inicial. Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder. (*grifo nosso*).

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411 MG 2005/0085464-3, Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. J. 29/11/2005, Dj. 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/voto-12899598>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Nítida a estrita aplicação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil pelo juiz de primeiro grau, já que reforça a necessidade da comprovação do ilícito e aqui, intencional por parte do pai, bem como dos danos sofridos pelo filho então decorrentes de tal conduta, evidenciando a necessidade da existência do ato ilícito doloso, do dano e do nexo de causalidade. Igualmente, faz observação acertada no que diz respeito ao “propósito pecuniário incompatível” da ação que, no caso, ainda que procedente não atenderia ao fim desejado.

Decisão então reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que entendeu pelo cabimento da indenização e condenou o requerido (genitor) ao pagamento do valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) à título de reparação pelo abandono afetivo, segue parte da decisão e sua ementa:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que **o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico**, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais dá provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade. (*grifo nosso*).

De outro modo, vê-se que a Corte Mineira também observa à risca alguns dos ditames legais que dizem respeito às obrigações e responsabilidades parentais, vez que como bem colocado, a ausência afetiva no presente caso, implica dizer que foram violadas obrigações de assistência moral e psíquica, assim como o direito à convivência familiar (dos pais) todos explícitos e assegurados na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da breve análise do julgado, pertinente à um único caso, nota-se a dificuldade com que tais demandas são avaliadas pelo Judiciário, já que todos os julgadores envolvidos na apreciação do litígio, apresentaram argumentos e fundamentos relevantes e coerentes. Com isso, comprova-se a necessidade urgente de melhor estudo sobre a temática do afeto, em especial quando ensejar ou não a responsabilização civil. Daí a importância do aprimoramento de institutos como o da indenização não pecuniária e da valorização e pleno reconhecimento do afeto como um direito fundamental, o que se pode perceber quando analisado julgamento

proferido pelo mesmo Tribunal Superior anos depois.

No ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 159.242/SP¹¹⁶ entendeu pela possibilidade da compensação por danos morais provenientes do abandono afetivo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (*grifo nosso*).

Aproveitando o destaque realizado, convém tecer alguns comentários sobre casos e os possíveis efeitos ou consequências da omissão de afeto por parte dos pais à determinada pessoa. O Professor Júlio Cezar de Oliveira Braga¹¹⁷ bem explicita:

Crianças deixadas em lixões por mães sem condições de sustento. Crianças enjeitadas em maternidades por resultarem em mais de uma, produtos de sofisticadas técnicas de inseminação artificial. Crianças adotadas e devolvidas por comportamento não condizente às expectativas dos pais adotivos ou mantidas sob os cuidados de verdadeiros algozes.

[...]

O abandono afetivo apesar de não oferecer, a princípio, o mesmo risco de vida a que os maus tratos e o descarte físico submetem a criança, afeta sem dúvida o seu psiquismo. O desejo do pai de conviver com seu filho, mesmo que tenha existido em algum momento na estória familiar, acaba por perder o contorno, a cor, o gosto. Torna-se intangível e inatingível ao longo dos anos

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 do Estado de São Paulo. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24 abril de 2012. DJe de 10 maio de 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2017.

¹¹⁷ BRAGA, Júlio Cezar de Oliveira Braga. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.1-3.

por motivações diversas, conscientes ou inconscientes e ainda que o sustento material esteja presente, a ausência afetiva sinaliza o desinteresse, a falta de desejo do Outro e por fim remete ao desemparo.

A psicóloga Thaiana Brotto¹¹⁸ complementa:

Quando não há afeto na relação familiar, é possível que o indivíduo se sinta solitário e abandonado. E isso pode ser apenas uma breve sensação ou se estender a um problema mais grave, como a depressão, que é comum acometer os familiares que mais sofrem com a falta do afeto.

Inclusive, quando acontecido na infância, a falta de afeto pode deixar marcas para o resto da vida. As alterações podem acontecer no sistema cognitivo atrapalhando o seu desenvolvimento. Isso acontece, pois, a criança que tem seu afeto negligenciado é obrigada a passar por situações de stress, e como ela ainda não está preparada para lidar com isso, seu desenvolvimento é alterado.

E em se tratando de casos e consequências da negligência ou omissão afetiva, pode-se citar o de Bernardo Boldrini, que teve grande repercussão midiática e certamente serviu de alerta sobre os efeitos da omissão afetiva nas relações filiais, principalmente aos órgãos de proteção à criança e ao adolescente, nos quais merecem destaque, o Ministério Público e a Justiça da Infância e Juventude, já que conforme conhecido, o próprio Bernardo, sendo apenas uma criança, foi até o Fórum pedir ajuda e denunciar o desprezo sofrido.

Bernardo contava com apenas onze anos quando foi friamente assassinado pelo pai e sua madrasta em abril de 2015. Sobre o caso e a temática do abandono afetivo, importa destacar estudo feito por Renata Tomaz¹¹⁹:

O desfecho do desaparecimento de Bernardo Boldrini chama atenção pela crueldade com que o menino de 11 anos foi morto no interior do Rio Grande do Sul, em abril deste ano. Mas principalmente pelo fato de que ele possa ter sido vítima de quem deveria, teoricamente, cuidar dele e protegê-lo. O caso ficou encharcado de elementos emotivos que circularam de forma voluptuosa nas diferentes mídias, sobretudo nas semanas subsequentes ao anúncio de sua morte: a *comoção* da pequena cidade de Três Passos; a *revolta* da sociedade; a *saudade* narrada pelos amigos da escola; os testemunhos da suposta *frieza* do pai e da madrasta diante da tragédia; a *frustração* do judiciário que não conseguiu impedir o pior apesar da denúncia do próprio Bernardo; as demonstrações de *falta de afeto* no ambiente familiar apontadas pelo menino.

[...]

O assassinato de Bernardo Boldrini ganhou contornos ainda mais sensíveis quando se soube que ele próprio, em janeiro deste ano, havia ido até o Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Cededica), no Fórum

¹¹⁸BROTTO, Thaiana. Ausência de Afeto. Disponível em:<<https://www.psicologoeterapia.com.br/psicologia-infantil/ausencia-de-afeto/>>. Acesso em 27 dez. 2017.

¹¹⁹TOMAZ, Renata. Abandono Afetivo: registros midiáticos da vida privada. Rio de Janeiro. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação. UFRJ. Disponível em: <<https://lumina.ufjf.emnuvens.com.br/lumina/article/view/345>>. Acesso em 28 nov. 2017.

de Três Passos (RS), para pedir que a Justiça lhe confiasse a uma nova família. Ele reclamou de agressões verbais da madrasta e do completo descaso de seu pai em defendê-lo ou dar-lhe atenção e fazer-lhe companhia, entre outras queixas. Antes disso, no dia 29 de novembro de 2013, um relatório do Conselho Tutelar foi entregue à Promotoria, informando que o menino era “vítima de abandono afetivo e de negligência familiar”.

[...]

A matéria do jornal Zero Hora, *Cotidiano de omissões, carência e frieza culminou no assassinato de Bernardo Boldrini*, já sinaliza no título o caráter sensível dos fatores relacionados à morte do estudante gaúcho. A omissão [da justiça], a carência [vivida pelo menino] e a frieza [exercida pelo pai e pela madrasta cotidianamente] vão ser diretamente associadas ao desfecho de seu desaparecimento. Tais elementos são pensados na matéria como indícios de que algo ruim poderia acontecer. [...] Outro trecho da matéria reforça que o menino se queixara da “indiferença e desamor do pai”.

Observa-se que a vítima estava sob “os cuidados”, a guarda e convivendo com o genitor biológico e com quem deveria “em tese” lhe prestar os mesmos cuidados (a madrasta), o que numa primeira análise em nada poderia fundamentar a tese do abandono afetivo. Entretanto, vê-se que o tema não deve limitar-se a análises superficiais, tampouco restringir-se à aplicação da responsabilização decorrente deste só quando pleiteada pela própria vítima e após a “certeza” de que tal conduta gerou danos passível de comprovação “concreta”, fechando-se os olhos para os riscos que representa, restando impune. Sobre o surgimento do termo abandono afetivo, mais uma vez válido citar a explicação da Dra. Renata Tomaz¹²⁰:

O termo abandono afetivo foi cunhado pelo advogado Rodrigo Cunha, um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Ele o utilizou pela primeira vez, em 2000, no processo que moveu contra o pai do analista de sistemas Alexandre Fortes, na época com 18 anos, que afirmava receber pensão do pai regularmente, mas sentia falta da companhia dele, que teria se afastado, depois de ter tido uma filha no segundo casamento. A justiça mineira condenou o pai a pagar uma indenização no valor de 200 salários mínimos “por falta de carinho, apoio moral e atenção” (Afeto..., 2008). Em 2005, o STF anulou a sentença, sob a alegação de que a maior punição seria a perda do poder familiar e não a **“monetarização do amor”, além do entendimento de que se tratava de algo de ordem privada** (amar ou não o menino). (*grifo nosso*).

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal incorreu no mesmo equívoco cometido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 757.411/MG ao respaldar o indeferimento da ação na alegação de que não se pode obrigar “alguém a amar alguém”, o que evidencia a necessidade de aprofundamento do estudo e as respectivas definições distintivas de amor e afeto, de modo que a evitar as decisões envolvendo a temática sejam guiadas por argumentos vazios, que eventualmente, acabam por se apresentar injustas.

¹²⁰ Id., 2017.

Explicações e exemplo que certamente coadunam com a análise feita ao longo do trabalho e ratificam que a ausência de afeto por parte dos pais ocasiona sim danos de ordem psíquica, moral e material a um filho, o que sabidamente também acontece de modo reverso.

Outro julgado interessante e recente diz respeito à uma ação de investigação de paternidade em que se requereu, cumulativa e decorrente do não reconhecimento da paternidade, à indenização por danos materiais e morais por abandono afetivo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹²¹, entendeu que não se pode reconhecer abandono afetivo antecedente ao reconhecimento da paternidade e, idem a maioria dos Tribunais Brasileiros, afastou a possibilidade da aplicação da responsabilidade e reparação civil ante o não atendimento de todos os requisitos caracterizadores do referido instituto, ou seja, da comprovação da ilicitude da conduta, do dano e do nexo de causalidade:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO. A falta de reconhecimento espontâneo da paternidade não configura, por si só, o abandono afetivo, sobretudo, havendo dúvida quanto à paternidade. O abandono afetivo decorre da omissão dos pais em relação aos filhos, que ocasione ato ilícito ao serem violados os deveres de assistência, criação e educação. É necessária a prova do ato, do dano experimentado pelo filho e do nexo causal entre o ilícito e o dano. Havendo a confirmação da paternidade apenas quando do ajuizamento da presente ação, não se pode reconhecer o abandono pretérito. Ademais, **não há provas do efetivo dano suportado em decorrência do alegado abandono**, ônus que competia ao autor. Sentença mantida. Negaram provimento ao apelo. Unânime.

No mesmo sentido foi o entendimento dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo¹²² e do Rio de Janeiro¹²³, seguem as respectivas ementas:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Não comprovado. Alegado abandono pelo pai biológico. Reconhecimento de paternidade após ação de investigação de paternidade quando a requerente já contava com mais de 20 anos de idade. Ausência de prova inequívoca de que o requerido tinha plena ciência da paternidade antes do reconhecimento judicial. Inexistência de elementos aptos a firmarem a obrigação de indenizar. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE REPARAÇÃO POR

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70071497259, Oitava Câmara Cível. Rel. Alexandre Kreutz, J. 19 out. 2017, Dj de 23 out. 2017.

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 00191530520138260506 SP 0019153-05.2013.8.26.0506. Sexta Câmara Cível. Rel. Ana Maria Baldy. J. 09 fev. 2017, Data de Publicação, 09. fev. 2017.

¹²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio do Janeiro. APL: 0364854682013819000. 13ª Vara de Família. Rel. Alcides Da Fonseca Neto. J. 05. Abril. 2017, Décima Primeira Câmara Cível. DJ. 05 abril. 2017.

DANO MORAL IMPROCEDENTE. ABANDONO AFETIVO NÃO CONFIGURADO. MANUTENAÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Recurso de apelação interposto em face da sentença que julgou improcedente o pedido de reparação por dano moral formulado pela apelante contra seu pai, com fundamento em abandono afetivo. Pretensão recursal direcionada à reforma do julgado para o reconhecimento do dano moral, que não poderá ser acolhida. De fato, ainda que se reconheça que o abandono afetivo possua aptidão para gerar reparação por dano moral, em decorrência não propriamente da falta de afeto, mas do objetivo cuidado que os pais devem aos filhos, indubiosa se apresenta a demonstração inequívoca do dano daí derivado e do nexo causal, sem que o que nada há a compensar. No caso sub examen, o conjunto probante colacionado ao processo, amparado principalmente no laudo pericial elaborado em segundo grau de jurisdição, evidenciou que não houve efetivamente o alegado abandono por parte do genitor e que não se mostrava genuína a causa de pedir da apelante, tendo em vista a inexistência de sofrimento por decorrência da ausência do vínculo emocional com o pai biológico, mas, sim, inconformismo em não receber mais as prestações alimentícias, uma vez que já completou os vinte e quatro anos de idade. **Configuração da conduta ilícita de abandono afetivo para o fim de condenar o genitor à reparação por dano moral que imprescinde da presença de alguns elementos** no caso concreto diante de sua excepcionalidade, tais como a negativa insistente e deliberada de aceitação do filho cumulada com o desprezo com relação à sua pessoa, sobretudo como forma de impedir a banalização do instituto e conferir real importância ao impacto negativo que pode advir ao próprio filho provocado pelo descaso afetivo, o que não se verificou, na espécie, como muito bem observado pelo magistrado sentenciante. Leitura da petição inicial que evidencia o descontentamento da apelante com as questões patrimoniais, uma vez que citou, inúmeras vezes, a necessidade de ingressar com demandas executivas e o temor suportado nas vezes em que o genitor requereu a exoneração da obrigação alimentar, de modo que, momento algum, narrou situação de desamparo emocional suportado em razão da ausência do pai biológico ou eventuais danos psicológicos sofridos pela falta do convívio, o que somente corrobora a conclusão a que chegou o laudo pericial. Sentença que, portanto, solucionou adequadamente a demanda e deve ser mantida. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Mais uma vez, controverso e interessante é o recente entendimento do Superior Tribunal De Justiça, julgado que data de outubro de 2017¹²⁴:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. **O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuadamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.** Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1579021 RS 2016/0011196-8, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. J. 19 de out. 2017, DJe de 19 de nov. 2017.

pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido. (*grifo nosso*).

De forma diversa, entendeu o Tribunal do Mato Grosso. Segue trecho de matéria publicada no site do TJMT¹²⁵ sobre decisão proferida pelo respectivo Tribunal, que entendeu pela possibilidade da indenização por abandono afetivo, ação da qual, ainda não foram divulgados os dados, porquanto em fase de recurso e sob segredo de justiça:

O juiz da Terceira Vara de Família e Sucessões de Cuiabá, Alberto Pampado Neto, condenou, na segunda-feira (20 de julho), um pai a pagar a indenização no valor de R\$ 151.296 à filha que só foi reconhecida por ele aos 35 anos de idade. Ela entrou com ação de investigação de paternidade cumulada com pensão alimentícia e indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo.

Após a citação, as partes realizaram dois exames de DNA, sendo ambos positivos para a paternidade do réu (pai) em relação à autora (filha). Após os exames houve uma audiência onde ele reconheceu a filha de forma espontânea. O reconhecimento da paternidade foi homologado por sentença na ocasião e determinando a lavratura de nova certidão de nascimento/casamento, constando o nome do réu como pai, bem como o nome dos pais dele como avós paternos da autora. O sobrenome do pai foi ainda acrescentado ao nome original da autora da ação.

O juiz julgou improcedente o pedido de pensão alimentícia, já que a autora é maior de idade, capaz e apta ao trabalho. Já o direito da autora de ser indenizada pelos danos que sofreu em razão do abandono foi reconhecido pela sentença, em decorrência da omissão do dever legal, visto que todo pai tem de manter convivência familiar com os filhos (art. 1.634 do Código Civil), promovendo-lhes a guarda e educação (art. 22, do ECA).

Ao basear sua decisão, o magistrado asseverou que “**se reconhece que não se está punindo a falta de afeto do pai para com o filho, mas a quebra do dever jurídico de convivência familiar, aliado a inobservância do princípio da afetividade, portanto, não se pode admitir que o descumprimento de um dever jurídico seja reprovável tão somente do ponto de vista moral, cabendo ao judiciário a tutela dos direitos dos filhos de forma positiva**”. No caso dos autos, a própria condição atual da autora demonstra as consequências do abandono afetivo, posto que, sem orientação familiar, não se qualificou para o trabalho, casou-se muito cedo e limitou-se a cuidar de sua família, tanto que hoje, com 35 anos de idade, já é avó, não restando dos autos dúvida alguma quanto a seu fracasso profissional e financeiro”, fundamentou. (*grifo nosso*).

Da breve análise de todos os julgados supramencionados, além da ratificação da necessidade dos devidos aprofundamentos e consensos sobre a matéria, resta válida a reflexão sobre a real aplicação dos princípios e ditames constitucionais, bem como das possibilidades de inovação no que diz respeito ao tipo de reparação então

¹²⁵ Poder Judiciário do Mato Grosso. Juiz condena pai por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/40535#.WI4RDzF1bJY>>. Acesso em: 03 de jan. 2017.

oferecidas pelo instituto da responsabilidade civil. “Novos instrumentos se oferecem para a reparação dos danos. Durante os últimos dois séculos, a responsabilidade civil foi aprimorada e remodelada sempre a partir das causas (culpa e risco) é hora de repensar as suas consequências.¹²⁶”.

Pois bem.

Se para a configuração do dano moral e a imposição de sua reparação, não há de se falar obrigatoriamente em culpa, adotando-se, por exemplo, a teoria da responsabilidade civil pressuposta, bem como não há de se comprovar materialmente o dano moral sofrido¹²⁷, não teria o filho lesado de ter que corporizar os prejuízos decorrentes da ausência afetiva. Se conhecidos e comparados aos requisitos para a configuração e benefícios da socioafetividade, pode-se inferir que a não existência é danosa pela privação de tais privilégios e vantagens.

Até porque, comprovar que doenças ou qualquer anomalia ou transtorno físico ou mental, até mesmo financeiro, teve causa isolada, partindo única e exclusivamente da ausência de afeto parental, o que parte de critérios subjetivos e personalíssimos, é também monetizar o dano, de modo a mensurar de forma insuficiente o prejuízo e a indenização a ser prestada. Outrossim, se bastar na alegação de que aquele que “nunca teve um pai, afeto, carinho ou amor” não pode cobrá-lo ou dizer que sofreu com a ausência destes em sua vida por não saber como é ter, presenciar, sentir e usufruir de tais benesses, é se utilizar de argumentos rasos, limitados e até mesquinhos na hora de tratar de bens que transcendem a compreensão científica como é a presença paterna, reforça Rodrigo da Cunha Pereira:

A paternidade é mais que fundamental a cada um de nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que eles têm com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não¹²⁸.

De mesmo modo, como tem se mostrado ponto mais controvertido quando de tais decisões, já tarda a busca e aplicação de alternativas para a compensação. Idem ao que ocorreu com a evolução dos métodos alternativos de solução de conflito (mediação, conciliação, etc.) a indenização ou reparação pela negligência ou omissão

¹²⁶ MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47.

¹²⁷ MONTEMURRO, Danilo. CONJUR. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em 29 de dez. 2017.

¹²⁸ Id., 2015, p. 401.

afetiva, pode e deve ser diferenciada, encontrando-se na reparação não pecuniária, saída para tal dilema, não afastando a possibilidade da indenização financeira de forma, inclusive, cumulativa. Nesse sentido¹²⁹:

O que se precisa em situações deste jaez é o magistrado, apoiado por profissionais habilitados, compreender o verdadeiro sentido da ação reparatória e, a priori, buscar a composição entre pai e filho, objetivando auxiliar o resgate ou iniciar a possibilidade de entendimento entre eles.

De mais a mais, em determinados casos, malsinadamente, o restabelecimento do amor e do carinho é, praticamente, impossível, pois já fora desfeito pelo longo tempo transcorrido diante de total ausência de contato e de afeto paterno.

De outro lado, o que impera é a própria personalidade e conceitos de vida da figura paterna, daí a pena indenizatória precisa ser aplicada, em alguns casos, com o escopo de reparar o reversível prejuízo causado ao filho que sofreu pela ausência do pai. Uma pessoa que nunca foi amada, como pode amar? Alguém que não conhece o poder do abraço, como pode abraçar? Outrem, que não conhece a beleza do sentimento do beijo, como pode beijar? Dessa maneira, o judiciário deve respeitar a liberdade das escolhas, fruto de uma sociedade plural, todavia não poderá compactuar com o abandono irresponsável de pais que se vêm, meramente, como procriadores.

Bem na esteira do que Anderson Schreiber¹³⁰, complementa:

A consagração de modos alternativos não pecuniários de reparação dos danos exige a participação ativa do Poder Judiciário. Do magistrado passa-se a esperar mais que “arbitramento” do montante monetário devido, espécie de “loteria” em torno da qual passaram a gravitar os dramas vividos por quem se embrenha na vida prática da Responsabilidade Civil. Juízes e Desembargadores devem participar de modo mais determinante na reparação do dano sofrido, refletindo sobre as medidas mais adequadas para a satisfação da vítima no caso concreto.

Muitos e diários são os casos de responsabilização pelo não cumprimento de obrigações parentais levados à apreciação do Poder Judiciário e que passam a imagem que podem ser “facilmente resolvidos”, pois numa primeira análise dispensam estudos aprofundados sobre liames afetivos e fatores psicossociais, como é o caso das ações pelo uso abusivo ou perda do poder familiar, da alienação parental, do descumprimento do dever de visitas, guarda ou de prestar alimentos, ainda que, de fato, não sejam simples, tem-se que são melhor balizados pela letra da lei e pela “superficial” apresentação fática o que, não ocorre de forma tão simples quando

¹²⁹ JÚNIOR, Antônio Dantas de Oliveira. A incidência do art. 186 do Código Civil Brasileiro no abandono afetivo dos pais, é possível? p. 8. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

¹³⁰ MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47.

tratam-se de ações que envolvem o afeto como protagonista. “É chegado o momento de romper as velhas amarras [...] acabou-se a época da taxatividade dos remédios.¹³¹”.

Da análise feita nesse último capítulo, torna-se mais que clara a necessidade de aprimorar o estudo do afeto no campo jurídico. Assim como obteve-se avanço na temática do reconhecimento da paternidade socioafetiva, da união estável e da multiparentalidade, deve o Direito mais uma vez, acompanhar às evoluções sociais e estar preparado para melhor receber e avaliar as demandas que envolvem a responsabilização decorrente do afeto, em especial, da ausência afetiva. Primar pelo cumprimento da lei e dos princípios que regem o ordenamento jurídico, objetivando alcançar o ideal de uma sociedade justa e igualitária.

¹³¹ Id., 2015. p. 47.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intento geral do presente trabalho foi a melhor compreensão e estudo do afeto como direito fundamental e elemento capaz de ensejar a responsabilização civil decorrente, primordialmente, de sua ausência em determinada relação paterno-filial.

Por meio da análise legal e doutrinária realizada foi possível apontar a viabilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil nos litígios derivados de relações filiais que têm como protagonista o afeto, ao passo em que se evidenciou a necessidade de melhorias quanto da integração das áreas de família e responsabilidade civil. Por outro lado, viu-se que ambas apresentam espaço para tais melhorias e propiciam o surgimento de valiosas ferramentas a serem utilizadas pela Poder Judiciário quando chamado a dirimir tais questões.

Viu-se que o Direito de Família passa por mudanças céleres e significativas a fim de acompanhar e atender os anseios e problemas sociais, mas que se tratando de filiação, as ações tradicionais e específicas do Direito de Família, ainda que reformuladas, já não têm sido bastantes para atender de maneira minimamente satisfatória a crescente demanda de casos até então inéditos, momento em que a dinamização da Responsabilidade Civil tem surgido como solução. Mas será que, de fato, esta tem sido uma solução justa e efetiva para tais casos?

Nota-se por meio da análise de litígios que envolvem a temática, dentre esses os citados no presente trabalho que, na maioria das vezes, o filho carente e vitimado pela ausência de afeto parental, busca levar tal caso aos Tribunais como uma forma de entender, talvez aceitar e fazer com que aquele que foi omissivo se atente para o mal causado como último meio de tentar obter, ainda que forçadamente, aquilo que lhe faltou, mas quando se depara com a resistência ou impossibilidade de ter o afeto que tanto procurou ou esperou, insiste em alguma forma de compensação financeira, tornando a ação em um instrumento de vingança em que acredita ser a pena pecuniária a sua satisfação.

Essa constatação reforça a necessidade de se destacar e efetivamente considerar a tutela constitucional que possui o afeto, em especial, como sendo um direito fundamental de terceira dimensão, portanto, inserido nos direitos de solidariedade e que assim objetiva um bem maior que supera a individualidade dos membros que compõem o núcleo familiar e visa preservar, inclusive, direitos sociais que, portanto, merece maior atenção por parte do Estado a fim de que este não seja

sobrecarregado em suas funções cedo ou tarde por conta do descaso dado a proteção e necessidade de afeto nas relações filiais.

Diagnóstico que confirma a urgente necessidade de se rever a forma com que tais casos são apreciados, deixando-se de aplicar unicamente a visão individualista, abandonando a ideia de culpa individualizada, abrindo campo para análises feitas a partir de visões sistêmicas, ocasião em que podem e devem ser inseridos e melhorados métodos alternativos e pouco explorados como são, por exemplo, as constelações familiares, muito porquê e como também foi possível analisar, afeto e amor embora apresentem certa similaridade, não se confundem, devendo as ciências biológicas, sociais e jurídicas aliarem-se para distinguir tais conceitos a fim de que não se desobrigue o cumprimento do obrigável, como é a prestação de afeto, analisando-o pura e simplesmente como sentimento de amor, o qual, por razões óbvias, não se pode impor o desenvolvimento, assim como não se deve restringir o afeto a elemento mensurável e passível de precificação sob pena de se monetizar as relações afetivas e banalizar bens e ações judiciais.

Entretanto, até se atingir o “formato ideal” muito tem o Direito a evoluir, até lá não se pode deixar que inúmeras pessoas, destaque às crianças e adolescentes, fiquem a mercê da própria sorte no que diz respeito ao cumprimento de deveres inerentes ao poder familiar, dentre os quais o dever de prestar afeto compreendido em cuidado, educação, orientação, convivência, assistência moral e psíquica, como já bem explicitado no texto legal, cuja ausência ou transgressão propositada ou mesmo involuntária tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal constitucional deve amparo, inclusive, com a imposição de sanções.

É nesse ínterim e contexto que devem se destacar teses e métodos como são as da responsabilidade civil pressuposta e da indenização não pecuniária, bem como deve-se atentar para a necessária flexibilização de elementos caracterizadores da responsabilidade civil a fim de que o Poder Judiciário seja ativo e acompanhe as evoluções sociais estando melhor preparado para receber e avaliar as demandas que envolvem a responsabilização decorrente do afeto, em especial, da ausência afetiva e, desse modo transforme o referido instituto em meio de busca efetiva de solução, não apenas para a reparação de atos do passado, mas também para o cumprimento de deveres éticos voltados para o futuro.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto, p. 4-5. Anais do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.
- BRAGA, Júlio Cesar de Oliveira Braga. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 305 p.
- BRASIL. Vade Mecum. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. 199 p.
- CAVALIERI, Filho Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CUNHA, Eugênio. Afeto e aprendizagem. Relação de amorosidade e saber na prática pedagógica. 3. ed., Rio de Janeiro: Wak, 2012. 132 p.
- DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil., vol. 6., 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Pamplona Rodolfo. Novo curso de direito civil. Direito de família em perspectiva constitucional, ed. 4. rev., e atual São Paulo: Saraiva, 2014. 779 p.
- GLAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil.Vol. III. Responsabilidade Civil. ed. 12. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2014. E-book.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. IV. Responsabilidade Civil. ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Direito a convivência entre pais e filhos. Análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. SÃO PAULO. Universidade de São Paulo, 2011, p. 69, 73. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjixPzCgoXWAhVN6mMKHULECp0QFqgsMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2131%2Ftde-22082012->>

[152003%2Fpublico%2FGiselle_Groeninga_Resumido.pdf](#). Acesso em: 28 agos. 2017.

JÚNIOR, Antônio Dantas de Oliveira. A incidência do art. 186 do Código Civil Brasileiro no abandono afetivo dos pais, é possível? p. 8. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf>. MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. 466 p.

MONTEMURRO, Danilo. CONJUR. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>.

MALUF, Adriana Calda do Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. Tratado de Direito Constitucional I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PADILHA, Rodrigo, Direito Constitucional, 4 ed. São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Vol.III. Contratos. ed.18. Forense: 2014. E-book.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem analítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente. Comentado por artigo. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SCHLOSSER, Adriano; DALFOVO Daniel David; DELVAN Josiane Delvan da Silva. Um estudo sobre amor: Diálogos entre Sigmund Freud e Erich Fromm. Psicologia Argumento, 2012, p. 569. Disponível em:<<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/PA/pdf/?dd1=6143>>.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Direito de Família. ed. 4. São Paulo: Método, 2010.

TATURCE, Flávio. Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. vol. II. Direito das obrigações e responsabilidade civil e. 9. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

TOMAZ, Renata. Abandono Afetivo: registros midiáticos da vida privada. Rio de Janeiro. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação. UFRJ. Disponível em: <<https://lumina.ufjf.emnuvens.com.br/lumina/article/view/345>>.

VENCESLAU, Rose Melo. Considerações sobre pai presumido sob o prisma civil-constitucional, p. 2. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/170.pdf>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.