

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE  
DO JURUENA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ALEX JUNIOR TOSIN

**ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: A POSSIBILIDADE DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

**JUÍNA-MT**

**2013**

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE  
DO JURUENA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ALEX JUNIOR TOSIN

**ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: A POSSIBILIDADE DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

“Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito”.

Orientador: Vilmar Martins Moura Guarany

**JUÍNA – MT**

**2013**

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE  
DO JURUENA**

**CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Mestre Vilmar Martins Moura Guarany  
Orientador**

---

**Professora Mestra Alcione Adame**

---

**Professor Mestre Guilherme Augusto Pinto da Silva**

Dedico este trabalho, com enorme carinho, aos meus pais  
Sadi e Salete, pelo exemplo de vida  
e inspiração constante.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por mais essa dádiva em minha vida, pois sem Ele nada disso seria possível. Agradeço, ainda, a todos aqueles que me apoiaram nessa tão sonhada conquista, em especial a minha família, aos amigos e colegas de classe, bem como aos professores com quem tivemos a oportunidade de conviver no decorrer desses cinco anos de academia, que de uma forma ou de outra sempre nos motivaram a seguir adiante nessa empreitada diária e a lutar por nossos ideais, cujo respeito e amizade sem dúvida hão de permanecer após o curso, e quem sabe amanhã ou depois possamos nos encontrar, seja numa audiência ou nos bancos de uma faculdade, e relembrar destes anos de academia.

Da mesma forma, agradeço ao meu professor orientador Ms. Vilmar Martins Moura Guarany, tendo em vista sua ampla disponibilidade e participação na elaboração deste trabalho, sempre atento às discussões atuais na seara do Direito de Família.

Agradeço, por fim, à professora Coordenadora do curso de Direito Ma. Alcione Adame, não só por sua efetiva atuação na coordenação do curso de Direito no decorrer destes anos, sempre zelando pelos interesses dos acadêmicos, como também pelos incentivos habituais no sentido de inserir os acadêmicos na carreira jurídica, tratamento dispensado não só a mim como aos demais colegas de curso, sempre atenta, pois - juntamente com os demais professores -, a uma formação de qualidade dos acadêmicos.

## RESUMO

Vivemos num período em que a sociedade passa por significativas mudanças paradigmáticas, em que se reconhece a cada dia a importância das pessoas perante a comunidade em que estão inseridas. Antes tratados como meros coadjuvantes da história mundial, agora podemos dizer que os seres humanos passam a ocupar o epicentro de todas as preocupações da humanidade, sobretudo nos países democráticos, de modo que as relações intersubjetivas, antes ditadas pela liberdade absoluta, agora devem obediência aos postulados da dignidade da pessoa humana e o devido respeito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um. Nesta perspectiva, discute-se na presente monografia acerca da responsabilidade civil dos pais em razão dos danos sofridos pelos filhos em razão do abandono afetivo perpetrado por aqueles, voltando nosso estudo especificamente ao pai, de modo a não alargar demasiadamente a pesquisa. Nesta senda, será discutido ao longo do trabalho acerca da família e suas alterações no curso da história, com destaque para a relação havida entre pais e filhos, de forma a abordar quando a questão da afetividade passa a integrar o núcleo familiar, bem como, ainda, quais as suas implicações no âmbito da família atual e quais os seus efeitos no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Para cumprir com tal desiderato, mister se utilizar das lições de outras ciências, sobretudo da psicologia, de modo a identificar a importância da afetividade no desenvolvimento da pessoa e quais as possíveis consequências advindas de sua ausência no seio familiar com relação aos filhos. A partir de então, analisamos esses dados em face de nossa ordem jurídica atual, discutindo como e sob quais fundamentos se reconhece a responsabilidade dos pais por abandono afetivo dos filhos.

**Palavras-Chave:** abandono afetivo – omissão paterna – responsabilidade civil – interdisciplinaridade – danos psíquicos

## RESUMEN

Vivimos en una época en que la sociedad experimenta cambios de paradigma importante, que reconoce todos los días la importancia de las personas a la comunidad en la que operan. Antes de tratar como meros adjuntos a la historia del mundo, ahora podemos decir que los seres humanos ocupan el epicentro de todas las preocupaciones de la humanidad, especialmente en los países democráticos, por lo que las relaciones interpersonales antes dictadas por la libertad absoluta ahora deben lealtad a los principios de la dignidad humana y el respeto al libre desarrollo de la personalidad de cada uno. En esta perspectiva, se analiza en esta monografía acerca de la responsabilidad de los padres debido a los daños sufridos por los niños debido a la negligencia emocional perpetrada por quienes, volviendo nuestro estudio específicamente a su padre, a fin de no ampliar indebidamente la búsqueda. En este sentido, se analizará todo el papel de la familia y sus cambios a través de la historia, destacando la relación entre padres e hijos que se llevó a cabo con el fin de abordar la cuestión de si la afectividad se une a la familia y, sin embargo, cuáles son sus implicaciones en la familia actual y cuáles son sus efectos en el desarrollo de los niños y adolescentes. Para cumplir con este objetivo, señor utilizando las lecciones de otras ciencias, especialmente la psicología, para identificar la importancia de la afectividad en el desarrollo de la persona y cuáles son las posibles consecuencias derivadas de su ausencia en la familia con respecto a los niños. Desde luego analizar estos datos a la luz de nuestro sistema jurídico actual, discutiendo cómo y bajo qué motivos se reconoce la responsabilidad de los padres para sus hijos distancia emocional.

**Palabras-Clave:** negligencia emocional - omisión padre - responsabilidad - interdisciplinariedad - daño psíquico

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
<b>1 A FILIAÇÃO E A FAMÍLIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>12</b>
1.1 Considerações iniciais.....	12
1.2 A família e o tratamento jurídico da filiação no Código Civil de 1916.....	14
1.3 Evolução da família nas Constituições do Brasil.....	17
1.4 A Mudança de paradigma: da família patriarcal ao núcleo familiar democrático .....	20
1.5 Constituição Federal de 1988 e o fenômeno da “constitucionalização”/“repersonalização” do direito de família.....	23
<b>2 DA AFETIVIDADE E SUA VALORAÇÃO JURÍDICA.....</b>	<b>28</b>
2.1 Virada paradigmática: da racionalidade ao reconhecimento do afeto .....	28
2.1.1 A “modernidade” e o individualismo .....	28
2.1.2 A “pós-modernidade” e o reconhecimento da subjetividade humana .....	35
2.2 A afetividade como elemento de projeção do ser humano na sociedade.....	39
2.3 A valoração jurídica do conceito de afetividade em nosso direito .....	45
2.4 O papel do pai no desenvolvimento infantil .....	52
2.5 O patrimônio afetivo e os danos causados às crianças em razão dos atos de abandono afetivo .....	57
2.6 Instrumentos de tutela da criança em face do abandono afetivo .....	62
<b>3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL .....</b>	<b>67</b>
3.1 Breves considerações acerca da responsabilidade civil.....	67
3.2 Responsabilidade civil no direito de família.....	72
3.3 Responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial: subsunção dos danos aos elementos genéricos do instituto da responsabilidade civil .....	77
3.4 Pressupostos específicos para o reconhecimento da responsabilidade por abandono afetivo .....	85
3.4.1 Conhecimento sobre a existência do filho e possibilidade do exercício do poder familiar.....	85
3.4.2 Ausência da figura paterna e danos psíquicos sofridos pela criança .....	87

3.4.3	Inexistência de obstáculos impostos por terceiros .....	88
3.5	Julgados pioneiros acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo.....	89
3.6	Julgados recentes: perspectivas do abandono paterno-filial na jurisprudência brasileira.....	94
<b>CONCLUSÃO.....</b>		<b>99</b>

## INTRODUÇÃO

Na atualidade, tema dos mais controvertidos no âmbito do Direito de Família, as questões em torno do abandono afetivo suscitam controvérsias de diversas naturezas, dividindo a opinião dos juristas e dos brasileiros de um modo geral.

Aqueles que defendem a responsabilização dos pais que deixam de dar carinho e atenção aos filhos seguem uma linha de pensamento voltada aos deveres anexos à condição de pai, ou seja, preconizam pela valoração jurídica da afetividade dispensada aos filhos, de modo que a sua ausência caracterizaria injusta violação dos direitos destes últimos, ensejando, assim, o dever de indenizar.

Sob outra perspectiva, não faltam aqueles que encabeçam a tese oposta de que “não há como valorar o amor”, aduzindo que estaríamos nos tornando “fanáticos do sentimentalismo”, referindo-se à circunstância de que “tudo no Brasil enseja dano moral”.

Com o passar dos anos, há três ou quatro décadas até os dias de hoje, nosso país experimentou profundas transformações em seus costumes sociais, mormente nas relações familiares. A família patriarcal e autoritária de outros tempos, que agasalhava a autoridade incondicional do homem no seio de sua família, é substituída por um núcleo familiar democrático, fundado nas relações de afeto e cooperação, consubstanciada na busca pela realização pessoal de seus membros.

Em decorrência dessas alterações, outros valores são incorporados aos membros dessas famílias, valores que outrora sequer podiam ser imaginados, dada a realidade social então vivenciada. A paternidade biológica, por exemplo, cede cada vez mais espaço à paternidade socioafetiva; a proteção dispensada ao filho tido fora do casamento, de outro lado, passa de um sistema de exclusão, vigente em quase todo o século XX, a um sistema de proteção integral, inaugurado no final do mesmo século.

Atendendo aos anseios de nossa sociedade, a Carta Magna de 1988 se encarregou em garantir, como direito fundamental de todo filho, o direito à convivência familiar, estatuidando como princípio constitucional o dever dos pais em assistirem, educarem e criarem os filhos menores, velando-lhes pelo bem-estar físico e psíquico, bem como por sua integração na sociedade, garantindo, enfim, que os filhos tenham uma vida digna. Por outro lado, assegurou à criança e ao adolescente a absoluta prioridade na concretização de seus direitos fundamentais, dentre eles a vida, a saúde, alimentação, lazer, dignidade, a convivência familiar e comunitária, dando primazia para a conhecida tutela integral da

pessoa em desenvolvimento, impondo à família, à sociedade e ao Estado, conjuntamente, o dever de colocá-las a salvo de toda e qualquer negligência, discriminação ou qualquer outra forma de violência.

Nesse sentido, tem-se discutido recentemente acerca da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo paterno-filial, como ficou conhecido na seara jurídica a conduta dos pais (homens) que se omitem na vida dos filhos, deixando de dispensar-lhes o carinho esperado.

Nesse momento, urge destacar que preferimos a abordagem do abandono afetivo paterno-filial em razão da maior expressividade do número de casos em que o pai abandona o filho afetivamente, não obstante também hajam outras formas de abandono afetivo, tal como a materno-filial, conjugal etc. Ademais, vale dizer que as lições extraídas deste trabalho certamente se aplicam, via de regra e com as ressalvas feitas no decorrer do texto, aos demais casos de abandono afetivo verificados no âmbito da família.

Inicialmente, buscaremos distinguir as razões erigidas como fundamento de ambos os entendimentos acima expostos e, partindo das concepções clássicas da ciência jurídica acerca do instituto da responsabilidade civil, pretendemos analisar se há óbices ou não para a responsabilização civil no âmbito do direito de família, em especial se os argumentos erigidos para esse fim correspondem com a doutrina civilista que trata da indenização por dano moral.

Para tanto, procuramos romper com a estrita dogmática jurídica e nos arriscar nas lições de outras ciências - em especial a psicologia e a psicanálise, bem como, embora em menor intensidade, a sociologia -, num estudo interdisciplinar a fim de identificar a existência de possíveis danos psíquicos nas crianças e adolescentes decorrentes do abandono afetivo paterno-filial, bem como de que forma se manifestam esses danos.

Da mesma forma, pretendemos identificar o significado e importância da afetividade na vida das pessoas, sobretudo naquelas em fase de desenvolvimento (como é o caso dos filhos menores), avaliando de que forma reage nosso ordenamento jurídico nos dias de hoje com relação ao tema, se prima pela tutela da afetividade ou, ao revés, mantém-se alheio a ela por não interessar a esfera moral ao direito, como pretendem alguns.

Com relação ao papel do pai no desenvolvimento da criança ou adolescente, iremos analisar se a sua função se resume à manutenção financeira da família - conforme muitos acreditam ainda hoje - ou, ao revés, se exerce papel importante no desenvolvimento sadio

dos filhos, colaborando com a formação de sua integridade psíquica, como sustentam os filhos abandonados afetivamente.

A partir destas lições, abordaremos as definições atuais acerca do instituto da responsabilidade civil, com a análise dos respectivos pressupostos gerais necessários para a caracterização do dever de indenizar, a fim de avaliar se há ou não a possibilidade de tutelar a afetividade por meio da indenização por dano moral, bem como, ainda, qual a posição de nossos tribunais com relação ao tema.

Em tempo, registramos que não é nosso intuito esgotar o estudo sobre o tema, uma vez que se trata de problema atual que mesmo a doutrina e a jurisprudência mais autorizada estão longe de chegar a um entendimento uníssono, o que se verifica facilmente por meio de simples consulta aos *sites* dos tribunais pátrios.

Dessa forma, temas como o desenvolvimento da personalidade, as teorias psicológicas acerca da importância do afeto, instrumentos jurídicos de tutela da criança e do adolescente em face de atos de abandono afetivo, o princípio da dignidade humana como valor fundante de nosso sistema, dentre outros assuntos tratados no trabalho, revelam-se temas que, por si só, poderiam embasar um trabalho específico e mais aprofundado, ao passo que trazemos esses dados com a finalidade precípua de enriquecer a discussão acerca da problemática proposta, não nos limitando à discussão de cunho eminentemente jurídico-dogmática.

Com efeito, a partir de uma sucinta análise acerca destes temas, buscaremos discutir qual a valoração jurídica do conceito de afetividade em nossa ordem jurídica interna, a fim de averiguar se há compatibilidade entre o instituto da responsabilidade civil e sua aplicação nos casos de abandono afetivo, bem como, em caso positivo, em quais hipóteses e quais os pressupostos específicos exigidos para a sua configuração no caso concreto.

Longe de querer esgotar o assunto, propomos um ponto de partida de uma discussão que reclama mais critério por parte dos juristas em geral, que deve partir, principalmente, do rompimento do dogmatismo jurídico e da necessidade da interdisciplinaridade no estudo do tema, provocando os colegas intérpretes do Direito a rever os seus conceitos sobre o assunto.

# 1 A FILIAÇÃO E A FAMÍLIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

## 1.1 Considerações iniciais

De início, partindo do pressuposto de que nosso ordenamento jurídico reflete, a princípio, os valores consagrados pela sociedade como moralmente corretos em um determinado local e em uma determinada época, acreditamos que se revela imprescindível uma breve análise da legislação civil pátria que antecedeu a atual, editada e promulgada sob a égide do período liberal do início do século XX.

Em tempo, esclarecemos que não é nossa intenção esgotar o estudo do contexto histórico de nossa legislação privada - visto não ser este o objetivo primordial deste trabalho - mas sim resgatar alguns elementos que possam apontar o conceito de família na sociedade do século XX, tanto perante a sociedade como perante a ordem jurídica então vigente, a fim de que possamos, posteriormente, ter uma visão holística dos valores que integram nossa ordem jurídica atual.

Como noticiam os historiadores de um modo geral, e como não poderia deixar de ser, a família de antigamente guardava em si outros valores se comparada com a atual.

Formou-se em uma primeira fase com o propósito de sobrevivência de seus entes, que não só ficavam mais fortes e protegidos em grupos, como também possibilitou a divisão de tarefas entre seus membros, permitindo um estilo de vida fixo, rompendo com o nomadismo.

Com o passar do tempo, e com ele a evolução da sociedade e seu agrupamento em cidades, passa-se a verificar as relações intersubjetivas entre umas e outras famílias, o que aos poucos vai formatando os valores de cada família nos diversos lugares do mundo. No entanto, algo que nos parece comum em diversas sociedades ao longo da história é o fato da preponderância masculina na figura de autoridade familiar, representando perante seus entes, via de regra, papel econômico, político, e jurisdicional.

Conforme noticia Arnold Wald,

Em roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consangüinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade

sobre todos os seus descendentes não emancipados e sobre as mulheres casadas com *manus* com os descendentes<sup>1</sup>.

Ainda segundo o autor,

A família era então simultaneamente uma *unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional*. Inicialmente havia um patrimônio só que pertencia à família embora administrada pelo *pater*. Numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais como os pecúlios administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*<sup>2</sup>.

Como se vê, no âmbito familiar o *pater familias* representava a religião para os seus membros, o que fazia por meio da religião domésticas de seus antepassados, a quem todos da família deveriam reverenciar, mantendo acesa a chama doméstica. De outro lado, no âmbito da política, representava os interesses de sua família nos senados e outras reuniões semelhantes, participando exclusivamente ele da vida pública da sociedade, ao passo que à mulher era reservado a vida privada de seu lar. Da mesma forma, no que tange à autoridade doméstica, o homem quem exercia a figura jurisdicional nos limites do lar, cuja palavra deveria sempre ser acatada, podendo resolver os conflitos da forma como bem lhe conviesse, uma vez que não havia, num primeiro momento, qualquer interferência pública no âmbito familiar.

Durante muito tempo, não há que se olvidar, não estava compreendida na noção de família o bem estar de seus membros. Como veremos adiante, por muito tempo a família representou para a sociedade – sobretudo em nosso país – a figura de verdadeira instituição, considerada além de seus membros, como se existisse por si só. Não se indagava acerca da felicidade de seus membros ou de qualquer outro aspecto subjetivo.

É certo que cada sociedade guarda em si suas peculiaridades, o que se deve ao fato de que, com o decorrer do tempo, em razão de sua dinâmica social, cada uma adota valores distintos das demais, variando a concepção de família – bem como a sua respectiva função intrínseca – no tempo e no espaço, o que se vê, por exemplo, a partir dos valores consagrados nos dias de hoje em alguns países árabes, em que as mulheres sequer podem mostrar o rosto em público.

Feitas essas considerações, importante analisar, ainda que de maneira sucinta, qual o tratamento dispensado à família em nosso país no decorrer das codificações privadas de 1916 e 2002, bem como quais os valores relacionados à família consagrados

---

<sup>1</sup> WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 2ªed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970, pag. 23.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pag. 23.

pela sociedade de então, o que nos permitirá visualizar que a dinâmica social impõe ao Direito severas mudanças, sobretudo na seara do Direito de Família - onde as relações são mais intensas -, o que acaba por refletir na discussão proposta neste trabalho acerca do abandono afetivo, na medida em que consagra novos valores e tutela mais amplamente os interesses das pessoas no seu aspecto humano.

## 1.2 A família e o tratamento jurídico da filiação no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua, demonstrou ser um conjunto de normas que guardava plena harmonia com o Estado Liberal da época e seus valores, que se resumiam, basicamente, na proteção da liberdade propriamente dita, na liberdade de contratar e nos postulados da livre propriedade.

Com efeito, conforme destaca José Sebastião de Oliveira, “contendo nada além da separação de poderes e da declaração de direitos, a ordem política foi a matéria contida nas constituições do século XIX”<sup>3</sup>.

Todos os dispositivos das Constituições desse período, isto é, das Constituições Imperial de 1824 e Republicana de 1891, não continham nada além da separação dos poderes e da declaração de direitos, contendo em seu bojo matérias que regulamentavam tão somente a atividade política da época.

Conforme as lições de Oliveira, “a ocupação do direito constitucional eram as relações políticas, não só estritamente, mas também minimamente consideradas: apenas as relações essenciais para o exercício do poder, travadas entre governantes e governados”<sup>4</sup>.

Nesse contexto, o direito privado era o encarregado de regulamentar a atuação dos sujeitos de direito nas suas relações privadas, nos mais diversos âmbitos da sociedade: direito do trabalho, direito comercial, direito administrativo, direito agrário etc., razão pela qual poderia até ser considerado à época como uma espécie de “constituição das relações particulares”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

<sup>4</sup> Ibidem, pag. 26.

<sup>5</sup> Para se ter ideia, a Consituição Imperial de 1824, tratou da família apenas em seu Título 5.º, Capítulo III, cuja previsão se limitava à “Família Imperial, e sua Dotação”, limitando-se a reger a forma de transmissão hereditária do Poder Imperial (Oliveira, Ibidem, p. 32), deixando a regulamentação do direito de família às Ordenações do Reino. A Constituição de 1891, por sua vez, em nada alterou a instituição da família então vigente; inovou acrescentando uma única norma, que dizia que “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art. 72, §4º).

Gustavo Tepedino, ao discorrer sobre a concepção do estado moderno do século XX, deixa claro o paradigma liberal que vigia na época, que inevitavelmente acabou influenciando as cartas políticas de então, senão vejamos:

Todos os dispositivos [referindo-se ao Código Civil de 1916] eram observados a partir da autonomia individual. Tudo em plena sintonia com o Estado Liberal da época. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais <sup>6</sup>.

O conceito de família para a sociedade que precedeu o Código Civil de 1916, que se manteve durante sua vigência, não deixava dúvidas: baseava-se na família patriarcal e elitizada, comandada pelo homem e em consonância com os valores da época, em que a função da mulher na sociedade se resumia ao casamento e ao cuidado da família (essa última considerada enquanto instituição, conforme veremos adiante) <sup>7</sup>.

A mulher era subjugada pelo homem e precisava de sua autorização para tudo, desde alienar seus próprios bens até para exercer profissão. O poder familiar era exercido pelo homem e pela mulher, porém prevalecia a palavra daquele, daí a razão do nome “pátrio poder” dado ao instituto que hoje conhecemos como poder familiar (art. 379 e seguintes, Código Civil de 1916).

Orlando Gomes, ao dissertar sobre o tema, deixa claro os valores impregnados na sociedade de então, como se vê de suas lições, *in verbis*:

O Código refletia, ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com significantes deformações provenientes das disparidades da estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendida às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se

---

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.02 apud KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 54.

<sup>7</sup> Apenas a título de informação, não obstante o paradigma liberal e o conceito restritivo que se tinha da família na época, vale registrar que já havia, nesse período, quem se insurgisse em face dos valores restritivos relativos à família impostas pelo Estado. Nesse sentido, como destaca Oliveira, “é de se registrar que o legislador constituinte Pinheiro Guedes apresentou emenda [à Constituição de 1891] que buscava caracterizar a família como base da sociedade e declarava competir ao Estado regular a sua formação, porém sem sucesso”. E continua o autor: “Essa mesma emenda ainda declarava que **a família se estabelecia por meio de consórcio voluntário entre um homem e uma mulher**, celebrado pela autoridade civil perante testemunhas, estabelecendo um laço de união vitalícia perpétua e indissolúvel entre um homem e uma mulher e **criando direitos e deveres recíprocos** para os cônjuges, mas admitia que a quebra consciente desses direitos e deveres poderia determinar a **ruptura dos laços nos casos e pela forma prevista em lei**” (OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37) (grifo nosso).

chegou a descrevê-la como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados<sup>8</sup>

Conforme destacam Goetz e Vieira, os valores vigentes na sociedade do século XVII consistiam na conservação de bens, na prática de um ofício ou a manutenção do poderio de famílias abastadas através de casamentos arranjados<sup>9</sup>. No que tange aos filhos, segundos os autores recém mencionados, predominava perante eles uma conduta de indiferença por parte da família, não somente por parte do pai como também por parte da própria mãe. Àquela época, segundo os autores, “a infância não era considerada como um período crucial ao desenvolvimento. E a criança não era tida como um ser que precisava de cuidados especiais”<sup>10</sup>.

Nesse panorama, como não poderia ser diferente, o Código Civil de 1916 consagrou um modelo único de família, qual seja aquela constituída pelo vínculo matrimonial indissolúvel, deixando de lado qualquer outra espécie de arranjo familiar formado na sociedade, o que leva Carmela S. de Carvalho a conclusão de que “o sistema codificado tinha um conceito formal, fechado e excludente de família”<sup>11</sup>.

Com efeito, o sistema então estabelecido chancelava a absurda situação de impunidade dos homens que possuíam filhos fora do casamento, relegando à própria criança as consequências do erro cometido pelos pais, obrigando-a a conviver com o título de “filho adúlterino”, sem qualquer direito com relação ao pai, seja de cunho afetivo ou mesmo patrimonial.

Conforme se extrai das lições de Silvana Maria Carbonera, citada por Carmela de Carvalho, criou-se um sistema de exclusão, em que as pessoas ou se adequavam aos preceitos legais, formando, assim, uma família, ou permaneciam à margem da lei, sem qualquer proteção jurídica. São as palavras de Carbonera:

Para aqueles que se adequavam aos requisitos legais, o sistema jurídico dava toda a proteção. Isto se dava a partir da atribuição do sentido de legitimidade que tinha origem na existência do casamento e qualificava tanto a relação conjugal como a filiação, atribuindo-se-lhes efeitos jurídicos. Já para os que não praticassem os atos descritos na lei, ao contrário, restava a marginalidade. E estar à margem do sistema jurídico significava estar a descoberto, sem nenhuma

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. O Novo Direito de Família, p. 65, apud OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 262.

<sup>9</sup> GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. **Pai Real, Pai Ideal**. O papel paterno no desenvolvimento infantil. Curitiba: Juruá Psicologia, 2011, p. 41.

<sup>10</sup> Ibidem, pag. 41.

<sup>11</sup> CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22.

tutela, sem produção dos efeitos jurídicos e, por consequência, sem o estabelecimento de relações jurídicas de família<sup>12</sup>.

Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda já havia se manifestado no passado, delineando claramente o sistema restritivo de regulamentação do direito de família previsto pelo Código Beviláqua, como se vê de suas lições:

Muitas *relações de família* não obtiveram sanção jurídica. Continuam simplesmente de ordem religiosa ou moral. Não penetraram no Direito: Não são *relações do direito de família*. Quando aparecem, provadas, em autos de questão de direito de família, das sucessões ou das obrigações, têm de ser tratadas como relações de fato, e não como relações de direito. O valor delas é o valor que podem ter os fatos<sup>13</sup>

Fruto de uma sociedade conservadora, a família estava centrada no homem, que era “o chefe da sociedade conjugal”, competindo-lhe a representação da família, a administração dos bens próprios e até mesmo dos bens particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família, bem como, ainda, prover a manutenção desta (art. 233, *caput* e incisos, do Código Civil de 1916)<sup>14</sup>.

Como se vê, o Código Civil de 1916 fora erguido sob as bases do liberalismo e do pensamento conservador do período oitocentista, em que as relações de família giravam em torno do pátrio poder e em função de seu patrimônio, valorizando a família enquanto instituição em detrimento das pessoas que a compõem.

### 1.3 Evolução da família nas Constituições do Brasil

Posteriormente, com a edição da Constituição de 1934<sup>15</sup>, e os valores inaugurados por esta, importante destacar um dos marcos no direito de família em nossa história, em especial no que tange aos direitos das mulheres, em que se passou a permitir a sua participação no processo político, além de prover o voto secreto e universal<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> CARBONERA, Silvana Maria. A família e sua tutela: aspectos relevantes para a análise da eficácia do ordenamento jurídico no plano das relações familiares. In *Pensando o Direito: Reflexões em busca da afetividade*. Curitiba: Centro Universitário Positivo, 2005, p. 123-169, p. 137, apud CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 23.

<sup>13</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Direito de personalidade Direito de Família. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 192.

<sup>14</sup> A mulher, nos termos do art. 240 do antigo *códex*, assumia, com o casamento, “a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe o dever de velar pela direção material e moral desta”.

<sup>15</sup> Vale destacar o contexto em que surge a referida carta política, em que o mundo, de um modo geral, passa a se afastar da ideologia liberal, consagrando em suas constituições direitos fundamentais ditos de segunda geração, assim conhecidos os direitos voltados à ordem econômica e social. Cita-se, como exemplo, as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

<sup>16</sup> Código Eleitoral de então, Decreto 21.076 de 24 de fevereiro de 1932.

Para José Sebastião de Oliveira, “O texto final dessa Constituição [1934] acabou por representar a transição do liberalismo clássico capitalista para intervencionismo do Estado, onde pela primeira vez normas relativas a alguns direitos sociais [...] debitarão no corpo de uma constituição nacional [...]”<sup>17</sup>, entre os quais podem ser apontados a educação, a cultura e a própria proteção à família<sup>18</sup>.

Não obstante tenha ocorrido algum avanço por parte da legislação se comparada à legislação do império, é de se observar, com espreque em Carvalho, que “o texto constitucional [de 1934] dirigia-se apenas a um modelo específico de família, ou seja, a família fundada no casamento. Por isso, talvez seja mais apropriado falar em regulamentação da família e, não em proteção”<sup>19 20</sup>.

Como se percebe, embora já houvesse algumas tentativas no sentido de proteger (leia-se regulamentar) a família nesta época, fica evidente que o foco da preocupação se voltava à instituição da família propriamente dita, como um ente autônomo, relegando seus integrantes para um segundo plano, reflexo da própria sociedade moralista de então.

Quer-se dizer, com isso, que não importava ao direito o afeto no seio da família, o que pode ser extraído da indissolubilidade do vínculo matrimonial, que deveria ser mantido mesmo que os nubentes não tivessem o desejo de estarem juntos, diferente daquilo que se verifica hoje, em que a realização da felicidade da pessoa, a sua completude existencial passa ao epicentro de todo o direito de família, conforme será demonstrado adiante.

Não é sem motivo, aliás, que existiam “casamentos arranjados e baseados em dotes”, como esclarece Carvalho<sup>21</sup>, uma vez que nessa época “a família tinha função

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

<sup>18</sup> Quanto à família, assim dispunham seus arts. 107 e 108, *in verbis*: “A família está sob a proteção especial do Estado e repousa sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos; a lei civil, porém, estabelecerá as condições da chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, e regulará os direitos e deveres dos cônjuges. O casamento legal será o civil. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento”.

<sup>19</sup> CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36.

<sup>20</sup> Em que pese o paradigma predominante da época, respeitáveis doutrinadores, com o apoio de alguns congressistas, opuseram-se à inclusão da indissolubilidade do vínculo matrimonial, conforme nos ensina Oliveira (op. Cit., p. 49), o que denota a recalitrância do poder legislativo da época em romper com o conceito clássico institucional da família.

<sup>21</sup> CARVALHO, op. Cit., p. 27.

política, econômica, religiosa, procracional; a função de realização da pessoa humana não se coadunava com os valores da época”<sup>22</sup>.

A Constituição de 1937, por sua vez, dispôs em seu art. 125 que “a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais”, facilitando aos filhos naturais (assim considerados aqueles filhos de pais não casados, mas sem nenhum impedimento legal) o reconhecimento, assegurando-se-lhes igualdade com os legítimos (art. 126), cabendo ao Estado tomar todas as medidas destinadas a assegurar-lhes “condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades”<sup>23</sup>.

A Constituição democrática de 1946, de outro lado, conforme preconiza Carvalho, “reprise a norma de que a família é constituída pelo casamento indissolúvel e tem proteção especial do Estado (art. 163); estimula a prole numerosa e assegura a assistência à maternidade, infância e adolescência (art. 164)”<sup>24</sup>. Dessa forma, mantêm-se o conceito restritivo de família para a legislação.

Com a outorga da Carta Política de 1967, o poder constituinte da época preferiu manter as normas que constavam da Carta predecessora, ratificando a indissolubilidade do vínculo matrimonial (art. 167, §1º), a assistência à maternidade, infância e à adolescência (§4º), o que contou com o apoio da Emenda n. 1 de 1969, sem inovar na matéria de direito de família<sup>25</sup>.

É nessa conjuntura, pois, que é elaborada a Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, rompendo com os dogmas então vigentes, sobretudo no âmbito da família. Verifica-se, então, a superação do modelo único de família, então baseado no matrimônio e na filiação legítima, proclamando-se a despersonalização da família, com o conseqüente reconhecimento da multiplicidade familiar, a igualdade entre os filhos, a proteção integral da criança, a paternidade responsável etc., tendo como base

---

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun.jul. 2004. p. 138, apud CARVALHO, ibidem, p. 28.

<sup>23</sup> Conforme preleciona Oliveira, “aqui também se verifica que não houve interesse [...] em apresentar um conceito do que constituía família para o direito constitucional; apenas se constatou a ocorrência de alguns ‘retoques’ que praticamente em nada alteraram a situação da Constituição anterior acerca do instituto da família” (OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52-53).

<sup>24</sup> CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

<sup>25</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA, cit., p. 66.

do sistema de proteção da família a dignidade da pessoa humana, agora erigida como um dos fundamentos da república.

#### **1.4 A Mudança de paradigma: da família patriarcal ao núcleo familiar democrático**

Como é cediço, ocorreram vários eventos no decorrer do século XX que alteraram o modo de viver da sociedade, influenciando na dinâmica social do mundo e em especial no Brasil, dos quais podem ser citados, dentre outros eventos, as duas grandes guerras mundiais, a recém chegada Revolução Industrial, os movimentos feministas, o rompimento com a ditadura em nosso país etc.

Várias foram as transformações sociais verificadas no seio da sociedade brasileira no decorrer do século passado, o que foi tornando o Código Civil de 1916 – que já nasceu impregnado de conceitos e paradigmas herdados do período anterior, dissociados da realidade brasileira – paulatinamente “sucateado”<sup>26</sup>.

Romualdo Baptista dos Santos, ao abordar as transformações sociais verificadas no século passado, assevera que a Segunda Guerra Mundial influenciou de maneira significativa as pessoas por todo o mundo, que passaram a ver o poderio destrutivo que os Estados detinham, ao passo que as políticas voltadas à proteção jurídica da pessoa ainda se mostravam tímidas em face dos interesses dos Estados. Segundo o autor,

[...] o holocausto incutiu nas pessoas, de modo geral, a necessidade de preservação da espécie humana, mediante alguma forma de proteção a um mínimo existencial: estamos falando da proteção aos direitos humanos! Essa foi a ideia que vingou, tomou corpo e ganhou assento paulatinamente nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, mediante a inscrição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado contemporâneo<sup>27</sup>.

Nesse mesmo sentido leciona Pontes de Miranda, destacando as transformações sociais verificadas na sociedade que impuseram à mulher um novo comportamento no âmbito de sua família, como se vê de suas lições abaixo transcritas:

Após ele [Código Civil de 1916], com as conseqüências da guerra européia, as circunstâncias da vida mudaram sensivelmente. Exigências materiais impuseram à mulher teor diferente de atividade. Não seria possível que isso não se refletisse na elaboração do direito depois da legislação civil de 1916<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Expressão utilizada por KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 54.

<sup>27</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 139.

<sup>28</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Direito de personalidade Direito de Família. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 165.

José Sebastião de Oliveira, a partir das lições da doutrina familiarista mais autorizada, divide a evolução pela qual passou a família em três fases distintas e bem delineadas, quais sejam as fases pré-industrial, fase da Revolução Industrial e, por fim, fase do capitalismo, vigente atualmente<sup>29</sup>.

Na fase pré-industrial, conforme elucida Oliveira, imperava a atividade produtiva, revelando-se a família como um centro produtivo dela mesmo. Nessa fase - sem dúvidas a mais conservadora de todas - sob o rígido controle da figura paterna, imperava a família patriarcal e hierárquica, sob a égide do conceito restritivo de família.

Pode-se dizer que é sob o pálio deste momento da família na sociedade brasileira que nosso Código Civil de 1916 é elaborado, com forte influência dos conservadores de sua época.

Posteriormente, com a Revolução Industrial, anota Oliveira que “a família abandona a atividade produtiva e sua até então principal característica ser fonte de produção, sendo a atividade doméstica substituída pela produção fabril, com trabalho intenso das mulheres e crianças ao lado dos homens”<sup>30</sup>. Não obstante as mulheres tenham passado a colaborar com o homem em determinados afazeres antes restritos ao homem, sua situação perante a legislação caminhava a passos lentos, com poucas conquistas substanciais.

Por fim, vige atualmente a fase do capitalismo avançado<sup>31</sup>, em que o modelo patriarcal do início do século vai cedendo lugar, aos poucos, a uma nova família: a mulher, que antes precisava de autorização do marido até mesmo para trabalhar, agora está inserida no mercado de trabalho como nunca antes; a indissolubilidade do vínculo matrimonial cede aos anseios da sociedade com a Emenda 9/77, que não mais prestigiava a família como instituição incólume de vicissitudes, mas sim como núcleo de formação de seus membros; os “filhos ilegítimos” deixam de ser discriminados como tais, reconhecendo-lhes a ordem jurídica o direito à herança (Lei 6.515/77, art. 2.º) e o direito ao reconhecimento paterno (Decreto Lei 4.737/1942, CF/88 e Lei 7.841/89).

A mulher ganhou, então, o mercado de trabalho; não por que a sociedade assim o quis, mas em decorrência das alterações havidas na própria dinâmica social, em que o

---

<sup>29</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>31</sup> Valendo-nos da expressão utilizada por Oliveira, *ibidem*, p. 79.

homem aos poucos já não atendia, sozinho, as necessidades da família. Isso fez com que “se alterassem os ‘papéis’ estanques gizados pelo Código Civil e reproduzidos, com pequenas alterações, na legislação esparsa”<sup>32</sup>.

Ao discutir o “produto do feminismo”, Romualdo Baptista dos Santos, sob a esteira de Agnes Heller e Ferenc Fehér, aponta o feminismo como o mais importante movimento individual de autodeterminação, não só da cultura ocidental como de todo o mundo<sup>33 34</sup>, que culminou no rompimento da desigualdade (ao menos no plano formal) entre homem e mulher, ocasionando, assim, uma “divisão mais equânime das tarefas e com igual obrigação de sustento do lar; desapareceu a hierarquia [...]; a mulher participa das relações sociais de igual modo que o homem etc.”<sup>35</sup>

Assim, concorda-se com José Sebastião de Oliveira quando afirma que “a evolução econômica trouxe, também, a evolução social e, via de consequência, a alteração na concepção de família”<sup>36</sup>.

“O modelo patriarcal”, conforme leciona com precisão Aline Karow, “de regra virou exceção”<sup>37</sup>.

De forma objetiva, Francisco Amaral aponta algumas das principais mudanças axiológicas verificadas no direito de família moderno, em contraposição ao Código Civil erguido sob a égide do pensamento liberal e conservador do início do século passado, que podem ser resumidas da seguinte forma, como se vê dos ensinamentos do referido mestre:

<sup>32</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

<sup>33</sup> HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. A condição política pós-moderna, p. 57-58, apud SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 109. Nesse sentido, SANTOS destaca que “[...] a mulher não se envolvia com assuntos externos [da família] e, muito menos, com a atividade política, de modo que suas preocupações, seu modo de sentir e de pensar eram inteiramente estranhos àqueles que exerciam influência e poder, enfim, que ditavam as regras de convivência” (SANTOS, *ibidem*, p. 110).

<sup>34</sup> Segundo publicação disponível no portal [www.brasil.gov.br](http://www.brasil.gov.br), o movimento feminista no Brasil passa, pelo menos, por três fases bem definidas, a saber: em primeiro, as reivindicações pelos direitos democráticos, como o direito ao voto, ao divórcio, educação e trabalho, datando referido movimento ainda do século XIX; o segundo movimento, verificado no final da década de 1960, ficou marcado pelas reivindicações de liberdade sexual, ocasião em que as mulheres lutaram contra o preconceito da sociedade machista, impulsionadas pelo aumento dos métodos contraceptivos; e, por fim, o último movimento diz respeito ao enfrentamento da violência doméstica e à igualdade no mercado de trabalho, vez que as mulheres passam a reivindicar seus direitos por meio de movimentos sindicais e afins. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/secoes/mulher/atuacao-feminina/feminismo-pela-igualdade-dos-direitos>> Acesso em 26/02/2013.

<sup>35</sup> SANTOS, *op. Cit.*, p. 111.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, *op. Cit.*, p. 80.

<sup>37</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

O direito civil encontra-se hoje marcado por um processo de transformação nos seus valores e nas suas principais instituições. A segurança individual cede o passo ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente. A liberdade burguesa, nas suas expressões típicas da autonomia privada e do direito de propriedade, sofre limitações com a intervenção do Estado social. O direito de família modifica-se profundamente com a institucionalização da igualdade dos cônjuges e dos filhos e com o reconhecimento da existência e eficácia da união estável entre companheiros. Disciplina-se o divórcio, ampliam-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos, regulamentando-se a procriação assistida. No campo econômico, novos tipos de sociedades, novos contratos, medidas de proteção ao consumidor, atividades financeiras e de trabalho, concorrência, circulação de capitais, tendo isso estabelecido em profusa legislação especial e em normas constitucionais, induzindo à perda de status do Código Civil e à crescente importância da legislação especial<sup>38</sup>.

É fácil de concluir, dessa forma, que nossa ordem jurídica aos poucos foi demonstrando sinais de cansaço, passando o Código Civil de Beviláqua a ficar desatualizado em face da nova realidade social do país, que presenciava cada dia mais famílias formadas à margem da lei, sem qualquer proteção jurídica.

Nessa perspectiva, ressalta Aline Karow a tentativa do Brasil, nesse contexto, em “atualizar” o direito, passando a elaborar inúmeras legislações sucessivas, regendo conteúdos específicos estranhos ao Código Civil, situação em que surgem, segundo a autora, os “microssistemas” em nossa ordem jurídica, descentralizando a função idealizada para o Código Civil no passado de reger todas as relações jurídicas privadas<sup>39</sup>.

É nesse contexto, pois, que é editada a Constituição Federal de 1988, em meio a um período de intensas mudanças na estrutura da sociedade, vindo a nova Carta Política garantir de vez novos ares às liberdades pessoais, oxigenando o sistema e possibilitando, enfim, o livre desenvolvimento da personalidade de todas as pessoas de maneira isonômica.

### **1.5 Constituição Federal de 1988 e o fenômeno da “constitucionalização”/ “repersonalização” do direito de família**

Em que pese os valores apontados acima tenham correspondido, em parte, com a ideologia liberal da época<sup>40</sup>, é certo que aos poucos nosso Código Civil de 1916, bem

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. **Transformações dos Sistemas Positivos a Descodificação do Direito Civil Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=376:imported\\_366&catid=17:artigos&itemid=12](http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=376:imported_366&catid=17:artigos&itemid=12)> Acesso em 23/02/2013.

<sup>39</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55.

<sup>40</sup> Assim entendidos os discursos utilizados para legitimar as atuações do poder de então.

como as Constituições que lhe seguiram, foram ficando desatualizados em face da realidade social brasileira, cujas inúmeras mudanças ocorridas reclamavam por novas leis e por uma nova ordem jurídica, em que o fanatismo patriarcal cedesse à igualdade nas relações familiares, alçando a dignidade da pessoa humana como ponto de partida do ordenamento jurídico.

Conforme ponderou Pontes de Miranda, o Direito atua como um processo de adaptação social, que pode decorrer ora de razões de ordem econômica, ora de ordem moral. Segundo o mestre:

Tôda consideração *de lege ferenda* é de ordem política, quase sempre ligada a outro processo social de adaptação, como o religioso, o econômico, o moral. [...] Quando se pede a abolição do direito de castigar o filho com pancadas, atende-se a indicações da ciência e a imperativos novos de moral.

[...]

A Religião, a Moral e os costumes da família, processos sociais estáveis e estabilizadores, predeterminaram, em grande parte, a legislação estatal sôbre família<sup>41</sup>.

Dessa forma, mister salientar neste momento que embora a Constituição Federal de 1988 tenha desempenhando papel fundamental no rompimento do paradigma clássico de família, proporcionando ao direito de família conquistas históricas, tal não teria sido possível se os valores de igualdade e dignidade não estivessem enraizados no pensamento da sociedade, que reclamava por uma nova Constituição e por uma nova ordem jurídica<sup>42</sup>.

Não pode passar sem registro, no entanto, que é somente com a Constituição de 1988, com seus respectivos valores alçados agora como direitos fundamentais de todos, que o direito de família muda de perspectiva, atuando a Lei Maior como uma espécie de “oxigenador social” – expressão utilizada por Aline Karow -, culminando na reformulação de todo o ordenamento jurídico, em especial no âmbito do direito de família, a partir de seus novos valores, fornecendo, ainda, subsídios à população para uma adequada tutela de seus direitos<sup>43 44</sup>.

<sup>41</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Direito de personalidade Direito de Família. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 183 e 194.

<sup>42</sup> Nesse sentido, as lições de Oliveira: “Uma questão que devemos ter bastante clara na análise da Constituição Federal de 1988, no que se refere à família, é que ela apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda a mudança na família ocorreu. Constitucionalizaram-se valores que estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade” (OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91).

<sup>43</sup> Nesse sentido, as lições de Aline Karow: “O direito como oxigenador social inspira as transformações sociais e expira na forma de edição de legislações reformuladas, tendo como valores predominantes aqueles

Logo em seu art. 1.º, a Constituição de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, garantindo em seu art. 5.º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, assegurando um amplo rol de direitos e garantias fundamentais no decorrer do último dispositivo citado, dentre eles a igualdade entre homens e mulheres.

Visando, ainda, romper de vez com o paradigma da antiga ordem jurídica, preconiza o §1º do art. 5.º da Constituição Federal que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, deixando claro, pois, que a Constituição não é apenas uma carta a serviço de interesses políticos, mas sim uma exigência social há tempos vindicada.

No que trata especificamente sobre a família, a Carta Magna dispõe em seus artigos 226 e seguintes, que a família constitui a base do Estado, assegurando a igualdade entre homem e mulher no que tange aos direitos e deveres conjugais, a igualdade entre os filhos, o princípio da liberdade matrimonial, da solidariedade familiar, da paternidade responsável, da proteção integral à criança e adolescente dentre outros.

A partir da Constituição Federal de 1988, percebe-se, pois, verdadeira inversão axiológica em nossa ordem jurídica, mormente na seara do direito de família, em que a pessoa passa a figurar no centro das preocupações. Valores como o afeto, a solidariedade, o companheirismo, a liberdade matrimonial, o respeito entre os membros da família etc., passam a determinar as relações familiares.

A exclusão desapareceu, cedendo lugar ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares, desde a família monoparental, passando pela família mosaico, até chegarmos à família homoafetiva. Conforme preleciona Maria Berenice Dias, o enfoque da família, hodiernamente, volta-se ao afeto:

O enfoque atual da família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à identidade sexual de seus membros.

---

compatíveis às necessidades e valoração social. Quando não logra êxito nesta tarefa legislativa, a sociedade move-se na figura dos advogados que ajuízam demandas reclamando o direito oculto e a jurisprudência num excelente papel de coadjuvante da ciência jurídica, abraça a necessidade demandada e passa a construir direito através de arrojados posicionamentos” (KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25).

<sup>44</sup> Assim, por exemplo, o reconhecimento da união homoafetiva, que teve seus efeitos jurídicos reconhecidos não pela legislação ordinária, a quem incumbiria, a princípio, dispor sobre o direito de família, mas sim pelos juízes e tribunais de nosso país que, com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia entre outros, estenderam o manto protetcionista de nossa legislação a esses novos arranjos familiares, que certamente não são menos dignos de tutela do que o modelo tradicional de família.

Admitir a existência de comunidades familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial é respeitar os valores constitucionais da democracia e a eficácia dos direitos fundamentais, pena de a Constituição ser concretizada de forma discriminatória e ofensiva a esses postulados.

[...]

Já que se está vivendo a era dos direitos humanos, o silêncio legal não pode significar inexistência de direito<sup>45</sup>.

Com efeito, as relações familiares são aquelas mais impregnadas de humanidade, conforme ressalta Aline Karow<sup>46</sup>, de onde decorre a importância da consagração dos valores da dignidade humana e igualdade para o âmbito familiar, que passa de mera entidade política e econômica, como visto alhures, a uma espécie de “ninho”<sup>47</sup>, voltada à realização pessoal de seus membros, resguardando seu bem-estar.

A constitucionalização do direito de família, portanto, diz respeito ao papel desempenhado pela Constituição Federal de 1988 em nossa ordem jurídica, extirpando desta a eficácia de toda norma discriminatória e atentatória contra a liberdade e igualdade no direito de família, seja com relação aos cônjuges, seja com relação aos filhos.

Conquanto o Estado tenha ampliado o raio de segurança do indivíduo no que se refere à tutela familiar, “vez que independente do modelo adotado, sua ‘família’ possui proteção estatal [...], fica clara a *ampliação do espaço da autonomia privada* [...] pois o ordenamento jurídico lhe confere opção de escolha”<sup>48</sup>.

Valoriza-se, portanto, a pessoa, que passa a integrar o núcleo da proteção familiar.

Em decorrência disso, como não poderia ser diferente, abandona-se a ideia de família-instituição, visto que com a constitucionalização do direito de família “não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”, conforme destaca Maria Berenice Dias<sup>49</sup>.

Com as mudanças sociais verificadas no decorrer do tempo - não é demasiado repetir - a família passa a atuar como uma espécie de adequação de seus entes à realidade

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: O preconceito & a Justiça. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

<sup>46</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26.

<sup>47</sup> Expressão utilizada por CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 49.

<sup>48</sup> KAROW, op. Cit., p. 38.

<sup>49</sup> DIAS, op. Cit., p. 106.

social. Na esteira de Oliveira<sup>50</sup>, pode-se afirmar que a família desempenha importante papel no desenvolvimento da personalidade<sup>51</sup> da criança, desenvolvendo fundamental papel no desenvolvimento saudável desta, consubstanciada agora no local de realização de seus membros.

Conforme preleciona Cristiano Chaves de Farias

A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao revés, nascem voltadas para a busca da felicidade e realização pessoal, como consequência lógica da afirmação da *dignidade do homem*.<sup>52</sup>

Em conclusão, podemos apontar, com espeque nas lições de Aline Karow, três tendências em especial de nosso direito de família pós-Constituição de 1988, a saber: a valorização do afeto, a autenticidade das relações familiares e, por fim, a preservação das pessoas em desenvolvimento (a criança)<sup>53</sup>.

É dizer: ocorreu a valorização do afeto na medida em que a família passa a ser o *locus* de realização das pessoas, e não mais a conservadora instituição de outrora que impunha às pessoas uma união contra a própria vontade; a autenticidade das relações familiares se deve ao fato de que, agora, não há mais famílias formadas de alianças políticas entre os particulares, tampouco os casamentos são arranjados, cabendo aos próprios membros da família decidir acerca da conveniência de sua manutenção; por fim, a preservação das pessoas em desenvolvimento passa a ser uma das maiores preocupações atuais, tendo em vista a vulnerabilidade das crianças e adolescentes nessa fase, dispensando-lhes o sistema jurídico a mais ampla proteção, diferente daquilo que se verificava outrora, em que eram vistos mais sob o ponto de vista de preocupação do que proteção propriamente dito, notadamente sob o aspecto patrimonial.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

<sup>51</sup> Em termos psicanalíticos, pode-se afirmar, com base nas lições de Giselle Câmara Groeninga, que “[...] o termo personalidade tem um sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser. E da forma como o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros”. (GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 439-455, pag.447).

<sup>52</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento: (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 105-125, pag. 113.

<sup>53</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 78.

## **2 DA AFETIVIDADE E SUA VALORAÇÃO JURÍDICA**

### **2.1 Virada paradigmática: da racionalidade ao reconhecimento do afeto**

De início, ressaltamos que não é nosso intuito esgotar o tema acerca da virada paradigmática verificada nos períodos da modernidade e pós-modernidade, tampouco delimitar esses dois períodos com mais afinco, o que demandaria várias linhas do presente trabalho, despidendo para a abordagem que pretendemos.

O que pretendemos, basicamente, é traçar dois momentos distintos em nossa ordem jurídica cujos valores antagônicos demonstram de maneira bem delineada os caminhos percorridos pela ciência jurídica: primeiro um caminho restritivo, composto de cláusulas fechadas e de molduras legais; posteriormente, temos um sistema mais aberto, flexível, admitindo métodos hermenêuticos que possibilitem a existência não só de um aplicador do Direito, como se verificou outrora, mas de verdadeiros intérpretes, compatibilizando o arcabouço legal com a dinâmica da sociedade - embora seja verdade que ainda não superamos a crise paradigmática que acomete nossa ciência jurídica, que apenas mudou de figuras com o passar do tempo.

Feitas essas considerações, passemos, então, à análise dos períodos apontados acima.

#### **2.1.1 A “modernidade” e o individualismo**

Num primeiro momento, destaca-se o período mais conhecido como “modernidade”, em meio do qual a sociedade passava por uma experiência significativamente restritiva no que tange às suas liberdades individuais, caracterizada principalmente pela “solidez” das relações intersubjetivas e coletivas, isto é, pelo afastamento do aspecto subjetivo humano.

Vigia em larga escala neste período, conforme adverte Zygmunt Bauman, o paradigma da sociedade totalitária da homogeneidade compulsória, que pode ser traduzido como uma imposição de padrões/modelos a serem seguidos por todos, eliminando-se qualquer figura que pudesse representar uma anomalia aos interesses dominantes.

Ao abordar a questão, Bauman destaca essa “homogeneização compulsória” ilustrando o problema a partir das indústrias fordistas da época, experiência que remonta ao Século XIX, em que se exigia das pessoas tão somente os trabalhos mecanizados/rotineiros, tal como apertar parafusos, botões etc., explorando-se ao máximo

cada trabalhador<sup>54</sup>, objetadas quaisquer manifestações de cunho individual, cultural ou social por parte destes, de modo que restava comprometida a própria noção da subjetividade humana. Vejamos:

Essa modernidade pesada/sólida/condensada/sistêmica da “teoria crítica” era impregnada da tendência ao totalitarismo. A sociedade totalitária da homogeneidade compulsória, imposta e onipresente, estava em constante e ameaçadoramente no horizonte – como destino último, como uma bomba nunca inteiramente desarmada ou um fantasma nunca inteiramente exorcizado. Essa modernidade era inimiga jurada da contingência, da variedade, da ambigüidade, da instabilidade, da idiosincrasia, tendo declarado uma guerra santa a todas essas “anomalias”; e esperava-se que a liberdade e a autonomia individuais fossem as primeiras vítimas da cruzada. Entre os principais ícones dessa modernidade estavam a *fábrica fordista*, que reduzia as atividades humanas a movimentos simples, rotineiros e predeterminados, destinados a serem obedientes e mecanicamente seguidos, sem envolver as faculdades mentais e excluindo toda espontaneidade e iniciativa individual; [...] as identidades e laços sociais eram pendurados no cabide da porta da entrada junto com os chapéus, guarda chuvas e capotes, de tal forma que somente o comando e os estatutos poderiam dirigir, incontestados, as ações dos de dentro enquanto estiverem dentro; [...].<sup>55</sup>

No plano científico, pode-se afirmar que a modernidade foi a responsável pela ruptura de um momento em que vigia a crença religiosa absoluta, destituída de cientificidade, caracterizada principalmente pelo pensamento positivista (inaugurado, então, por René Descartes) e individualista.

Admitia-se, outrossim, que a verdade só poderia ser alcançada pela racionalidade pura, e que o intérprete do Direito deveria se abster de indagar acerca das finalidades e razões que determinaram a edição da norma, pois basta a sua existência no plano legal.

Nesse sentido, demonstrando intensa preocupação em romper com a autoridade da igreja e com o dogmatismo, Descartes toma como ponto de partida de sua teoria uma verdade que não possa ser posta em dúvida e, para tanto, utiliza-se da dúvida como principal ferramenta. Para ele, tudo aquilo que a razão não explica não pode ser tomado como verdade, ao passo que aquilo que ela explica pode ser considerado como uma verdade absoluta.

---

<sup>54</sup> Vale mencionar, a título de ilustração, a retratação deste período realizada por Charles Chaplin em seu clássico filme “Tempos Modernos”, em que Chaplin retrata o modo capitalista de produção dos séculos recentes, em que as pessoas conviviam com a fome diariamente e trabalhavam em situações precárias, laborando durante largas jornadas para ganhar muito pouco. No decorrer do filme, em meio às sátiras de Chaplin ao sistema capitalista, ele procura demonstrar o contexto social daquele período, em que as pessoas (trabalhadores) não passavam senão de instrumentos à consecução dos objetivos dos capitalistas, de modo que não haviam quaisquer questionamentos a respeito de seus valores, do modo como eram sujeitos aos burgueses etc., importando a estes últimos somente os lucros.

<sup>55</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. DENTZIEN, Plínio (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pag. 33-34.

Comentando o pensamento de Descartes, Aranha e Martins preconizam que:

O ponto de partida é a busca de uma verdade primeira que não possa ser posta em dúvida. Por isso, converte a dúvida em *método*. Começa duvidando de tudo, das afirmações do senso comum, dos argumentos da autoridade, do testemunho dos sentidos, as informações da consciência, das verdades deduzidas pelo raciocínio, da realidade do mundo exterior e da realidade de seu próprio corpo. [...] Acentua-se o *caráter absoluto e universal da razão* que, partindo do *cogito*, só com suas próprias forças pode chegar a descobrir todas as verdades possíveis<sup>56</sup>.

Com efeito, essa corrente de pensamento - caracterizada pelo objetivismo - marcou de maneira significativa esse período, sobretudo no âmbito de suas relações sociais, o que, por via de consequência, acaba por afetar o próprio Direito então vigente.

Nessa época, conforme destaca Romualdo Baptista dos Santos, o Direito “é dogmático, insular e excludente”<sup>57</sup>, não possibilitando qualquer indagação acerca da subjetividade presente nas relações interpessoais. Segundo o autor:

O Direito é aquele positivado nas leis e nos códigos, os vínculos jurídicos são rígidos e indissolúveis, o sujeito é dotado de uma vontade com a qual pode adquirir direitos e contrair obrigações que o vinculam de maneira absoluta. O juiz é imparcial, *bouche de loi*, tendo a função precípua de interpretar a vontade do legislador. Nesse ambiente, não há espaço para a subjetividade dos sujeitos do Direito, nem muito menos do aplicador ou do intérprete<sup>58</sup>.

Predominava, então, a ideia de que somente o legislador teria legitimidade para a edição de normas jurídicas, entendendo-se qualquer aplicação da lei fora dos estritos limites da lei como invasão de um poder no outro, hipótese ainda hoje inadmissível.

Ao juiz era reservada a tarefa de simples técnico, que deveria localizar as hipóteses previamente catalogadas nos textos legais e aplicá-las aos casos concretos, representando verdadeira exceção a previsão de normas de caráter geral que pudessem conferir ao magistrado discricionariedade quanto a sua extensão no momento de aplicá-la.

Eugênio Facchini Neto, ao contextualizar a evolução do direito privado de nosso país, assevera que vigorava em meio a modernidade, notadamente no Código Civil de 1916, a “ideologia dos 3 c’s”, a saber, a completude, a coerência e a clareza, que juntas significavam uma forma de negação ao magistrado de qualquer atividade interpretativa, sob o fundamento de que a lei representaria uma estrutura ideal e vazia de conteúdo, capaz de condicionar os fatos da realidade. São as lições do autor:

<sup>56</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. Introdução à Filosofia. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1993, pag. 104-105.

<sup>57</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pag. 97.

Mas o mais importante é a ideologia jurídica que predomina, que podemos denominar de “a ideologia dos 3 c’s”: pretende-se que a legislação civil (leia-se, os códigos) seja completa, clara e coerente. A ideologia da completude significa que a legislação é (supostamente) completa, não possuindo lacunas; a idéia de legislação caracterizada pela sua clareza significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da coerência afasta a possibilidade de antinomias. Tudo isso deriva do mito do legislador iluminista, inteligente, onisciente, previdente, capaz de tudo regular detalhadamente, antecipadamente, de forma clara e sem contradições.

Partindo de tais premissas, chegava-se à fácil conclusão de que somente o legislador teria legitimidade para editar normas jurídicas, já que ungido pela escolha popular. Aos juízes, reservar-se-ia o papel de *bouche de la loi*, na visão de Montesquieu, ou seja, “seres inanimados que não podem moderar nem a sua [da lei] força nem o seu rigor”.<sup>59</sup>

Em que pese as manifestações contrárias e os movimentos de alguns grupos no decorrer do tempo, insuficientes por si só para romper com o paradigma então vigente, este modelo impositivo de unidade, de condensação social e de homogeneização compulsória impunha às pessoas mínima margem de manifestação pessoal nas suas relações intersubjetivas, condicionando, conseqüentemente, a própria dinâmica social, que não reconhecera a carga cultural, sociológica e biológica de cada um, daí a razão da “estabilidade” destas relações, cujos vínculos eram dotados de extrema rigidez, tanto pela ordem jurídica como pela sociedade em si, esta última ainda não desvencilhada dos dogmas que a gravaram por vários anos.

Aliás, de tão forte este paradigma de individualidade, não obstante tenhamos rompido quase que definitivamente com a modernidade e com a rigidez das relações que lhe eram inerentes - como veremos adiante -, ainda hoje continuamos a unidimensionalizar o ser humano, estudá-lo nas suas relações sociais a partir de perspectivas restritivas, não obstante a sua complexidade inerente, o que acaba por comprometer uma análise holística do seu “ser” diante do “dever ser” imposto pela norma jurídica.

A diferença, agora, ao revés da ausência de reconhecimento da complexidade humana, reside justamente no confinamento destas qualidades, na fragmentação de seu estudo, ocupando-se cada ciência da matéria que lhe é afeta, isolando as demais. Essa, aliás, é a crítica que ora desenvolvemos e que motivou essa discussão preliminar acerca da afetividade, uma vez que o Direito deve, sim, se ocupar do “ser”, da subjetividade humana, ainda que esta não seja sua especialidade, em que pese alguns ainda sugiram que tal análise escape ao Direito.

---

<sup>59</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **A Constitucionalização do Direito Privado**. pag. 198. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB\\_001\\_0185\\_0243.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf)> Acesso em: 23.05.2013.

Contundentes são as críticas de Edgar Morin a respeito do paradigma objetivista/dominador desta era, que ainda hoje, a despeito das significativas mudanças verificadas, não foi extirpado completamente de nossas raízes, sobretudo de nossos métodos de ensino, que privilegiam a compartimentação do ensino em detrimento da reunião/associação, o que pode ser verificado ainda hoje, não raras vezes, nas salas de aula Brasil a fora.

São as lições do autor a respeito deste período de “fragmentação”, *in verbis*:

Efetivamente, a inteligência que só sabe separar fragmenta o complexo mundo em pedaços separados, fraciona os problemas, unidimensionaliza o multidimensional. Atrofia as possibilidades de compreensão e reflexão, eliminando assim as oportunidades de um julgamento corretivo ou de uma visão a longo prazo. [...] Assim, os desenvolvimentos disciplinares das ciências não só trouxeram as vantagens da divisão do trabalho, mas também os inconvenientes da superespecialização, do confinamento e do despedaçamento do saber. Não só produziram o conhecimento e a elucidação, mas também a ignorância e a cegueira.<sup>60</sup>

Como se vê das lições transcritas acima, vigia neste período um paradigma de individualidade em que o homem procurava dominar a natureza das coisas – e não entendê-las -, como se pudesse compreender os fenômenos sociais em sua complexidade partindo de uma análise estritamente objetivista, separando o ser humano de seu hábitat, de suas relações intersubjetivas, do seu contexto cultural e étnico etc, como se o bem estar social estivesse atrelado à liberdade individual de cada um.

Com efeito, nem mesmo os métodos hermenêuticos, como conhecemos hoje, eram capazes de alterar esse prisma de individualidade, se é que já eram idealizados nessa época, período em que os direitos e garantias individuais se resumiam às garantias negativas em face do poder público, ou seja, na garantia do direito à liberdade.

Assim, não haviam interferências significativas nas relações travadas entre particulares: vigia a regra de que o contrato fazia lei entre as partes, independente de seu conteúdo; a “proteção” dispensada às relações familiares, que nos interessa neste estudo, se

---

<sup>60</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: reformar a reforma reformar o pensamento. JACOBINA, Eloá (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, pag. 14. Problematizando aquilo que considera um dos grandes desafios contemporâneos do modelo educacional, esse mesmo autor critica o enclausuramento que se verifica entre as várias disciplinas do conhecimento hodiernamente, cujas lições merecem ser transcritas: “O saber tornou-se cada vez mais esotérico (acessível somente aos especialistas) e anônimo (quantitativo e formalizado). O conhecimento técnico está igualmente reservado aos *experts*, cuja competência em um campo restrito é acompanhada de incompetência quando este campo é perturbado por influências externas ou modificado por um novo acontecimento” (Ibidem, pag. 19). E segue propondo um desafio: “A reforma do pensamento é que permitiria o pleno emprego da inteligência para responder a esses desafios e permitiria a ligação de duas culturas dissociadas. Trata-se de uma reforma não programática, concernente a nosso aptidão para organizar o conhecimento” (Ibidem, pag. 20).

resumiam à garantia do patrimônio do varão, sem qualquer conotação existencial ou afetiva; ao Juiz não era conferida a função de interpretar a lei, mas somente aplicá-la, operá-la conforme disposta expressamente; etc.

O sistema era composto de normas fechadas, não permitindo uma dinâmica adequada entre as normas editadas num período com a realidade social de outro, circunstância essa não repetida por nosso mais recente diploma civil.

Giselle Câmara Groeninga, referindo-se ao período da racionalidade pura, aduz que o direito não conhecia, até então, o “sujeito do desejo”, mas somente o sujeito de Direito, aquele idealizado pelo ordenamento, apartado de sua subjetividade. Segundo a psicanalista,

Ampliamos a tecnicidade, como se máquinas fôssemos, na ilusão de dominar a natureza, colocando-a a nosso serviço. Mera ilusão. Os resultados de tal ideologia de dominação aí estão... Tentamos dominar nossa própria natureza, acreditando que a objetividade nos daria a ansiada segurança, diante do desconhecido, que é a aventura humana. Com isso, de certa forma, perdemos de vista justamente o humano, esta combinação de sentimento, pensamento e ação, em possibilidades infinitas que desembocam nas semelhanças e nas diferenças que nos são constitutivas<sup>61</sup>.

Nessa linha de raciocínio, em que não havia a somatória da subjetividade humana à objetividade dos ordenamentos jurídicos, muitas leis ou códigos acabaram determinando, com seus paradigmas “racionais”, relações de dominação e de coisificação do ser humano, a exemplo da mulher da sociedade brasileira do século passado, em que a letra da lei (CC/1916) emoldurava-lhe, sem consultá-la, um modelo de vida a ser seguido<sup>62</sup>.

Segundo Romualdo Baptista dos Santos, o Direito vigente em meio ao período liberal tinha como fundamento a vontade humana, mas não uma vontade psicológica, e sim, ao revés, uma vontade puramente racional. Conforme assevera o autor, nas lições de

<sup>61</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Espistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, p. 252.

<sup>62</sup> Luiz Edson Fachin, citado por CARVALHO, em atenção aos direitos e deveres da mulher perante nossa ordem jurídica do século passado, aduz que “a letra da lei cogente emoldura para a mulher, sem consulta-la, um modelo de vida. A mulher não é, faz parte, pertença de alguém ou algo. Não decide, pede; não sugere, obedece. Eis os seus ‘lugares’ na lei civil, espaços para a plena realização do nada” (In: FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: DelRey, 1996, pag. 109, apud CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27). Ora, o próprio direito de família submetia a mulher à autoridade marital: em caso de divergência entre ambos, prevalecia a palavra do homem; para alienar seus bens imóveis de domínio particular, a mulher precisava de autorização do marido; precisava de autorização, da mesma forma, para aceitar ou repudiar herança, aceitar mandato, bem como, ainda, para exercer profissão, o que denota a falta de liberdade da mulher nesse período.

Descartes e Kant “o Direito é concebido como estrutura ideal, vazia de conteúdo, capaz de condicionar os fatos da realidade”<sup>63</sup>, de modo que não caberia ao Direito indagar acerca das razões, motivos e finalidades que orientam essa ou aquela conduta.

Nessa perspectiva, oportunas são as críticas de Giselle Groeninga quando assevera que “deixamos de lado a razão de nossas razões e acabamos por erigir o que são interpretações fragmentadas, tomando a parte pelo todo”<sup>64</sup>. Segundo a autora, “passamos por um período de descrença nos afetos, como se fôssemos seres divididos – razão/emoção – e como se o pensamento se construísse independentemente do que lhe dá sentido – o sentimento”<sup>65</sup>.

Ora, concebido o Direito - dentre suas várias acepções - como instrumento de pacificação social, não há que se olvidar que é a conduta humana, o querer humano, que fundamenta e legitima a atuação da ordem jurídica. As relações humanas não estão fundadas unicamente sobre a razão, pelo contrário, decorrem de fatores de diversas ordens, tais como social, psicológico etc., mormente no âmbito da família, visto que cada pessoa possui uma subjetividade inigualável.<sup>66</sup>

Observa-se, portanto, os equívocos cometidos a partir dessa espécie de conhecimento, em que o ser humano, emocional e cultural por natureza, era analisado a partir de uma ótica puramente objetiva, como se os seus contextos em nada interferissem no seu “ser”, como se todos nós, humanos, fôssemos iguais.<sup>67</sup>

Superado o período da modernidade, o que se verifica principalmente com o advento dos direitos sociais no último século e com a ampliação da tutela do ser humano

---

<sup>63</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 97.

<sup>64</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Espistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, p. 252.

<sup>65</sup> Ibidem, pag. 252.

<sup>66</sup> Não obstante esta multiplicidade das relações humanas - o que acaba por atribuir a todos nós uma carga de complexidade que nos é inerente -, vale frisar, sob a esteira de Edgar Morin, que as ciências humanas representam nos dias de hoje, paradoxalmente, “[...]a mais fraca contribuição ao estudo da condição humana, precisamente porque estão desligadas, fragmentadas e compartimentadas. Essa situação esconde inteiramente a relação indivíduo/espécie/sociedade, e esconde o próprio ser humano” (MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: reformar a reforma reformar o pensamento. JACOBINA, Eloá (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, pag. 41).

<sup>67</sup> Mister frisar que não se está aqui criticando o período liberal como se de nada tivesse contribuído ao ser humano. Pelo contrário! Trata-se, inegavelmente, de importante período pelo qual passou a humanidade, que culminou no rompimento com o antigo regime que se verificava por todo o globo terrestre, sem o qual ainda estaríamos sujeitos aos poderes absolutos dos déspotas, de modo que as mais importantes conquistas da humanidade, hoje, sequer poderiam ser indagadas, dentre elas os direitos humanos de segunda e terceira geração (relacionados aos direitos sociais e de solidariedade).

no plano social, exsurge a figura da pós-modernidade, representada, em breve síntese, pela superação do modelo vigente outrora em que se impunha à coletividade uma moldura de vida, verificado, hodiernamente, pela busca à superação de qualquer opressão, de qualquer estabilidade mitigadora da liberdade individual e da subjetividade.

### **2.1.2 A “pós-modernidade” e o reconhecimento da subjetividade humana**

Com o advento da “pós-modernidade”, as pessoas passaram, paulatinamente, a buscar a sua realização pessoal no cotidiano, de modo que os ordenamentos jurídicos de todo o mundo passam a ser compelidos a inúmeras mudanças pela dinâmica social.

Relações antes tidas como imutáveis, tal como o casamento – verdadeira instituição moral da sociedade oitocentista -, agora são dissolvidas na medida em que os seus integrantes não mais se contentam com ela. As relações obrigacionais, antes fundadas na liberdade absoluta de contratar, hoje devem obediência a valores que transcendem a mera vontade das pessoas, tais como boa fé e função social dos contratos. As relações econômicas, antes ditadas pelo espaço e quantidade (a exemplo das imensas indústrias fordistas dos séculos passados) e pelos produtos tangíveis, valorizam cada vez mais o tempo e a qualidade dos produtos e serviços fornecidos (que agora assumem novas formas, a exemplo dos produtos virtuais), cuja característica tende a ser a transitoriedade e a incitação ao consumismo – daí a razão de alguns em afirmar que, hodiernamente, as coisas tendem a ser descartáveis e as relações efêmeras, embora tal premissa não esteja imune a críticas.

Como visto acima, na sociedade moderna havia uma tendência à manutenção de projetos de longo prazo e de relações mais duradouras – a exemplo dos filhos, que herdavam o projeto de vida dos pais e continuavam em seu empreendimento. Assim, por exemplo, um trabalhador da indústria, ao ingressar em uma das grandes fábricas da época, tinha grandes chances de nela trabalhar por toda sua vida e ali se aposentar.

De outro lado, e essa pode ser destacada como uma das características da pós-modernidade, na medida em que as pessoas buscam diariamente a satisfação de seus interesses e o seu bem estar perante a comunidade - somada à hipótese, ainda, o consumismo imposto a todos diariamente pelos meios de comunicação em massa-, verifica-se uma tendência humana ao “desprendimento” com relação aos projetos de longo prazo, de modo que, conforme adverte Bauman, “tudo está agora permanentemente desmontado e sem perspectiva de permanência”. Daí a razão da “liquidez” da sociedade

atual de que fala o autor: os líquidos têm como característica a incapacidade de manter a forma, amoldando-se aos recipientes em que são colocados<sup>68</sup>.

Assim, por exemplo, nos dias de hoje, nem mesmo o melhor profissional tem a garantia de que permanecerá em seu emprego por mais de cinco anos; as redes sociais permitem às pessoas cultivarem centenas de “amizades” em um único dia (na medida em que outras centenas vão se desfazendo quase que na mesma velocidade); na sociedade do consumismo, o produto que ontem era novo hoje já se revela ultrapassado, sendo descartado para a aquisição do novo; no atendimento aos seus interesses, as pessoas adquirem coisas cada vez mais supérfluas, preferindo, por exemplo, um carro novo à moradia própria etc.

Importante essa breve discussão, ressalte-se, na medida em que, não obstante a pós-modernidade tenha trazido novos ares à sociedade, possibilitando inúmeras mudanças de cunho social, ainda sim não é imune a críticas. E é justamente neste ponto que sobressai a problemática do abandono afetivo neste período de pós-modernidade, haja vista que também a família não conseguiu escapar deste fenômeno de “liquidez” das relações, de modo que tal circunstância não pode, de forma alguma, justificar a irresponsabilidade dos pais perante os filhos pelo insucesso do projeto de vida com a genitora destes.

Comentando acerca das mudanças sociais que deram embasamento à superação da modernidade em sua concepção originária, Zygmunt Bauman assevera que o foco da mudança reside na realocação do discurso ético-político do bem coletivo ao bem individual, ou seja, do discurso da justiça social à concretização dos direitos humanos, de modo que a realização pessoal de cada um passa a impelir diversas mudanças não só na sociedade como também na própria ordem jurídica, notadamente no que tange à modernização dos valores agora tutelados. São as lições do doutrinador:

A sociedade que entre no século XXI não é menos “moderna” que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta *modernização*;

[...]

O que costumava ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”),

---

<sup>68</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. DENTZIEN, Plínio (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pag. 7.

atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e seus recursos. [...] a ênfase (justamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-afirmação do indivíduo. Essa importante alteração se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da “sociedade justa” para os direitos humanos”, isto é, voltando o foco daquele discurso ao direito de os indivíduos permanecerem diferentes e de escolherem à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado.<sup>69</sup>

Com todas essas mudanças, como não poderia ser diferente, a ordem jurídica é impelida a atender os novos reclamos sociais, ocasião em que se verifica uma reviravolta no paradigma legal pós-contemporâneo, que passa a possibilitar discussões inéditas, dentre elas as questões relacionadas à esfera existencial das pessoas, que nos interessa de perto na presente discussão.

Discorrendo sobre o paradigma legal “Pós-Moderno”, Romualdo Baptista dos Santos assevera que, diferente do período anterior, observa-se uma “flexibilização do Direito para compreender, mais adequadamente, a realidade social”<sup>70</sup>. Nessa ocasião, “o Direito abre-se para a complexidade e para a interdisciplinaridade, a fim de compreender as relações humanas em sua inteireza e para permitir a contribuição de novos saberes na construção das soluções jurídicas”<sup>71</sup>.

Nessa nova fase, validamente, não importa apenas o bem coletivo, mas também, e sobretudo, o bem estar pessoal, a realização de cada indivíduo em sua subjetividade, o que se verifica, por exemplo, a partir da consagração geral dos direitos da personalidade, sobretudo a dignidade das pessoas.

Por essas razões, acompanhamos os ensinamentos da psicanalista Giselle Câmara Groeninga ao afirmar que “estamos em plena crise paradigmática em que assistimos a uma emancipação da subjetividade, o que naturalmente nos traz incertezas, ao mesmo tempo em que não mais podemos negá-la, voltar atrás”<sup>72</sup>.

Nesse novo momento, pois, concede-se, dia após dia, sobretudo no âmbito do direito de família, prevalência ao aspecto subjetivo do ser humano, privilegiando-se, sempre, o seu aspecto existencial (diversamente de outrora, em que o aspecto patrimonial

---

<sup>69</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. DENTZIEN, Plínio (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pag. 34-36.

<sup>70</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96.

<sup>71</sup> Ibidem, pag. 96.

<sup>72</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, p. 251.

predominava nas relações intersubjetivas). Ganha destaque, assim, a afetividade: o divórcio agora prescinde de prévia separação; a guarda da criança passa a ser responsabilidade, via de regra, de ambos os pais, por meio da guarda compartilhada; a guarda unilateral passa pelo exame do melhor interesse da criança, que não reflete - como antes se acreditava - na situação econômica dos pais; as nossas normas passam a ser compostas de cláusulas abertas, permitindo uma maior dinâmica da norma com os fatos sociais, oxigenando nosso sistema; a dignidade da pessoa humana, como valor fundante do sistema, passa a ser parâmetro de interpretação das demais normas etc.

Com efeito, é nesse momento em que se possibilita a discussão central do presente trabalho, a saber, a possibilidade de indenização decorrente de abandono afetivo.

No entanto, antes de abordarmos o tema especificamente, revela-se imprescindível uma abordagem mais aprofundada acerca da afetividade na vida das pessoas, visto que a problemática proposta no presente trabalho envolve, antes de qualquer questão jurídica, a própria esfera existencial da pessoa.

Antes de encararmos a realidade daquelas pessoa que foram abandonadas afetivamente pelo aspecto estritamente jurídico/dogmático, a partir desta ou daquela teoria acerca dos elementos que compõe a responsabilidade civil, devemos encarar o problema do ponto de vista existencial. Qual a importância do afeto? Quais suas consequências na vida das pessoas? O que significa abandono afetivo e como se configura?

Por certo que as respostas a essas perguntas pressupõem a “ética da compreensão humana”, ou seja, o reconhecimento da subjetividade do outro, o não distanciamento daquilo que nos é estranho, a compreensão da realidade de cada um.<sup>73</sup>

Sobressai, nesse momento, a importância daquilo que Edgar Morin se refere como “a cabeça bem-feita”, em que o autor propõe uma reformulação do pensamento com vistas

---

<sup>73</sup> Nesse sentido, vale transcrever as lições de Edgar Morin, que sintetiza a importância desta aproximação entre o objetivismo e o subjetivismo, senão vejamos: “Literatura, poesia, cinema, psicologia, filosofia deveria convergir para tornar-se escolas da compreensão. A ética da compreensão humana constitui, sem dúvida, uma exigência chave de nossos tempos de incompreensão generalizada: vivemos em um mundo de incompreensão entre estranhos, mas também entre mesmos de uma mesma sociedade, de uma mesma família, entre parceiros de um casal, entre filhos e pai. É o caso de se perguntar se as chaves psicopsicanalíticas, difundidas de forma dogmática e reducionista em nossa cultura (complexo de inferioridade, de Édipo, paranoia, esquizofrenia, sadomasoquismo etc), não agravam a incompreensão, criando a ininteligibilidade reducionista” (MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: reformar a reforma reformar o pensamento.** JACOBINA, Eloá (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, pag. 51.

ao “conhecimento pertinente”, assim compreendido como aquele “[...] capaz de situar qualquer informação em seu contexto e, se possível, no conjunto em que está inscrita”<sup>74</sup>.

Assim, no que diz respeito à aplicação do Direito, todos sabemos que dentre as suas funções está a de pacificar a vida em sociedade, isto é, de permitir e harmonizar os interesses de todos os indivíduos em face da coletividade. Logo, na medida em que sua interpretação e aplicação pressupõe a vida em sociedade, não pode a ciência jurídica ser enclausurada em um mundo isolado, em que não tome contato com as demais ciências sociais, sob pena de admitirmos uma ciência estéril e fragmentada – uma vez que em nada contribuiria para o avanço social e tampouco refletiria os valores da sociedade, anulando, assim, a própria noção do social.

Nesse passo, rompe-se com os muros impenetráveis da ciência jurídica de outrora, passando por ela, agora, a discussão e a problematização de questões afetas a outras ciências, antes barradas pelo tecnicismo jurídico e pela razão objetivista. Com isso, concebe-se, paulatinamente, uma espécie de ciência “antropossocial religada”, nos dizeres de Edgar Morin, que concebe a humanidade em sua unidade antropológica e em suas diversidades individuais e culturais.<sup>75</sup>

Para cumprirmos os fins da discussão proposta no presente trabalho, buscamos realizar uma abordagem interdisciplinar com a psicanálise (modesta é verdade, considerando a riqueza de material disponível em outras áreas do saber, sobretudo no campo da psicologia), com a principal finalidade de identificar a afetividade no plano existencial da criança, sobretudo no âmbito de sua família, e estudar a sua relação com o Direito: se o abandono afetivo é, como sustentam alguns, fato do cotidiano; ou, então, se pode ser considerado uma violação grave a ponto de gerar o dever de indenizar. É o que passaremos a analisar.

## **2.2 A afetividade como elemento de projeção do ser humano na sociedade**

Lição recorrente em doutrina, como vimos há pouco, saímos de uma fase em que o Estado se intrometia inadvertidamente nas relações familiares, mormente naquelas de caráter existencial, como que atribuindo papéis ao homem e à mulher: àquele cabia o sustento da casa e sua direção, enquanto a esta competia manter a harmonia do lar. Não

---

<sup>74</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: reformar a reforma reformar o pensamento. JACOBINA, Eloá (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, pag. 15.

<sup>75</sup> Ibidem, pag. 41.

existia liberdade. As relações conjugais não se fundavam no afeto, mas sim na manutenção da instituição da família.

Com a mudança paradigmática ocorrida com o passar dos anos, consagrada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a família passa a deter outras funções.

Para José Sebastião Leite de Oliveira,

Acabaram-se os ‘papéis’ a serem cumpridos dentro da família. Espaço de realização pessoal dos seus membros, a família não é instrumento de dominação e de controle por parte do Estado; traz importantes conseqüências sociais, mas seus membros não precisam mais fingir viver em harmonia.

A liberdade dentro das famílias levou à felicidade <sup>76</sup>.

Giselle Câmara Groeninga, em sentido semelhante, defende que o propósito da família “é o de dar oportunidade aos indivíduos de desenvolver seu potencial de realização e de felicidade”<sup>77</sup>.

Romualdo Baptista dos Santos, por sua vez, preleciona que

A família é o *locus* de realização da afetividade, pois é nela que se realizam as experiências afetivas que vão moldar a personalidade e determinar a qualidade das relações a serem desenvolvidas pelos indivíduos na vida social e política <sup>78</sup>.

Por, fim, para não se estender além do necessário, vale transcrever as lições do professor Gustavo Tepedino, que sintetiza em suas lições as novas funções da família contemporânea, conforme se infere da seguinte passagem:

A família torna-se, assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, lócus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade <sup>79</sup>.

Consoante se extrai das lições dos referidos mestres, embora cada autor aponte uma característica peculiar das funções da família, todos concordam com a sua principal função, qual seja, a de atuar como centro de realização pessoal de seus membros.

Por meio da construção da afetividade, a família garante a integridade psicofísica do sujeito, moldando sua personalidade e lhe possibilitando alcançar a felicidade, que

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 280-281.

<sup>77</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Espistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, pag. 257.

<sup>78</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 153.

<sup>79</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina da Guarda e a Autoridade Parental na Ordem Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 305-324, pag. 306.

embora não esteja alçada como norma a nível constitucional, ninguém duvida que se trate de direito fundamental de todos, conforme assevera a civilista Maria Berenice Dias<sup>80</sup>.

De acordo como elucidada a doutrinadora recém citada, o princípio da dignidade da pessoa humana, conjugado com os objetivos fundamentais da república, em especial o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como o de promover o bem de todos, forçam que se reconheça em nosso ordenamento jurídico a felicidade como um fim em si mesmo, independentemente de eventual omissão legislativa<sup>81</sup>.

Na área da psicologia, encontramos algumas definições acerca da afetividade que podem nos ajudar a compreender o fenômeno do abandono afetivo, a fim de possibilitar uma análise objetiva dos danos afetivos, seus elementos caracterizadores, hipóteses excludentes de ilicitude, circunstâncias a serem observadas no arbitramento da indenização, bem como, ainda, afastar a famigerada “indústria do dano moral” decorrente da “vitimização” existente hoje em nossa sociedade, como veremos adiante.

Baruch de Spinoza, estudioso da psicologia do século XVII, já afirmava em seu tempo que “o homem é tanto racional quanto passional; tanto é capaz de ideias verdadeiras e raciocínio lógico quanto é movido por paixões e desejos”<sup>82</sup>.

Segundo preleciona Romualdo Baptista dos Santos, Spinoza defendia que “os afetos são ideias das afecções do corpo, de modo que serão mais fracas, mais fortes, mais

---

<sup>80</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011, pag. 93.

<sup>81</sup> No sentido do texto, a autora destaca o fato de que “o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar demanda buscando a declaração da inconstitucionalidade da legislação que não previa reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável, decidiu: cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade da autodeterminação, de igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais” [ADI 3300/DF, j. 03.02.2006, rel. Min. Celso de Mello] (DIAS, *ibidem*, pag. 94). Embora o julgado se refira à união homoafetiva, suas premissas são válidas para o reconhecimento do afeto, e consequentemente da felicidade, como valor jurídico, independente de norma específica a respeito.

<sup>82</sup> SPINOSA, Baruch de. *Ética demonstrada à maneira dos geômetras*. pag. 283, apud SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 52. Nesse mesmo sentido são as lições do jurista e filósofo Fernando Dias Andrade, seguindo as lições Espinosanas. Segundo ele, “todas as idéias que temos, sendo expressão de algo que se passa ou se passou no nosso corpo, serão tão fortes quanto mais forte for ou tiver sido a afecção no nosso corpo. A memória é um bom exemplo: lembramo-nos melhor daquilo que deixou impressão mais intensa em nós ou em nosso corpo [...]” (ANDRADE, Fernando Dias. *Poder Familiar e Afeto numa Perspectiva Espinosana*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: V Congresso Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 367-393, pag. 381-382).

simples ou mais complexas, conforme as afecções que lhes dão causa”<sup>83</sup>. A partir dessa teoria, nos deparamos diante de vários encontros no decorrer de nossa vida: alguns vêm ao nosso encontro, fortalecendo-nos, ao passo que outros, inevitavelmente, nos prejudicam, vindo de encontro aos nossos interesses.

Dessa teoria, extraem-se duas importantes conclusões: primeiro, para além de somente racionais, somos seres passionais, que inevitavelmente desenvolvemos os afetos em nossas relações; segundo, que a convivência afetiva é fundamental para o desenvolvimento humano, pois fortalecemo-nos no convívio com os demais<sup>84</sup>.

Na doutrina de Jean Piaget, estudioso que desenvolveu suas teorias no decorrer do século XX, encontramos a noção de que “a afetividade não é sempre a mesma no ser humano em todos os momentos da sua vida, mas a acompanha o seu desenvolvimento [...] até alcançar o mais alto grau de sociabilidade”<sup>85</sup>.

Segundo Piaget,

A personalidade não é o **eu** enquanto diferente dos outros **eus** e refratários à socialização, mas o indivíduo se submetendo voluntariamente às normas de reciprocidade e de universalidade. Longe de estar à margem da sociedade, a personalidade constitui o produto mais refinado da socialização<sup>86</sup>.

Consoante se extrai da doutrina do referido estudioso da psicologia, toda atividade da pessoa passa por duas fases bem definidas, quais sejam, uma fase cognitiva e outra afetiva, que decorrem da própria personalidade da pessoa, de modo que a afetividade pode ser compreendida como elemento formador da personalidade da pessoa, moldando suas condutas no futuro.

---

<sup>83</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011. 52.

<sup>84</sup> Ibidem, pag. 54.

<sup>85</sup> Ibidem, pag. 83.

<sup>86</sup> PIAGET, Jean. *Études sociologiques...*, p. 242, apud SANTOS, ibidem, pag. 67. Nesse mesmo sentido, sob o escólio das lições de Piaget, Mussen *et ali* aduzem que “em uma abordagem sistêmica, cada membro da família é visto como um participante de inúmeros subsistemas de interação. Para compreender o desenvolvimento e a personalidade de uma criança, todo o sistema familiar e seus subsistemas [para eles, cada indivíduo compõe um subsistema] devem ser considerados e pesquisados. Essa abordagem é defendida por terapeutas familiares; eles trabalham com unidades familiares inteiras, observando muitas interações dentro da rede familiar, a fim de ajudar a resolver os problemas de uma criança e reduzir conflitos” (MUSSEN, Paul Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome; HUSTON, Aletha Carol. **Desenvolvimento e Personalidade da Criança**. São Paulo: HARBRA, 2001, pag. 463).

Por fim, para não se estender além do necessário, vale destacar as lições de Giselle Câmara Groeninga, para quem “é na intersubjetividade que se constrói a objetividade”<sup>87</sup>, conforme vimos anteriormente.

Para a doutrinadora recém citada,

Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se liga, a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam em nossa forma de interpretar o mundo<sup>88</sup>.

Consoante se infere das lições dos estudiosos da psicologia, embora suas teorias abordem diferentes perspectivas acerca da importância do afeto, fica clara a sua importância na construção do elemento psíquico das pessoas, isso porque moldura a personalidade do indivíduo<sup>89</sup>, podendo apresentar repercussão positiva ou negativa na vida da pessoa, a depender da qualidade das relações experimentadas por ela, o que veremos com mais afinco no decorrer do tópico em que abordamos o dano afetivo, no próximo capítulo.

Pode-se dizer, com base nas teorias apresentadas, que a qualidade das relações afetivas de uma criança ou adolescente poderá afetar, e em regra acaba afetando, de maneira substancial sua qualidade de vida, podendo ocasionar-lhe, em casos supremos de abandono afetivo, o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos, dificuldades na socialização, desenvolvimento de transtornos etc.

Daí a importância de nós, estudiosos do Direito, rompermos com dogmas enraizados em nossa cultura jurídica, oriundos da dificuldade em pensarmos na interdisciplinaridade como um instrumento válido em nossa tarefa de pensar e interpretar o Direito. Dogmas estes, aliás, não raras vezes baseados no senso comum ou em matérias

---

<sup>87</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio das relações..., pag. 125-142, apud SANTOS, SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 83.

<sup>88</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, pag. 260.

<sup>89</sup> Discorrendo sobre o que é personalidade, Giselle Groeninga aduz que “é a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização, mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos, como a vontade, a emoção, a inteligência são aspectos da personalidade. [...] A personalidade, para o seu desenvolvimento, necessita do afeto do amor, caso contrário, efetivamente não sobrevivemos [...] Se não tivermos que nos cuide, e com amor, faleceremos ou ainda, não nos humanizamos” (GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 439-455, pag. 447).

sensacionalistas formuladas pela mídia, como se a indenização decorrente do abandono afetivo visasse a compra do afeto não disponibilizado ao filho.

Aqueles que assim se manifestam acabam esquecendo, certamente, dos danos sofridos por aqueles que não tiveram garantida sua “proteção integral”, nos moldes da Constituição Federal, crescendo em meio a um sentimento de vazio, de culpa, que somente quem cresce ignorado por um dos seus genitores pode saber o real significado do abandono afetivo.

Conforme a oportuna lição de Aline Karow, “só quem é vítima do abandono pode saber seu preço”<sup>90</sup>.

Apenas para se ter ideia da influência dos afetos na vida do ser humano, Edgar Morin, citado por Giselle Groeninga, aduz que

A importância da fantasia e do imaginário no ser humano é inimaginável; dado que as vias de entrada e de saída do sistema neurocerebral, que colocam o organismo em conexão com o mundo exterior, representam 2% do conjunto, enquanto 98% se referem ao funcionamento interno, constitui-se um mundo psíquico relativamente independente, em que fermentam necessidades, sonhos, desejos, idéias, imagens, fantasias, e este mundo infiltra-se em nossa visão ou concepção do mundo exterior<sup>91</sup>.

Partindo das premissas firmadas acima, podemos afirmar, pois, que a afetividade não se encerra no indivíduo, com o efeito apenas de colaborar no molde da personalidade da pessoa, mas, ao revés, se estende às relações familiares e sociais, atuando “não apenas para a constituição do psiquismo, mas para a sua projeção ao exterior, com vista à constituição da família em sociedade”<sup>92</sup>.

Segundo Romualdo Baptista dos Santos, “ao interagir com os outros, o ser humano realiza-se como tal, construindo a própria subjetividade, mas também é afetado pela subjetividade daqueles com quem se relaciona, provocando novas afecções”<sup>93</sup>.

Não sem razão, aliás, vimos que para compreender o desenvolvimento e a personalidade de uma criança, todo o seu sistema familiar deve ser considerado e

---

<sup>90</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 163.

<sup>91</sup> MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. pag. 21, apud GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil: IV Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, pag. 261.

<sup>92</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 84.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pag. 84.

pesquisado, método este defendido por terapeutas familiares na resolução dos problemas verificados em crianças, conforme destacaram Mussen *et ali*.

### 2.3 A valoração jurídica do conceito de afetividade em nosso direito

Afirmamos anteriormente, por ocasião do item 2.2, que a dinâmica social impôs o fim dos ‘papéis’ a serem cumpridos dentro da família. Como espaço de realização pessoal dos seus membros, a família não é instrumento de dominação e de controle por parte do 34/Estado. As disposições legais brasileiras, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988, deixaram de regular o modo de sua composição e, principalmente, deixou de impor à mulher o papel de mera coadjuvante da família.

Com isso, vimos que a liberdade dentro das famílias levou à busca pela felicidade, sentimento intrinsecamente ligado ao afeto.

José Sebastião de Oliveira defende que a afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Isso porque, segundo ele,

Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou, com a mesma intensidade a obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF)<sup>94</sup>.

Para o autor retromencionado, a ausência de norma expressa que reconheça a afetividade no direito de família não significa que esta não seja reconhecida pelo Direito, que a sociedade não lhe reconheça validade, ou, então, que esse valor não mereça o apreço de nossa ordem jurídica<sup>95</sup>.

Aliás, nem poderia ser diferente, sob pena de negarmos o constitucionalismo que se pretende fazer valer em nosso país, conforme alertou com propriedade Lenio Luiz Streck em seu artigo “crises de paradigmas”, uma vez que a norma jurídica não está, necessariamente, contida no texto da lei, como querem alguns, embora seja verdade que uma não subsista isolada da outra<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 237-238.

<sup>95</sup> Ibidem, pag. 237-238.

<sup>96</sup> Nesse sentido Lenio Streck: “[...] não há separação entre texto e norma; há, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heidggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* [...] É exatamente por isto que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou que o ‘intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste — o intérprete — poder dizer ‘qualquer coisa sobre

Conforme sugere Streck, ainda se pensa, nos dias de hoje, que a lei é a única fonte de nosso Direito, como se a Constituição não bastasse, por si só, a estabelecer valores e diretrizes para guiar o intérprete do Direito, exigindo sempre uma lei regulamentadora de todas as situações imagináveis, usando-se a Constituição de acordo com os interesses de cada um. É dizer: se algum preceito constitucional favorece os meus interesses digo que é autoaplicável, caso contrário, se prejudica meus interesses, digo que será norma de eficácia limitada, dependendo sua aplicação de regulamentação do legislativo. Em tais casos, vemos que não é a norma que legitima o discurso do intérprete, mas o inverso, situação que a toda evidência não se coaduna com a noção de constitucionalidade inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Aí, nesse ponto, fica claro o alerta de Streck: norma e texto não se confundem, devendo o intérprete compreender o texto e dele extrair a norma; não de forma arbitrária, mas de acordo com a sua essência, o seu significado em nosso mundo jurídico, de modo que o âmbito da norma pode ser tanto mais complexo quanto mais o for o paradigma do ordenamento jurídico vigente.<sup>97</sup>

Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, ganha destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo postulado implica na concretização de diversos outros valores intrinsecamente ligados ao ser humano em seu aspecto existencial, tais como vida digna (aqui compreendidos outros inúmeros valores, dentre eles a felicidade, como veremos), saúde, educação, cultura etc., que deve, sobretudo após a Constituição de 1988, estar presente em toda e qualquer interpretação que se faça das normas jurídicas.

Nos princípios, como se sabe, não há diretamente ordens, mas somente fundamentos, diretrizes a serem seguidas por uma determinada ordem jurídica. No *Vocabulário Jurídico* de De Plácido e Silva encontramos a definição de princípios como

---

qualquer coisa” (STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma**: Afastando o fantasma do relativismo. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Streck.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf)> Acesso em: 15.04.2013).

<sup>97</sup> Não sem razão preleciona Lenio Streck que “hermenêutica não é filologia”. Segundo o mestre, “O ato de interpretar não se resume à análise de textos. Textos não são apenas enunciados linguísticos. [...] A interpretação jurídica supõe uma ordem de normas, que se completam com princípios e com valores, e supõe uma atitude interpretativa que tem em conta as normas cuja vigência deve logicamente preexistir à sua própria aplicação” (STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma**: Afastando o fantasma do relativismo. Disponível em: < [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Streck.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf)> Acesso em: 15.04.2013).

“[...] *normas elementares* ou *os requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa”<sup>98</sup>

Sidney Guerra e Lilian Emerique, ao estudarem o conceito de princípios, asseveram que estes funcionam como bússolas das normas jurídicas, *in verbis*:

Os princípios transmitem a idéia de condão do núcleo do próprio ordenamento jurídico. Como vigas mestras de um dado sistema, funcionam como bússolas para as normas jurídicas, de modo que se estas apresentarem preceitos que se desviam do rumo indicado, imediatamente esses seus preceitos tornar-se-ão inválidos<sup>99</sup>

De Plácido e Silva, ao definir princípios jurídicos, destaca-os como “[...] *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito”<sup>100</sup>. Nesse mesmo sentido são as lições de Silvio Venosa, que após concluir que a definição de princípios é matéria de ordem mais filosófica do que propriamente jurídica, aduz que “são regras oriundas de abstração lógica que constitui o substrato comum do Direito”<sup>101</sup>.

À guisa destas considerações, não há que se excluir do texto da lei (em sentido amplo, assim compreendido tanto as Leis como a Carta Magna) os valores aqui discutidos, sobretudo no que diz respeito à afetividade, eis que estão dentro do âmbito de proteção das normas jurídicas do direito de família, independentemente da interpretação filológica que se faça sobre o texto da lei, uma vez que, como vimos, “textos não são apenas enunciados linguísticos”.

Como dito alhures, a ideia de dignidade pressupõe a verificação de diversos outros valores intrinsecamente relacionados com a esfera existencial da pessoa humana, dada a sua amplitude conceitual e axiológica. Por essa razão, não há como se discordar da afirmação de Luís Roberto Barroso de que “No plano abstrato, poucas ideias se equiparam

---

<sup>98</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Revista e atualizada por Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. Revisão Técnica por Ricardo Issa Martins. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 639, verbete “princípios”.

<sup>99</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>> Acesso em: 15.04.2013.

<sup>100</sup> SILVA, op. Cit., pag. 639, verbete “princípios jurídicos”.

<sup>101</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 141-142. Segundo o autor, “Por ser um instrumento tão amplo e com tamanha profundidade, sua utilização é árdua para o julgador, pois requer a vivência e traquejo com conceitos abstratos e conceitos do Direito, além de elevado nível cultural” (Ibidem, pag. 141).

a ela [dignidade da pessoa humana] na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime”<sup>102</sup>.

Trata-se, sem dúvidas, de princípio enunciado em diversas Cartas Constitucionais, explícita ou implicitamente, cujo respaldo se nota, inclusive, na sociedade internacional, que tem corporificado seus valores em inúmeros tratados e nos instrumentos de instituição das diversas entidades internacionais – sobretudo no âmbito das Nações Unidas -, o que denota a sua ampla aceitação modernamente como valor indissociável do homem.

Da mesma forma, não faltam doutrinadores para definir qual o conceito mais contemporâneo de dignidade da pessoa humana. No entanto, uma ressalva a ser feita já nesse momento, e que deve ser levada em conta quando da definição de dignidade da pessoa humana em um dado ordenamento jurídico, é o fato de que a sua noção varia no tempo e no espaço, entendida a partir do impacto da história e da cultura de cada povo, assim como de circunstâncias políticas e ideológicas, razão pela qual, aliás, alguns chegam a entender inconveniente a sua utilização, dada a falta de objetividade.

Para Luís Roberto Barroso,

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade <sup>103</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, após reconhecer a dificuldade em definir claramente o que seja dignidade da pessoa humana, principalmente para efeito de sua tutela perante nossa ordem jurídica, destaca que ela consiste para muitos – possivelmente a maioria – em uma qualidade “inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente reconhecida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal [...]”<sup>104</sup>, valendo ressaltar que “[...] a dignidade evidentemente não existe

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. pag. 2. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)> Acesso em: 15.04.2013.

<sup>103</sup> Ibidem, pag. 9. Ainda segundo o autor, “[...] a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais” (BARROSO, ibidem, pag. 14).

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan/jun. 2007, pp. 361-388, pag. 364. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/Direito2012sl08/dicionrio-de-filosofia-do-direito-ingo-wolfgang-sarlet>> Acesso em: 14.04.2013.

apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que – pelo menos em certo sentido – constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”<sup>105</sup>.

Como se vê das lições colacionadas acima, a dignidade da pessoa humana não constitui, por si só, um direito que possa ser exercido ou renunciado pela pessoa. Ela existe independente de circunstâncias concretas, dado que é inerente ao próprio ser humano. Seu exercício independe de autorização do Estado ou do cumprimento de quaisquer requisitos, não se concretizando de *per si*.

Como dito anteriormente, sua concretização depende da efetivação de vários outros direitos relativos ao aspecto existencial do ser humano, sem os quais sua dignidade não restará realizada em sua plenitude, funcionando a dignidade, ainda, como diretriz de interpretação do arcabouço jurídico pátrio, consubstanciada em um dos fundamentos da república.

Sob outra perspectiva, ainda sob o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, no que tange à relação da dignidade com a intersubjetividade humana, assevera o autor que a dignidade humana se faz igualmente presente em sua dimensão comunitária, consubstanciada numa noção de “igual dignidade entre todas as pessoas”. Segundo ele, o importante

[...] é que se tenha presente a circunstância, oportunamente destacada por Gonçalves Loureiro, de que a dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’<sup>106</sup>

Nesse sentido, como se depreende do texto, a dignidade inerente a cada um nós (humanos) impõe a todos uma série de direitos e deveres, de modo que as condutas verificadas nas relações intersubjetivas, na medida em que violem os valores adjacentes à dignidade de cada um, podem e devem ensejar medidas coerentes de nosso ordenamento a fim de corrigi-las.

---

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jan/jun. 2007, pp. 361-388, pag. 364. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/Direito2012sl08/dicionario-de-filosofia-do-direito-ingo-wolfgang-sarlet>> Acesso em: 14.04.2013.pag. 367.

<sup>106</sup> MODERN F. La Personne comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions et. Français. In: Jorge Miranda (Org.) **Perspectivas Constitucionais** – Nos 20 anos da Constituição de 1976. V. 1 Coimbra: Coimbra editora, 1997, pp. 198-199, apud SARLET, ibidem, pag. 371.

Nessa linha de pensamento, vale mencionar as lições do professor Sérgio Resende de Barros, que aponta interessante correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à tutela da superestrutura psíquica da pessoa. Segundo o autor, podemos afirmar que o direito à felicidade constituiu um direito operacional (necessário à concretização) do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que implementa seus postulados nos núcleos familiares e na sociedade em geral.<sup>107</sup>

A interessante separação levada a efeito pelo autor, ao diferenciar os direitos fundamentais de seus operacionais, consiste, em linhas gerais, no fato de que estes implementam aqueles, ou seja, “no momento e no lugar em que os operacionais implementam os fundamentais, eles são igualmente fundamentais”<sup>108</sup>.

Segundo o autor,

Sucede, realmente, uma escala de fundamentalidade ao longo da qual o operacional e o fundamental interagem, dependem um do outro e se condicionam mutuamente, de modo que todo direito humano, **em seu momento de eficácia**, é fundamental<sup>109</sup>.

Assim, a título de exemplo, Barros cita o direito ao sono: quando considerado em si mesmo, não está incluso no rol de nossos direitos fundamentais, seja em nossa Constituição Federal ou em tratados internacionais; no entanto, na medida em que ele protege a vida e a saúde humana, como, por exemplo, à noite nas imediações de casas noturnas ou de aeroportos, ele passa a ser considerado direito fundamental, haja vista sua operacionalidade com relação à vida e à saúde humana.

Consoante se extrai dos ensinamentos do referido mestre, independente de outros valores que possam ser apontados como indissociáveis ao direito de família, pode-se afirmar que o direito humano fundamental de todos os outros - no contexto do direito de família - é o próprio *direito à família*, visto que é praticamente impossível pensar em direitos humanos fundamentais sem pensar no direito à família<sup>110</sup>.

Nessa ótica, vimos há pouco que uma das funções atuais da família, talvez a mais importante, seja a realização pessoal de seus membros. A afetividade atua, pois, como uma

---

<sup>107</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos Operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 607-620, pag. 607.

<sup>108</sup> Ibidem, pag. 610.

<sup>109</sup> Ibidem, pag. 610.

<sup>110</sup> Ibidem, pag. 612.

das vigas do relacionamento familiar, possibilitando a plena realização de seus membros<sup>111</sup>, de onde têm origem as demais relações familiares.

Das lições doutrinárias colacionadas até aqui, percebe-se que vários são os valores indissociáveis à noção contemporânea de família, tais como igualdade, solidariedade, liberdade de matrimônio, proteção integral da criança e do adolescente e, mais recente, a afetividade etc., sem os quais a família remontaria à sua noção primitiva, como entidade econômica e política.

Não sem razão, várias decisões de nossos tribunais surpreendem a cada dia a todos nós, dado seu caráter inovador em face da legislação (que infelizmente tem se mostrado conservadora em face da dinâmica social brasileira), apontando a cada dia a “jurisdicionalização do afeto”, servindo o direito como importante e decisivo elemento jurídico<sup>112113</sup>.

Partindo dessas premissas, conclui-se que o direito ao afeto passa a integrar a nossa ordem jurídica, ainda que ausente previsão legal expressa a respeito, visto que constitui o primeiro dos direitos humanos operacionais do direito à família, exigindo, portanto, tutela integral por parte do Estado acerca desses direitos.

---

<sup>111</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 235.

<sup>112</sup> Nesse sentido: KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 125. Assim, por exemplo, Karow noticia que “Em 03.04.2009, foi anunciado através da TV do Tribunal Superior do Trabalho que em 27.03.2009 o Conselho Superior da Justiça do Trabalho *concedeu licença adotante de 90 dias para um servidor do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, São Paulo, G.S., que é pai solteiro*. Por maioria dos votos os conselheiros decidiram que a matéria terá caráter normativo, sendo estendida a todos os servidores da Justiça do Trabalho na mesma situação” (KAROW, *ibidem*, pag. 124). Da mesma forma, concedeu-se licença-maternidade para servidora pública fornecer ao filho da companheira o aleitamento materno, mediante a técnica de translação, bem como, ainda, declarou-se possível a maternidade socioafetiva concomitantemente com a maternidade biológica, ambas sob o fundamento da primazia da tutela máxima do filho menor, conforme registra Jones Figueirêdo Alves em seu artigo “O cuidado Afetivo”, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171545,31047-O+cuidado+afetivo>> Acesso em 07/03/2013.

<sup>113</sup> Maria Berenice Dias, ao comentar o atual retrato da família, destaca o papel ativista do juiz em face da inércia de nosso legislador, conforme se infere da seguinte passagem: “*As mudanças já se encontram chanceladas pela sociedade mas ainda encontram resistência do legislador na hora de serem normatizadas. Se por desleixo, se por preconceito, não importa. Tal omissão gera vácuos legais. As situações que não encontram previsão na lei batem às portas do Judiciário. O juiz, que não consegue conviver com injustiças, acaba encontrando formas de enlaçar no âmbito de proteção o que o legislador não previu. O fato é que a justiça não consegue simplesmente condenar à invisibilidade e negar tutela ao que refoge do modelo engessado na legislação. É o que sempre acontece. O que é novo recebe, em um primeiro momento, a chancela da justiça e acaba impondo a construção de um novo sistema jurídico*” (grifo da autora) (DIAS, Maria Berenice. “**Álbum de Família**”. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?34>> Acesso em 04/03/2013).

Esclarecedoras, nessa linha, são as lições de Sérgio R. de Barros, ao afirmar que o direito humano operacional do afeto

“[...] está ligado aos direitos que dizem com a *superestrutura cultural e psíquica* da entidade familiar, tais como o direito à vivência doméstica e à convivência familiar, o direito ao apoio da família, à saúde, educação, edificação e solidificação da pessoa humana, o direito ao reconhecimento da paternidade, maternidade ou filiação ignoradas, o direito ao parentesco e à afinidade, bem como ao respeito e à amizade entre os familiares”<sup>114</sup>.

Destarte, na medida em que o afeto interfere diretamente na qualidade de vida do indivíduo, podendo causar-lhe, ainda, em caso de ausência afetiva, profundos danos psicológicos, como veremos adiante, cabe ao Direito tutelar esse valor, nem que para isso tenha que superar o trabalho do legislador, apoiando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito fundamental à família, na proteção integral à criança e ao adolescente etc.

#### 2.4 O papel do pai no desenvolvimento infantil

Feitas as considerações acerca da importância da afetividade na vida da criança e do adolescente, bem como a sua respectiva valoração jurídica em face da dignidade da pessoa humana, passemos à análise do papel do pai no desenvolvimento infantil, o que engloba a sua relação com a criança ou adolescente (seu papel ideal e efetivo), os paradigmas dominantes na sociedade acerca do papel do pai, bem como, ainda, a sua importância no desenvolvimento da criança ou adolescente.

De início, vale mencionar as lições de Goetz e Vieira, para quem o papel do pai no desenvolvimento infantil depende da época e do contexto cultural em que se analisa essa relação, verificando-se diferentes padrões de comportamento paterno ao longo da história<sup>115</sup>.

Assim, por exemplo, resgatando o pai antigo, aquele da família predominantemente rural, proprietário de bens e escravos, predominava nele a ausência afetiva. Limitava-se, basicamente, a exercer grande poder sob a família, atuando como verdadeiro guia moral desta, responsável pela formação dos juízos de valores dos filhos<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos Operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 607-620, pag. 613.

<sup>115</sup> GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. **Pai Real, Pai Ideal**. O papel paterno no desenvolvimento infantil. Curitiba: Juruá Psicologia, 2011, pag. 27.

<sup>116</sup> Nesse sentido são as lições de GOETZ e VIEIRA, *Ibidem*, pag. 27. Nelsina Comel, a respeito do assunto, comenta: “Papel claro e delimitado na sociedade patriarcal. Ao pai se reservava a justiça, à mãe o perdão; ao

Em razão dessa relação hierárquica, em que a autoridade paterna impunha tanto aos filhos como à mulher o certo e o errado, exigindo obediência inquestionável, não havia espaço para indagação acerca dos sentimentos dos filhos, que sequer eram situados como o foco da família, visto que essa fase da vida da criança não era tida como crucial ao seu desenvolvimento.

É certo, porém, que a família passou a sofrer alterações em suas características clássicas, mormente com a dinâmica social verificada após a Revolução Industrial, com o advento dos movimentos feministas, com a expansão da mídia em todo o país etc., que fizeram com que a mulher ganhasse o espaço público, ao lado do homem, e este, por sua vez, interagisse mais no espaço privado, o que inclui as relações domésticas e com os filhos.

Tanto é assim, aliás, que alguns pensadores contemporâneos sugerem um novo ideal de paternidade: “[...] o pai que troca fraldas, que leva à consulta médica e sabe o nome da professora do filho [...]”, embora reconheçam que “este ideal não seja a regra, e sim a exceção”<sup>117</sup>.

Martin Juritsch, ao discorrer sobre o “espaço primordial do diálogo da criança”, aduz que “não se pode rebaixar a pessoa ao nível de *meio*, pois ela é *fim* em si mesma e, por esta razão, única e irrepetível”<sup>118</sup>.

Segundo esse autor, tais características manifestam-se de modo mais acentuado na criança, haja vista que “[...] a sua primeira relação é insubstituível; se falhar, não poderá mais repetir-se. A família é, por êste motivo, o lugar mais apropriado para a criança poder encontrar-se com o tu”<sup>119</sup>.

As relações experimentada pela criança, mormente no seio familiar, colaboram na construção de seus elementos psíquicos, atuando via de regra como uma espécie de moldura de sua personalidade, podendo apresentar repercussão positiva ou negativa na vida da pessoa, a depender da qualidade das relações experimentadas por ela.

---

pai, o rigor, à mãe, a mansidão, e assim por diante, no sentido de que as virtudes que envolvessem a formça, eram masculinas, e as que envolvessem ternura e mansidão, eram femininas” (COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 92).

<sup>117</sup> GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. Pai Real, Pai Ideal. O papel paterno no desenvolvimento infantil. Curitiba: Juruá Psicologia, 2011, pag. 31.

<sup>118</sup> JURISTCH, Martin. **Sociologia da Paternidade**. QUAINI, João Baptista (Trad.). Petrópolis: Vozes Limitada, 1970, pag. 31.

<sup>119</sup> Ibidem, pag. 32.

Nessa linha de pensamento, podemos afirmar que o papel paterno, assim como o papel materno, se caracteriza pelo exercício de funções distintas, imprescindíveis ao filho quase na mesma intensidade – se não na mesma –, de onde a ausência da figura paterna em sua vida pode acarretar-lhe diversos danos afetivos, como veremos adiante.

É certo que cabem à ciência psicológica, autoridade no assunto, as indagações acerca da exata extensão e importância da participação materna e paterna na vida da criança – dentre elas as teorias psicológicas sobre o desenvolvimento infantil, tal como, por exemplo, a sempre suscitada Teoria de Édipo<sup>120</sup> -, é fato que as mães tendem a ser mais carinhosas/afetuosas com os filhos, ao passo que os pais tendem a se mostrar mais reservados nesse ponto, sobretudo quando diante de filha.

Interessantes, nesse sentido, são as lições de Martins Juristch, para quem a relação de origem é diversa no pai e na mãe. Isso porque, segundo o autor, o vínculo corporal da mãe se inicia desde a gestação, quando já afloram mais intensamente seus sentimentos e seus instintos maternos, ao passo que a paternidade – em seu sentido amplo, e não só biológico – não surge como uma necessidade natural (como um valor vital de realização pessoal), mas sim com a aceitação, a responsabilidade e determinação de dirigir e assegurar a vida do filho<sup>121</sup>.

Assim, a seguirmos as lições de Juristch, poder-se-ia afirmar que a afetividade característica da mãe decorre de sua própria natureza, ou seja, dos elos que a ligam com o filho, desde a sua geração à amamentação, atos próprios do ser feminino.

Sem embargos de eventual desacerto das lições do autor retromencionado, o que pode ser aferido com mais propriedade pelos estudiosos da ciência psicológica, é inegável que nós, os humanos, viemos de uma cultura essencialmente patriarcal, desde os primórdios, em que sempre predominou a onipotência do homem sobre a mulher. Desde as primeiras civilizações concentrou-se no homem a figura da força, da superioridade, a quem incumbia a caça, a representação religiosa no lar, o trabalho, a função política etc., enquanto que à mulher, via de regra, incumbiam somente os afazeres domésticos da

---

<sup>120</sup> Teoria surgida da antiga lenda grega do Rei Édipo, que teria matado, mesmo sem saber, seu próprio pai a fim de se casar com sua mãe. Segundo esta teoria, os filhos meninos veriam na mãe a figura do desejo, ao passo que o pai representaria, então, a figura de um rival, aquele que impõe limites, autoridade, proibindo os desvirtuamentos do filho.

<sup>121</sup> JURISTCH, Martin. **Sociologia da Paternidade**. QUAINI, João Baptista (Trad.). Petrópolis: Vozes Limitada, 1970, pag. 86-90.

comunidade ou de sua casa, o louvor aos antepassados do marido etc., vista como uma espécie frágil, dócil e, no mais das vezes, submissa.

Essas razões talvez expliquem o paradigma machista que predominou por muito tempo em nossa sociedade, cujos reflexos podem ser sentidos ainda hoje por meio do relativo afastamento dos pais na vida afetiva da criança.

Destarte, quem sabe ainda se mostrem válidas as lições de Martin Juristch, ao afirmar que “a mãe, ao introduzir o filho na corrente dos seus sentimentos, consolida-lhe o coração, <centro da existência infantil> (vetter). [...] O diálogo do pai não se dirige primeiramente ao sentimento, mas à inteligência do filho, à vontade, à sua consciência”<sup>122</sup>, embora não possamos mais, nos dias de hoje, delinear uma divisão exata dos papéis de cada um.

O que se quer dizer, com isso, sem querer generalizar, é que os pais – homens – ainda não romperam com a barreira da afetividade no âmbito de sua família, embora essa realidade esteja sendo, paulatinamente, reescrita, mormente em razão dos novos valores consagrados em nossa sociedade, seja em razão da dinâmica social, seja em razão das inovadoras decisões judiciais (superando o conservadorismo legislativo), ou então das novas políticas públicas destinadas a assegurar a participação dos pais na vida afetiva dos filhos etc.

Goetza e Vieira, remetendo-se aos estudos realizados por Dessen e Braz, afirmam que o “pai considera que o suporte econômico que ele provê constitui-se no apoio de maior relevância para o bem-estar dos filhos”<sup>123</sup>. Nesse mesmo sentido, os mesmos autores destacam os estudos realizados por Warin *et ali*, que ao submeterem mais de 200 famílias norte americanas da década de 1990 ao questionário de “o que as pessoas esperam dos pais nesses dias?”, apontam que “o papel de provedor é percebido como o mais exercido pelo pai, sendo que 43% deles opinaram sobre este papel”<sup>124</sup>.

Ainda hoje, não é incomum verificarmos no cotidiano brasileiro, sobretudo em casos de casais separados, o exercício da paternidade como mero sustento do filho, reconhecendo as necessidades vitais desse último apenas em seu aspecto físico. Quando

---

<sup>122</sup> JURISTCH, Martin. **Sociologia da Paternidade**. QUAINI, João Baptista (Trad.). Petrópolis: Vozes Limitada, 1970, pag. 113.

<sup>123</sup> GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. **Pai Real, Pai Ideal**. O papel paterno no desenvolvimento infantil. Curitiba: Juruá Psicologia, 2011, pag. 31.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pag. 55.

muito, alguns pais limitam-se a presentear os filhos, seja com brinquedos, guloseimas etc., geralmente como forma de justificar sua ausência física e afetiva. Outros, após a separação, limitam-se a pagar a pensão alimentícia do filho, convictos de que seu dever se exaure nesse pagamento, chegando alguns, inclusive, a rejeitar os filhos quando procurados por estes, como forma de reprimenda à ex-companheira.

Não é correto pensar que o filho precisa do pai apenas como provedor do lar, como se não houvesse entre ambos um elo de afetividade. Conforme preleciona Martin Juristch, “a geração humana não é um processo puramente biológico; está originariamente impregnada das energias superiores da vida humana. Não é, portanto, um processo animal, mas algo totalmente humano”<sup>125</sup>.

O pai não integra a família apenas como seu provedor, senão que integra o seu núcleo, colaborando, ao lado da mãe da criança, na formação do filho, tanto física como psicologicamente.

Nesse sentido, Nelsina Comel aduz que

A paternidade [...] não é somente elemento integrante da família, no aspecto meramente objetivo. Mas, sim, elemento integrador (todos com todos) da família no sentido personalista, isto é, interfere, estruturalmente, na formação do filho e do grupo todo<sup>126</sup>

Martin Juristch, por sua vez, enfatiza a importância da presença do pai na vida da criança sob o enfoque do crescimento saudável desta, aduzindo que sua base psíquica, sentimentos como confiança e segurança somente são construídos solidamente com a presença de ambos os genitores. Segundo ele,

A família garante, efetivamente, o sadio crescimento psíquico da criança. A fome psíquica, o empobrecimento dos sentimentos, a dissociação da vida afetiva, as doenças orgânicas psiquicamente condicionadas, a incapacidade de contacto, eis os danos mais frequentes causados às crianças sem família<sup>127</sup>.

Destarte, percebe-se que o papel do pai na vida da criança não se limita ao sustento da família, em especial dos filhos, mas sim na participação ativa dos filhos, atuando ao mesmo tempo como amigo, treinador, professor, trocador de fraldas etc., colaborando - ao lado da mãe - para o bom desenvolvimento do filho, físico e psíquico.

<sup>125</sup> JURISTCH, Martin. **Sociologia da Paternidade**. QUAINI, João Baptista (Trad.). Petrópolis: Vozes Limitada, 1970, pag. 88.

<sup>126</sup> COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 78.

<sup>127</sup> JURISTCH, op. Cit., pag. 33.

Ressalta-se, por fim, que não se quer oferecer uma fórmula pronta para o bom desenvolvimento infantil, tendo em vista que nem todo filho que vive com os pais receberá afeto e crescerá com sua saúde psíquica íntegra, ao passo que nem toda criança que cresce longe do pai crescerá mal, com a saúde psíquica abalada. Ao invés disso, o que se propõe é uma discussão acerca da importância do pai na colaboração da construção da personalidade da criança, visando uma maior aproximação dos papéis reais e ideais de paternidade esperadas pelas crianças<sup>128</sup>.

## **2.5 O patrimônio afetivo e os danos causados às crianças em razão dos atos de abandono afetivo**

No decorrer da elaboração deste trabalho, vimos que muitas pessoas são relutantes com relação à ideia de indenização por abandono afetivo. A maioria acaba visualizando a questão a partir do conteúdo econômico da indenização, e não dos danos causados às crianças abandonadas, perspectiva que, a nosso ver, não permite uma exata compreensão do fenômeno, pois toma a consequência do abandono como ponto de partida da análise.

Assim, não é incomum nos depararmos com argumentos acerca da “monetização do afeto”, como se o amor tivesse um preço e a justiça estivesse forçando os pais devedores a pagarem o seu “débito” com os filhos em pecúnia, ponto que será abordado com mais afinco no próximo capítulo.

Com o devido respeito àqueles que pensam desta forma, pensamos que o abandono afetivo é um mal em nossa sociedade, cuja única vítima até o momento tem sido a criança ou o adolescente - vulnerável por natureza – que, sem saber as razões de tal abandono/rejeição, sofre calada ao longo de toda sua vida, procurando razões para justificar uma ausência injustificável.

Conforme já ponderou com autoridade Giselda Hironaka, muitas vezes tende-se a projetar a ideia de justiça àquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em

---

<sup>128</sup> Assim, por exemplo, pode-se apontar como um papel ideal uma maior aproximação entre pais e filhos, com um estreitamento do vínculo afetivo. O papel real do pai, que ainda não superou por completo o paradigma da colaboração material, deve evoluir de modo que os pais (homens) dediquem mais tempo, atenção, carinho e apoio aos filhos, o que vai desde um gesto de afeto, um passeio com o filho, seu acompanhamento na escola, à comemoração de uma conquista deste etc.

formulações preestabelecidas na sociedade, donde surge o comodismo do jurista<sup>129</sup>. Segundo a autora,

“Numa idéia assim – restrita e fechada, e por isso mesmo segura – não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a *justiça segura à justiça justa...*”<sup>130</sup>

Não se trata de deixar de enfrentar o problema em virtude de possíveis consequências que dele podem advir, tal como a famigerada indústria indenizatória sustentada por muitos.

Em primeiro lugar, urge destacar que nem todo abandono afetivo gera o dever de indenizar, como se a ausência do pai, mesmo que contra a sua vontade, lhe acarretasse automaticamente o dever de indenizar, o que fugiria completamente da razoabilidade.

Em seguida, destacamos que o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares não podem - e não devem - dar lugar à sentimentos como vingança e locupletamento ilícito, como se as salas dos tribunais servissem de palco para os litígios pessoais de casais separados, dos filhos que abandonam o lar dos pais e se voltam contra eles depois etc.

Em linhas gerais, não se pode olvidar das vicissitudes da vida moderna, a ponto de exigir-se um padrão ideal de família. O crescimento das cidades, a superpoluição mundial, o concorrido mercado de trabalho, as crises econômicas que atingem todos nós (ainda que indiretamente), dentre vários outros fatores, influenciam sobremaneira no modo de vida das famílias modernas. Nesse panorama, algumas famílias têm um tempo razoável para se dedicar aos filhos, ao passo que outras, infelizmente, esgotam seu tempo no trabalho, em ônibus e metrô atravessando as cidades etc.

Nenhuma família é perfeita! Todos sabemos, ao menos em parte, das qualidades e defeitos daqueles com quem convivemos, especialmente de nossos familiares. Até nós mesmos, como não há que se olvidar, possuímos graves defeitos ao lado de nossas qualidades. Expressivas, nesse sentido, são as lições de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “cada um de nós guarda dentro de si seus próprios pecados – não outra a razão

---

<sup>129</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos: Um Desvanecido Acerca da Ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 425-437, pag. 426.

<sup>130</sup> Ibidem, pag. 426.

da admoestação cristã: ‘aquele que não tiver pecado que atire a primeira pedra’. E somos imperfeitos porque somos humanos”<sup>131</sup>.

Em última análise, a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil às relações familiares não deve ceder à atual tendência à vitimização, pela qual todo inconveniente experimentado no dia a dia já é motivo para a propositura de uma ação de indenização, transformando o Judiciário em um palco de rixas intermináveis, movidas sobretudo pela cobiça.

Não bastasse repugnar ao direito pretensões dessa natureza, é forçoso reconhecer que ações desta natureza acabam acarretando incalculáveis prejuízos para a prestação jurisdicional, já deficitária em nosso país nos dias atuais, visto que para alguns basta que alguém não lhe cumprimente e já quer propor uma ação judicial.

Esquecemo-nos, às vezes, que o problema pode estar em nós mesmos, e não nos outros, e que em muitos casos um psicoterapeuta pode ser mais recomendável, e mais eficiente, do que um advogado<sup>132</sup>.

Feitas essas breves considerações, podemos destacar, na esteira de Romualdo Baptista dos Santos, que todos possuímos um patrimônio afetivo, que corresponde à infinidade de relacionamentos das mais diversas naturezas e intensidades que experimentamos, alguns favorecendo e outros enfraquecendo esse patrimônio<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 399-415, pag. 400.

<sup>132</sup> No que tange à tendência à vitimização a que nos referimos, vale citar as lições de Tzvetan Torodov, filósofo búlgaro citado por Maria Celina Bodin de Moraes, que bem elucida esse desprestígio pelo instituto da indenização, vejamos: “[...] Todos os visitantes europeus são atingidos por esta característica americana: aqui, podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. [...] Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para desenvolvimento de minha personalidade. **A única hesitação que posso ter é saber se, para obter a reparação, me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta.** Ninguém quer ser vítima, isso não tem nada de agradável; em contrapartida, todos querem ter sido; aspiram o status de vítima [...]” (TODOROV, Tzvetan. O Homem Desenraizado. CABO, C. (Trad.). Rio de Janeiro: Record, 1999, pag. 225-226, apud MORAES, ibidem, pag. 401) (grifo nosso).

<sup>133</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 186. Não obstante nos referimos à expressão patrimônio, é de se ver que neste caso não há um conteúdo econômico envolvido – como querem alguns opositoristas da aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares -, “mas um valor ou um significado para a manutenção da sua estrutura afetiva [...]” (SANTOS, ibidem, pag. 186).

Como nos referimos anteriormente, somente quem experimenta esse “débito afetivo” é que sabe o seu real significado. Para aqueles que tiveram uma presença paterna em sua vida, fica difícil julgar os danos sofridos por uma pessoa abandonada - às vezes até mesmo rejeitada pelo pai -, sobretudo se analisada a questão a partir de pré-conceitos.

Não sem razão, portanto, os casos de abandono afetivo devem ser julgados de modo objetivo pelo Judiciário, visto que cada pessoa possui uma estrutura psíquica própria, que pode ser mais ou menos propícia para a concretização de algum dano, o que decorre da diversidade das relações intersubjetivas experimentadas por cada um ao longo de sua vida.

Assim, não bastam meras alegações corroboradas por falsos depoimentos de testemunhas; há que se ter, na espécie, devidamente comprovado o dano afetivo sofrido pela pessoa, o que será aferido, principalmente, por meio de equipe multidisciplinar, a envolver não só profissionais do Direito, como também da Psicanálise e outras áreas que se mostrarem necessárias ao caso<sup>134</sup>.

Conforme assevera Aline Karow,

É forçoso reconhecer que o tema da responsabilidade civil tornou-se um abuso em muitos aspectos, não sendo diferente do direito de Família. Porém, tal situação de pedidos absurdos e circunstâncias forjadas devem ser corrigidas pela comunidade jurídica [...]. [...] Não se tem dúvidas de que a ‘indústria do dano moral’ deve ser segregada. Cabe aos estudiosos do Direito separar o joio do trigo.<sup>135</sup>

Os danos afetivos são uma realidade em nosso país e não podemos fechar os olhos e fingir que a responsabilidade não é dos pais. De acordo como preconiza Romualdo Baptista dos Santos, “*Interdependência e responsabilidade* são as palavras-chave para caracterizar o dever de afeto que deve permear as relações de família”. Para o autor: “A interdependência gera na pessoa uma justa expectativa em relação ao comportamento da

---

<sup>134</sup> Há que se ressaltar, nesse momento, que o Direito é a ciência do dever-ser, ou seja, regulamenta a vida em sociedade conforme os valores consagrados por esta, visando, ao final, a paz social. Não sem razão, a norma jurídica possui como característica a abstração (atinge o maior número de situações possíveis, sem descrever os fatos minuciosamente), a generalidade (destinada a todas as pessoas que se encontrem em uma mesma situação jurídica), imperatividade e coercibilidade (a norma impõe-se sob a vontade do particular, podendo ser aplicada de maneira forçada, pelo Estado). A Psicologia, por sua vez, da qual faz parte a Psicanálise, ocupa-se do ser, considerado em sua individualidade, ou seja, ocupa-se da subjetividade da pessoa. Daí o importante alerta de Giselle Câmara Groeninga: “A combinação da subjetividade e da objetividade, ao invés de estarem dissociadas em apanhados parciais dos relacionamentos humanos, acaba por atender à demanda de reconhecimento da dignidade humana, respeitando o sujeito em sua integridade, em vez de mutilá-lo em aspectos que lhe são essenciais” (GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Epistemológico*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263, pag. 254).

<sup>135</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 163.

outra”<sup>136</sup>, que, no que tange à relação paterno-filial, uma vez violada abre ensejo à aplicação do instituto da responsabilidade civil.

A psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte, citada por Aline Karow, assevera que, em suas pesquisas, com base em estudos clínicos realizados por ela, pôde observar uma relação direta entre os sintomas apresentados pelas crianças e o convívio familiar conflituoso que experimenta. Segundo ela, como resposta das situações que vivenciam, as crianças expressam sentimentos das mais diversas formas, doenças no corpo, convulsões, doenças psicossomáticas, distúrbios de aprendizagem, de relacionamento, o desenvolvimento de fobias, obsessões etc <sup>137</sup>.

Karow relata um dos casos clínicos analisados pela psicanalista recém citada, denominado de “História do Espantalho”, em que podemos ter ideia acerca do mal sofrido pela criança:

Relata a psicanalista que a menor, de 6 anos, aguarda com a mala pronta por ‘horas a fio’ a visita do pai, que muitas vezes são adiadas ou canceladas sem aviso prévio. Frente à expectativa frustrada de ver o pai, a criança entra num processo de intensa angústia, quando passa a se coçar compulsivamente, a ponto de provocar feridas em seu corpo. Prossegue, agregando que quando iniciou a psicanálise apresentava uma imagem muito depreciativa e desvalorizada de seu corpo e rosto, chegando a desenhar uma figura de um ‘espantalho’, afirmando que este a representava: ‘Este sou eu. Sabe para que serve? Para espantar as pessoas’. A menor também tecia comentários do tipo: ‘eu não posso esperar nada do meu pai, ele não liga pra mim, mas também não posso desistir’. [...] ‘Estou cansada disso, vou falar com ele’. Logo depois recua dizendo: ‘Mãe, resolvi não falar nada com meu pai sobre aquele assunto... Achei melhor não falar do passado para não estragar os poucos momentos felizes que eu tenho com ele’<sup>138</sup>.

Não se quer com isso, registre-se, afirmar que haja um dever de prestar afeto – inclusive com sanção jurídica em caso de descumprimento -, mas sim que podem haver danos nas crianças abandonadas em razão disso, frustrando suas legítimas expectativas, o que pode se manifestar de diversas formas, desde doenças psicossomáticas até traumas, acarretando, em consequência, o dever do pai em indenizar, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser vista sob a ótica da tutela integral da criança, da violação do direito operacional do afeto, essencial à vida e à saúde humana, dentre outros inúmeros diplomas que amparam a criança e o adolescente em sua saúde física e psíquica.

<sup>136</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 155.

<sup>137</sup> DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pag. 15, apud KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 243-244.

<sup>138</sup> Ibidem, pag. 243-244.

## 2.6 Instrumentos de tutela da criança em face do abandono afetivo

Antes de adentrarmos ao tema da responsabilidade civil por abandono afetivo propriamente dito, verificável somente quando já concretizado o dano, importante destacar que nosso ordenamento jurídico dispõe de instrumentos destinados a evitar a concretização do dano.

Não sem razão, passou-se a determinar que, em havendo separação entre os pais, o filho deve ficar sob a guarda compartilhada; que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, merecem integral proteção, cumprindo aos pais o dever de assisti-los, cria-los e educa-los com responsabilidade, assegurando-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, o respeito e a convivência familiar, colocando-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, violência etc., conforme se infere da leitura dos arts. 226 e seguintes de nossa Carta Magna.

No que tange ao poder familiar, não é incomum encontrarmos nos livros de direito de família a noção de que referido “direito” não corresponde senão a um direito/dever, não visto exclusivamente sob a ótica dos pais, como também sob o ponto de vista dos interesses do filho, que necessita da participação e do afeto de ambos os genitores para crescer de maneira saudável.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino critica a expressão “poder familiar”, aduzindo que não há, no instituto, um mero direito subjetivo dos pais, um poder como sugere o texto, mas sim verdadeiro dever. Segundo ele,

O estudo da disciplina da autoridade parental no Brasil revela, de pronto, duas peculiaridades essenciais. Em primeiro lugar, trata-se de situação jurídica subjetiva existencial, caracterizada pela atribuição aos pais do poder de interferência na esfera jurídica dos filhos menores, no interesse destes últimos, e não dos titulares do chamado poder jurídico<sup>139</sup>

Outro instrumento de suma importância no direito de família, quase desconhecido pelos intérpretes do Direito de um modo geral, é o da guarda compartilhada (instituída pela recém promulgada Lei 11.698, de 13/06/2008), que tem por escopo uma maior participação de ambos os pais na vida da criança ou do adolescente, afastando a lamentável

---

<sup>139</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina da Guarda e a Autoridade Parental na Ordem Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 305-324, pag. 312.

situação em que um dos genitores (geralmente a mãe) detinha a guarda enquanto o outro (o pai) se transformava em mero visitante <sup>140</sup>.

Tal se deve, segundo acreditamos, à ausência de interdisciplinaridade nas causas que envolvem litígios familiares, sobretudo em comarcas interioranas, em que a precária estrutura do Judiciário raramente proporciona equipe multidisciplinar que possa acompanhar as partes envolvidas no litígio de maneira adequada. Aliás, nossa própria estrutura legislativa não está montada sob sólidas bases interdisciplinares, ao menos não no campo do direito de família, em que a abordagem parece ser muito mais jurídica – estática - do que propriamente social – dinâmica -, como se a família fosse um complexo imutável, engessada nos moldes legais.

Nesse sentido, expressivas são as lições de José Sebastião de Oliveira, *in verbis*:

O jurista afeto à área do Direito de Família, por trabalhar essencialmente com fatores socioafetivos – em especial com os diversos graus de crise pelos quais os membros familiares possam passar -, não pode pretender se enclausurar no mundo normativo essencialmente técnico e com lições exclusivamente jurídicas.

Subjazem à complexidade das relações familiares campos onde o Direito não possui instrumentos hábeis para a sua necessária e indispensável compreensão e alcance: as separações judiciais e os divórcios não são processos instantâneos, mas sim constituem uma evolução legislativa e deteriorante das relações amorosas; o relacionamento do casal e seus filhos, principalmente pós-relacionamentos conjugais, via de regra com consequências traumáticas para esses, traz como origem do problema uma equivocada maneira de trabalhar sentimentos<sup>141</sup>

Esse talvez seja o mais importante passo a ser dado pela ciência jurídica nos casos em que o dano afetivo já estiver consolidado ou em via de se consolidar; caminhar rumo à interdisciplinaridade, consolidar equipes de psicólogos que possam acompanhar o dia a dia das famílias em litígio, realizando, assim, não somente um trabalho jurídico, mas sobretudo social, como sugere a experiência estrangeira. <sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Romualdo Baptista dos Santos, ao discutir as perspectivas da guarda compartilhada, afirma que nossa tradição jurídica experimentou uma espécie de “solução-padrão” em que, após a separação, o pai se convertia em mero visitante. Tal solução, segundo o autor, nunca atendeu de maneira satisfatória aos interesses dos filhos, tendo em vista que relegou papel secundário a um dos pais, tanto na convivência como na participação da vida dos filhos. (SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 157).

<sup>141</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 295-296.

<sup>142</sup> Assim, por exemplo, na França, se o juiz observar alguma espécie de litígio no início do processo a demandar intervenção de equipe multidisciplinar, designa nova audiência para um prazo de 3 (três) meses e determina a realização de mediação familiar, o que pode ocorrer, também, no curso do processo, tudo em prol de uma adequada solução para questões como guarda dos filhos, alimentos, direito de visita etc., podendo ocorrer, ainda, após o processo, sejam revistas as cláusulas em virtude de novos fatos surgidos pós-separação/divórcio (Nesse sentido: Oliveira, *ibidem*, pag. 298).

Conforme destaca a advogada e mediadora familiar Águida Arruda Barbosa, referindo-se aos acordos familiares realizados por meio do Judiciário, embora pareçam pôr fim ao litígio, “não há controle do retorno desses litígios ao Judiciário, mas cabe aos advogados a constatação de que as conciliações, em matéria de Direito de Família, servem para acomodar a sujeira debaixo do tapete. E, um dia, ela começa a aparecer!”<sup>143</sup>.

Nessa perspectiva, assevera a juíza francesa Danièle Ganancia, citada por Águida Arruda Barbosa, que

A natureza dos conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo sofrimento. Assim, os juízes questionam-se sobre o efetivo papel que desempenham nesses conflitos, conscientizando-se dos limites do Judiciário. Daí a insatisfação e o ressentimento dos jurisdicionados, que acreditam na magia do julgamento, como remédios a todos os seus sofrimentos: seu reflexo primeiro, em caso de conflito, é de agarrar-se ao juiz ‘deus ex-machina’, ‘superpai’, que vai lhes ditar suas soluções; sem compreender que nenhuma decisão da justiça poderá solucionar de forma duradoura seu conflito nem substituí-los em suas responsabilidades parentais<sup>144</sup>.

Não há que se olvidar que o Judiciário e o legislativo estão enfrentando problemas antes sequer abordados no mundo jurídico, o que se vê de maneira clara com o reconhecimento das uniões homoafetivas, com os projetos de leis reconhecendo de maneira expressa o valor da afetividade, a participação das equipes multidisciplinares nos processos de família etc., o que demonstra que não estamos alheios à questão da afetividade.

No entanto, fica a crítica construtiva ao nosso ordenamento jurídico, que pode ser melhorado significativamente na questão interdisciplinar.

Outro instrumento de tutela da criança ou adolescente em face do abandono afetivo, que tem ganhado corpo na doutrina pátria, é a tutela inibitória de danos à personalidade, fundamentada principalmente sob o art. 12 do Código Civil de 2002.

Como é cediço, a tutela inibitória é medida tendente a evitar a consumação de uma injusta violação, atuando de maneira preventiva sobre o dano, de modo a inibi-lo<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Instrumento Para a Reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 29-39, pag. 36.

<sup>144</sup> BARBOSA, *ibidem*, pag. 37-38.

<sup>145</sup> Na doutrina de José Miguel Garcia Medina encontramos a seguinte passagem: “A primazia da tutela específica dos deveres de fazer e de não fazer encontra apoio no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. À luz desse preceito, tem-se que a jurisdição apresenta-se como atividade do Estado voltada à realização do Direito, não só restaurando a ordem jurídica violada, mas, também, *evitando que tal violação ocorra*. Presente a ameaça de descumprimento de dever de fazer ou de não fazer, assim, deve-se propiciar o manejo de medidas executivas tendentes à obtenção de tutela específica ou de resultado prático equivalente”(MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2011, pag. 401).

Aline Karow, defendendo a sua aplicabilidade no direito de família, aduz que

Intentada a demanda com pedido liminar, isto é, tutela inibitória de danos em face da atitude do genitor que comete abandono, o juiz, tomando pé da situação e da atitude negligente do genitor não guardião, determinaria que viesse a cumprir as visitas e os deveres de guarda, educação e criação, sob pena inclusive de astreinte<sup>146</sup>.

Em que pese as razões da jurista mencionada, ousamos discordar de seu entendimento neste ponto<sup>147</sup>, embora não nos aprofundaremos no assunto para não se estender além do objeto deste trabalho.

Outro instrumento destinado à tutela da afetividade, podemos apontar a chamada “Lei Clodovil” (Lei n. 11.924/2009, que acrescentou ao art. 57 da Lei de Registros Públicos o §8º), que autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta desde que esses aprovem.

Ainda em sede de tramitação, podem ser apontados os projetos de lei 4.294/2008, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, que propõe a previsão expressa da indenização por abandono afetivo em nosso ordenamento jurídico<sup>148</sup>; projeto lei 3.220/2008, que pretende regulamentar o “parto anônimo”, assim compreendido o direito da mulher em assumir ou não o filho por ela gerado<sup>149</sup>, encaminhando-se o filho à adoção logo após nascer, caso a mãe não queira assumi-lo; projeto de lei do Senado n. 700/2007, que visa deixar expresso no texto do ECA o dever dos pais em prestar afeto aos filhos, bem

<sup>146</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 196.

<sup>147</sup> Em que pese as razões dos expoentes desta corrente doutrinária, acreditamos que a solução não se revela das mais acertadas, uma vez que a relação havida entre pais e filhos deve refletir sentimentos verdadeiros, tais como carinho, amizade, cumplicidade, entrega, reciprocidade etc., incompatíveis com a coercibilidade jurídica. Ao nosso ver, ninguém pode ser obrigado (coercitivamente) a prestar afeto a uma pessoa que não deseja, o que violaria, numa primeira análise, a liberdade individual de cada um, não obstante a Carta Magna apregoe a proteção integral da criança e do adolescente. Nesse sentido, vale conferir as lições de Eduardo de Oliveira Leite, in verbis: “O novo texto constitucional não obriga quem quer que seja a assumir uma paternidade que não deseja. Isto seria mesmo impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, autodoação, gratuidade, engajamento íntimo, independente de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Mas o que o novo texto constitucional não pode aceitar – e nisto deu mostras de intenso realismo, mesmo sacrificando noções tradicionais do direito de família brasileiro – é que o ato irresponsável de pôr um novo ser no mundo possa, sob alegação legal (como ocorria até então) furtar-se das responsabilidades daí decorrentes” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: RT, 1994, pag. 101, apud CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 57-58) (grifo nosso).

<sup>148</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em 08/03/2013.

<sup>149</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=BA359FFA9101235B0462CF5BFF28D961.node1?codteor=552449&filename=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BA359FFA9101235B0462CF5BFF28D961.node1?codteor=552449&filename=PL+3220/2008)> Acesso em 08/03/2013.

como, ainda, impor penalidades administrativa, civil e penal em razão do abandono afetivo<sup>150</sup>; etc.

---

<sup>150</sup> Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/11978.pdf>> Acesso em 08/03/2013.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

#### 3.1 Breves considerações acerca da responsabilidade civil

Como é cediço, o instituto da responsabilidade civil surgiu nas sociedades antigas a partir da vingança privada daqueles que se sentiam ofendidos, o que pode ser visto, por exemplo, na famosa Lei de Talião, conhecida pela retribuição do mal com o mal, do “olho por olho e dente por dente”, embora referida espécie de reprimenda há tempos tenha sido abandonada pela sociedade em prol da composição civil dos danos.

Em nosso direito positivo, ao longo do tempo, foram traçados os fundamentos da responsabilidade civil, ampliando-se suas hipóteses de cabimento, estabelecendo novos elementos que compõem o instituto da responsabilidade civil, flexibilizando os elementos que necessitam ou não estar presentes na conduta do agente, alterando a concepção da finalidade da indenização etc.

No Código Civil de 2002, o instituto está previsto no Título IX da Parte Especial de nosso Código Civil, cujas disposições se estendem a partir do art. 927 deste código.

No entanto, registre-se que o conceito de ato ilícito, fundamental ao estudo da responsabilidade civil, está expresso na parte geral do diploma civil, em seu art. 186, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O art. 927, *caput*, do mesmo diploma, por sua vez, dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Na doutrina, Gagliano e Pamplona Filho afirmam que a palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, que corresponde à obrigação de alguém em assumir com as consequências jurídicas de sua atividade<sup>151</sup>.

Para os autores, pode-se afirmar que a responsabilidade civil

[...] deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008, pag. 1.

<sup>152</sup> *Ibidem*, pag. 9.

Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, preleciona que “em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar”, embora, “haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização [...]”<sup>153</sup>.

Segundo o autor, “os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social”<sup>154</sup>.

Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre o instituto da responsabilidade civil, assevera que

A responsabilidade civil, por ser repercussão de dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *statu quo ante* ou numa importância em dinheiro<sup>155</sup>.

Consoante se extrai das lições dos civilistas citados acima, que representam o entendimento majoritário no âmbito do estudo da responsabilidade civil, o dever de indenizar está relacionado com um injusto desequilíbrio patrimonial e moral, cuja finalidade, em essência, consiste em restaurar o a vítima ao seu estado anterior ao dano.

Com relação ao dano moral, é comum a definição de que são danos extrapatrimoniais, cujo conteúdo não pode ser comercialmente redutível a dinheiro.

Venosa conceitua dano moral como “[..] o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”. Segundo o autor, “nesse campo, o prejuízo transita entre pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa do dano”<sup>156</sup>.

Gagliano e Pamplona filho, da mesma forma, destacam o âmbito em que ocorre o dano nessas hipótese, a saber, nos direitos da personalidade:

[...] o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente<sup>157</sup>.

<sup>153</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. IV. Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pag. 1.

<sup>154</sup> Ibidem, pag. 1.

<sup>155</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. Responsabilidade Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 25.

<sup>156</sup> VENOSA, op. Cit., pag. 49.

<sup>157</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008, pag. 55.

Na doutrina de Maria Helena Diniz, encontramos a definição de dano moral como sendo “[...] a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo”<sup>158</sup>.

Como se vê, os danos morais consistem em prejuízos causados a outrem em sua esfera não patrimonial, notadamente no que se refere a sua esfera de direitos personalíssimos, tutelando valores como a vida, a dignidade, a honra, a imagem etc. No entanto, vale ressaltar que nem toda dor, angústia, humilhação etc. são capazes de gerar o dever de indenizar, uma vez que “o direito não repara qualquer perecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”<sup>159</sup>.

Com efeito, há casos em que o retorno ao *status quo* é impossível, o que fica mais latente no âmbito dos direitos personalíssimos, em que o dano sofrido não pode ser quantificado monetariamente. Porém, embora não haja a possibilidade da reparação da vítima nesses casos, a responsabilidade civil ainda se mostra útil para compensar a vítima pelo dano sofrido, como forma de amenizar a sua dor, ainda que o dano não possa ser desfeito.

Embora hoje a possibilidade de reparação civil em razão de danos morais encontre amparo em doutrina e jurisprudência de maneira majoritária, há pouco tempo atrás alguns juristas ainda se insurgiam em face desta espécie de dano, sob os fundamentos, em síntese, de sua subjetividade, da dificuldade em se aferir a sua extensão, na impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária, da imoralidade da compensação da dor com o dinheiro etc.

Desses fundamentos, hoje superados pela doutrina e pela jurisprudência, alguns ainda remanescem no senso comum, enquanto outros, para piorar, no próprio meio jurídico, o que por vezes prejudica o estudo da responsabilidade civil em outras áreas do Direito, sobretudo no direito de família, em que as relações intersubjetivas se mostram mais intensas, bem como que a solução dos seus problemas, muitas vezes, antes de ser jurídica, envolve somente o diálogo e a compreensão de seus membros.

Assim, por exemplo, no que tange à responsabilidade civil por abandono afetivo, não é incomum argumentos sensacionalistas do tipo “quanto vale o amor?”, ou “a

---

<sup>158</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. Responsabilidade Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, Pag. 88.

<sup>159</sup> *Ibidem*, pag. 90.

indenização como fator de monetarização do afeto” etc., atribuindo à compensação pecuniária um certo ar de imoralidade, como se o vilão da história fosse a pessoa abandonada e a vítima aquela que abandona.

Comentando a suposta imoralidade da compensação da dor com o dinheiro, Maria Helena Diniz assevera que não se está pagando pela dor ou pela tristeza, mas compensando a vítima por um dano sofrido:

Além disso, as tristezas se compensam ou se neutralizam com as alegrias, porém esses fatores de neutralização não são obtidos pela via direta do dinheiro, pois não se está pagando a dor ou a tristeza, mas sim pela indireta, ensejando valores econômicos que propiciassem ao lesado do dano não patrimonial algo que lhe desse uma sensação de bem-estar ou contentamento. **Imoral e injusto seria deixar impune o ofensor ante graves conseqüências provocadas pela sua falta.** A reparação pecuniária de um dano moral imposta ao culpado representa uma sanção justa para o causador do dano moral<sup>160</sup> (grifo nosso).

Com o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, abandonou-se a ideia de mera punição do ofensor, tal como se verificava na Lei de Talião. A composição civil dos danos passou, aos poucos, a ganhar prestígios em todas as legislações. Na modernidade, como é cediço, há hipóteses em que o dever de indenizar prescinde sequer do elemento culpa do responsável pelo dano, o que denota a posição privilegiada da reparação dos danos experimentados na sociedade.

Conforme assevera Aline Karow,

[...] a doutrina da responsabilidade civil começa a trilhar em passos lentos, mas *‘bem definido um novo caminho norte para o instituto, quando o eixo se desloca do elemento ato ilícito e seu causador para a necessidade de compensação do dano injusto sofrido pela vítima’*<sup>161</sup> (grifo do autor).

No mesmo sentido, a jurisprudência pátria<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. Responsabilidade Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 95-96.

<sup>161</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 170. Nesse mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “Com esse perfil, a responsabilidade civil de hoje pouco guarda de similitude com a responsabilidade que foi conhecida e desenvolvida nos anteriores dois séculos. O foco primordial de atenção deslocou-se, nas últimas décadas, de uma preferência por atender o interesse do responsável, por meio da exoneração de sua responsabilidade, para o interesse da vítima e seu direito de ser ressarcida. Trata-se do fenômeno de deslocamento da ênfase de justificação da responsabilidade civil [...]” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil e Contemporaneidade: Retrato e Moldura**. In: \_\_\_\_\_; SIMÃO, José Fernando (Org.) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**, pp. 191-203, pag. 197.

<sup>162</sup> “ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONDUTORA QUE SOFRE MAL SÚBITO, SOBE EM CALÇADA E ATROPELA DIVERSOS PEDESTRES. SITUAÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA CASO FORTUITO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DEVER DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS, INCLUSIVE OS MORAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Embora ainda hoje alguns doutrinadores observem na compensação civil dos danos a finalidade sancionatória<sup>163</sup>, filiamo-nos ao entendimento exposto por Aline Karow, para quem a “prevenção e repressão do ato ilícito resultam da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização”<sup>164</sup>.

A indenização por abandono afetivo, assim como nos demais casos, não visa punir a conduta omissiva do pai, obrigando-o a prestar afeto ao filho, pois, como dissemos anteriormente, acreditamos que ninguém pode ser obrigado (coercitivamente) a prestar afeto a uma pessoa que não deseja. O que se tutela, nesses casos, não é a paternidade em si, como se a indenização tivesse o intuito de punir os pais irresponsáveis; tutelam-se, sim, os interesses das crianças e adolescentes, fazendo jus à indenização nos casos em que do abandono lhe decorram danos psíquicos.

Nesse caso, como medida de punição, caberia a destituição do poder familiar, embora tal medida não passa senão de um prêmio àquele que abandonou os filhos, desligando-se agora completamente da vida dos filhos que trouxe ao mundo.

---

**A responsabilidade civil contemporânea tem seu foco na vítima que sofreu dano injusto. Busca-se reparar todo o dano injustamente causado, tendo-se por injusto o dano para o qual a vítima não deu causa. Entre um agente causador que não tenha agido com culpa e uma vítima inocente que sofreu dano, sem também incorrer em qualquer culpa, a responsabilidade civil posiciona-se ao lado da vítima.**

Embora não haja responsabilidade penal em tal circunstância, existe, sim, responsabilidade civil.

Enquanto a responsabilidade penal tem seu foco sobre o agente causador do fato típico e se preocupa em impor uma pena a quem revelou uma falha comportamental, a responsabilidade civil tem seu foco na vítima, buscando ampará-la. **Para tanto, não é crucial que o agente causador tenha agido com culpa, uma vez que nosso sistema jurídico admite amplíssimas hipóteses de responsabilidade objetiva.**

[...]” (TJRS – Recurso cível 71001727908 – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Eugênio Facchini Neto – j. em 23.09.2008) (grifo nosso).

“REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE CRIME DE FURTO EM PROGRAMA DE RÁDIO, APONTANDO-SE O DEMANDANTE, EQUIVOCADAMENTE, COMO O AUTOR DO FATO DELITUOSO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS IN RE IPSA.

[...]

**A responsabilidade civil contemporânea não tem como objetivo precípuo punir o agente causador do dano (caso em que seria essencial a caracterização de ato ilícito), mas sim busca garantir o ressarcimento de qualquer dano injusto sofrido pela vítima, o que inclui, excepcionalmente, também atos lícitos”.** (TJRS – Recurso Cível 71001570308 – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Eugênio Facchini Neto – j. em 13.05.2008).

<sup>163</sup> Venosa, por exemplo, ao referir-se ao dano moral, assevera que “existe também cunho punitivo marcante nessa modalidade de indenização, mas que não constitui ainda, entre nós, o aspecto mais importante da indenização” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. IV. Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pag. 51).

<sup>164</sup> DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11ª ed. atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 999, apud KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 268.

### 3.2 Responsabilidade civil no direito de família

Embora há tempos seja reconhecido o direito de reparação civil em face de danos injustos perpetrados por outrem, apenas há pouco tempo o instituto passou a ser analisado à luz das relações familiares, o que decorre, sobretudo, da cultura patriarcal instalada em nossa sociedade dos séculos passados.

Na história da humanidade, Gagliano e Pamplona filho destacam a existência de antigos códigos que já traziam em seu bojo a previsão da responsabilidade civil nas relações de direito de família.

Assim, por exemplo, no Antigo Testamento da Bíblia Sagrada, no livro de Deuteronômio (22:13-19), o homem que, deitando-se com uma mulher dada em casamento por seu pai, rejeitá-la posteriormente em razão da ausência de sinais de virgindade, poderá ser castigado pelos anciãos da cidade, “e, multando-o em cem ciclos de prata, os darão ao pai da moça, porquanto divulgou má fama sobre uma virgem de Israel. Ela ficará sendo sua mulher, e ele por todos os seus dias não poderá repudiá-la”.<sup>165</sup>

Da mesma forma se verificou na mitologia da Grécia antiga, segundo Gagliano e Pamplona Filho, *in verbis*:

Já o próprio Homero, na Odisseia (rapsódia oitava, versos de 266 a 367), refere-se a uma assembleia de deuses pagãos, pela qual se decidia sobre reparação de dano moral, decorrente de adultério. Hefesto, o marido traído, surpreendeu em flagrante, no seu próprio leito, a infiel Afrodite, com o formoso Ares. Tendo o ferreiro Efestos reclamado aos deuses uma providência, estes condenaram Ares a pagar pesada multa, informação esta que, mesmo mitológica, já demonstra o hábito da compensação econômica pelos danos extrapatrimoniais<sup>166</sup>.

Outro exemplo, no §3º do cânone 1.017 do antigo Direito Canônico eram previstas as “arras sponsalícias”, que se configuravam como cláusula penal no caso de um dos noivos romper a promessas de casamento.

De um modo geral, a ideia da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares não é nova, porém somente passa a ter seu lugar reconhecido nos ordenamentos jurídicos a partir da metade do século XIX, com as alterações sociais verificadas, sobretudo, no âmbito da família.

---

<sup>165</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008, pag. 60.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pag. 61.

Segundo Silvano Andrade de Bomfim, “a ideia de impor-se por lei qualquer reparação contra o cônjuge desleal ou contra seu cúmplice representava, por si, verdadeira humilhação”, e que “a perseguição de indenização pelo insucesso do matrimônio ou pelo fim do amor, quando inexistente qualquer mácula adúltera, parecia que jamais adentraria os tribunais”<sup>167</sup>.

Conforme ressalta Silvano Andrade de Bonfim, a posição da doutrina frente a indenização dos danos e prejuízos derivados das relações familiares foi negativa até depois da segunda metade do século XIX, e só se referia a situações surgidas de causas de imputação culposa de divórcio<sup>168</sup>.

Como é cediço, não há em nosso ordenamento jurídico atual qualquer norma que trate, especificamente, da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. No entanto, vale ressaltar que nossas cortes superiores já concluíram pela possibilidade da aplicação das cláusulas gerais de responsabilidade civil (art. 186 C/C 927 e seguintes, do CC/02) nas relações familiares, a demandar a apreciação da conduta, dolosa ou culposa, o dano e o nexo de causalidade.

Assim, por exemplo, não são tão recentes as ações de indenização pela “quebra dos esponsais”, indenizações decorrentes da traição de um dos cônjuges e, mais recentemente, pelo abandono afetivo ou pela alienação parental perante os filhos do casal.

“Como em todas as demais relações existenciais”, destaca a civilista Maria Celina Bodin de Moraes, “onde tiver havido lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade terá havido dano moral indenizável”<sup>169</sup>.

Não sem razão, a doutrina tem se mostrado inclinada a admitir as lesões referidas acima como violações diretas aos direitos da personalidade das pessoas, na medida em que ditas lesões afetam diretamente os valores inerentes à pessoa em sua individualidade, um dos postulados maiores de tutela da dignidade humana nos dias atuais.

---

<sup>167</sup> BOMFIM, Silvano Andrade do. A aplicação do Instituto da Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Org.) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**, v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 409-441, pag. 410.

<sup>168</sup> Ibidem, pag. 410.

<sup>169</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 399-415, pag. 409.

Referindo-se aos direitos da personalidade, Cézar Fiuza, após analisar as classificações existentes sobre o tema na doutrina pátria, assevera que

As propostas de subdivisão dos *Direitos da Personalidade* em apenas dois grupos parecem ter recebido maior guarida tanto da doutrina pátria quando da comparada.

Desta forma que vem a doutrina preferindo a criação e sistematização de classes abstratas dos *Direitos da Personalidade*, sempre passíveis de complementação e desenvolvimento. Há assim, a fixação de dois grupos: [...] No primeiro grupo estão o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. No segundo grupo, o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome, o direito moral do autor. (grifos do autor)<sup>170</sup>

Em sentido semelhante, definição que goza do prestígio da doutrina pátria é aquela de autoria de Carlos Alberto Bittar, para quem os direitos da personalidade seriam aqueles reconhecidos à pessoa humana, tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade tais como a vida, a higidez física, a intimidade etc.<sup>171</sup>

Destas breves lições, percebe-se que os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados à própria noção de dignidade humana, na medida em que esta última pode ser definida como a qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, como valor que o identifica como tal, havendo na doutrina autores que equiparam ambos os princípios.<sup>172</sup>

Nessa perspectiva de concretização da dignidade humana, os estudiosos têm sugerido na doutrina uma nova faceta dos direitos da personalidade, compreendida como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, que pode ser apontado genericamente como a garantia de liberdade debitada às pessoas para que exerçam seus direitos de modo a lhes assegurar a realização pessoal, sobrelevando o aspecto existencial do ser humano.

José de Oliveira Ascensão, ao abordar o referido princípio, destaca a tutela do livre desenvolvimento da personalidade sob a ótica da respeitabilidade dos valores do próximo, o que pode ser extraído da seguinte passagem:

<sup>170</sup> FIUZA, Cézar. Teoria Geral dos Direitos da Personalidade. In: \_\_\_\_\_(Org.). **Curso Avançado de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 109-128, pag. 116.

<sup>171</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pag. 164, apud FIUZA, ibidem, pag. 118.

<sup>172</sup> Nesse sentido são as lições de Cézar Fiuza, senão vejamos: “No Brasil, a sede principal dos *Direitos da Personalidade* é a própria Constituição, É ela que prevê de forma, pode-se dizer, implícita, a *Cláusula Geral de Tutela da Personalidade*, ao eleger como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente” (grifos do autor) (Ibidem, pag. 125).

O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projeto, que o homem deve realizar em comunhão, mas também em autonomia. Daqui resulta que só o que estiver eticamente fundado na pessoa cabe no Direito da Personalidade. O que não atingir esta essência não passa os umbrais deste ramo do direito. Porque só a densidade ontológica da pessoa humana justifica a autonomização desta categoria e o regime a que fica submetida.

Todo o direito da personalidade desemboca, assim, na garantia do desenvolvimento da personalidade de cada um. Desenvolvimento que supõe o silêncio, mas supõe também o outro. Propicia a aventura pessoal de cada, mas num fundo que não pode deixar de ser o da comunhão e da solidariedade.<sup>173</sup>

Como se vê, referido princípio está fundado, basicamente, no respeito exigido de todos nós, sobretudo do próprio Estado, com relação às diferenças de cada um, garantindo-se a todos o livre exercício de seus direitos fundamentais, independente de cor, classe, etnia etc.

Nesse sentido são as lições de Luciany Michelli Pereira dos Santos, para quem

Quanto ao conceito de desdobramento da personalidade, quer parecer que este se refere à faculdade, assegurada a qualquer pessoa, de que sua personalidade possa se desenvolver em seus aspectos físicos, psíquicos e morais de forma plena e com a mais ampla liberdade possível.<sup>174</sup>

Discute-se, então, a partir deste desdobramento dos direitos da personalidade, a respeito do reconhecimento das relações homoafetivas, acerca da possibilidade de realização de cirurgias de transgenitalização e de mudança de sexo, bem como de inúmeras outras situações outrora enfrentadas de maneira extremamente preconceituosas pela própria ordem jurídica, de modo a garantir a realização pessoal daqueles que não se encaixam nos “padrões” estritos de nossa legislação em vigor, o que tem contado com a adesão dos doutrinadores pátrios no sentido garantir a mais ampla tutela aos direitos fundamentais a todos, indistintamente.

Nesse sentido, pode-se afirmar, com espeque nas lições de Silvano Andrade de Bomfim, que “[...] a ofensa à dignidade da pessoa humana nas relações familiares está diretamente relacionada com os direitos da personalidade [...]”<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> ASCENÇÃO, José Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista Forense, v. 342, pag. 128-129, apud SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **Conflito entre o direito à integridade psíquica e moral e o direito ao livre desdobramento da personalidade: Homossexualismo e liberdade de crença.** Pag. 110. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/158/55>> Acesso em: 23.05.2013.

<sup>174</sup> Ibidem, pag. 111.

<sup>175</sup> BOMFIM, Silvano Andrade do. A aplicação do Instituto da Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Ferrnando (Org.) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**, v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 409-441, pag. 416.

De outro lado, muito se tem discutido na doutrina acerca da responsabilidade civil nos casos de culpa na separação, se há ou não o dever de indenizar. Parece-nos que a doutrina majoritária entende pela possibilidade do dever de indenizar a cargo daquele que der causa à separação, o que vai desde o rompimento da promessa de casamento até a infidelidade.

No entanto, é ponderável a corrente que pugna pelo respeito ao princípio da liberdade de casar e da autodeterminação, que também decorre, numa primeira análise, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Respondendo à pergunta de “qual seria o remédio jurídico para tais violações conjugais?”, referindo-se às violações dos deveres matrimoniais, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que o único remédio cabível seria a separação do casal em razão da ruptura da vida em comum, salvo se “acompanhadas de violência física ou moral, de humilhação contínua durante terceiros ou dos próprios filhos [...]”, quando então haveria o dever de indenizar<sup>176</sup>.

Segundo a autora,

[...] o pagamento de uma indenização, nestes casos específicos, agravaria ainda mais as situações de grave conflito, de verdadeira ‘guerra nuclear’ [...] que normalmente se veem nos juízos de separação e divórcio. As pessoas envolvidas já estão sofrendo mais do que suficiente e pagando todos os seus pecados. **A idéia de se poder tirar dinheiro da situação (*rectius*, tornar concreta a ameaça de tantos: ‘Vou fazê-la/fazê-lo pagar por isso’) acende, ou faz surgir o que há de pior em nós: a cobiça.** Aqui cabe citar a advertência de Flaubert: **‘O que o dinheiro faz por nós não compensa o que fazemos por ele’**<sup>177</sup> (grifo nosso).

Não se quer, com isso, exaurir o tema da responsabilidade civil nos casos de separação culposa, visto não ser este o objeto primordial do estudo, mas sim demonstrar que a perspectiva da responsabilidade civil entre cônjuges difere daquela paterno-filial, tanto em seus fundamentos como em sua extensão.

Nesse sentido são as lições de Maria Celina Bodin de Moraes, *in verbis*:

Diferente, parece-nos, deve ser a abordagem da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais [...]. Somente a título de contribuição ao debate, os dois tipos de relação – conjugal e filial – se diferenciam em muito, tanto estrutural quanto funcionalmente; donde será mais trivial encontrar fundamentos de responsabilização por dano moral neste segundo caso. Onde um tem seus

<sup>176</sup>MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 399-415, pag. 411.

<sup>177</sup> Ibidem, pag. 411.

fundamentos, como analisei, na liberdade e na igualdade, o outro fundamenta-se justamente na responsabilidade<sup>178</sup>.

Feita essa breve ressalva, sem embargo de eventual possibilidade de indenização no âmbito das relações conjugais, passamos à análise dos elementos da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

### 3.3 Responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial: subsunção dos danos aos elementos genéricos do instituto da responsabilidade civil

Como é cediço, a doutrina da responsabilidade civil está fundada, basicamente, sobre três elementos, a saber: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Embora não haja norma expressa prevendo a responsabilidade civil por abandono afetivo – no momento há projetos de lei tramitando nesse sentido –, a jurisprudência pátria não ficou alheia ao problema e, logo que acionada, cuidou de estender a proteção genérica do instituto da responsabilidade civil aos litígios familiares.

Com relação aos focos de resistência na seara jurídica, como aqueles que negam veementemente qualquer direito dos filhos prejudicados pelo abandono paterno em reclamarem judicialmente dos pais uma justa indenização, acrescentamos, além da resistência injustificada de alguns profissionais com relação à análise interdisciplinar dos casos, como visto acima, o desvio de perspectiva na apreciação das ações indenizatórias.

Isso porque, conforme bem ressalta Aline Karow em seu estudo aprofundado acerca do abandono afetivo, “a tese dos opositoristas [...] vislumbra o dano injusto; entretanto, diz não haver fato antijurídico, limitando-se a justificar a impossibilidade da indenização em face de que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a mesma”<sup>179</sup>.

<sup>178</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 399-415, pag. 414. Vale conferir, nesse sentido, as lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em que a autora destaca a relação única verificável entre pais e filhos: “A relação paterno-filial não é marcada pela **transitoriedade** – como, de resto, é a característica intrínseca das relações de conjugalidade, entre as quais se incluem tanto as relações derivadas do casamento quanto as derivadas da união estável. O fato de ser a relação paterno-filial **inamovível e perpétua** lhe confere um traço ímpar, distinto de tudo o mais que se queira apreciar, em paralelo ou em comparação, na esfera do Direito de Família, ou no núcleo familiar. **Esse traço diferencial, associado ao fato de não existir qualquer outra relação humana com maior potencialidade afetiva do que esta – natural e atávica –, é, provavelmente, o embrião do que se possa querer entender por direito ao pai**” (grifo nosso) (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. pag. 18, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013.)

<sup>179</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 214.

Nessa esteira, costuma-se defender a ausência de ilicitude na conduta dos pais em razão da impossibilidade jurídica de impor a alguém a obrigação de amar/de prestar afeto, o que se revela, no entanto, em argumento frágil e alheio ao problema do abandono afetivo, que não deve ser visto como uma violação da paternidade em si, mas sim do direito da criança e do adolescente em crescer na companhia dos pais, sob a ótica dos danos experimentados por estes últimos.

Conforme ponderamos acima, o intérprete do Direito deve rechaçar condutas impregnadas de má-fé, que buscam locupletamento indevido, cabendo aos intérpretes do Direito “separar o joio do trigo”, nas palavras de Aline Karow. Assim, na análise de processos dessa natureza, deve-se levar a efeito uma análise objetiva dos danos afetivos, buscar por seus elementos caracterizadores e hipóteses excludentes de ilicitude, circunstâncias estas a serem observadas no arbitramento da indenização, bem como, ainda, para afastar a famigerada “indústria do dano moral”, decorrente da “vitimização” existente hoje em nossa sociedade.

É certo que nossa ordem jurídica não pode obrigar ninguém a amar, o que contraria não só a liberdade individual de cada um, mas, sobretudo, a própria ideia de paternidade, vista como uma relação gratuita de carinho e autodoação. No entanto, mais correta ainda é a afirmação de que nossa ordem jurídica não tolera passivamente a conduta de inúmeros pais que, de maneira irresponsável, furtam-se de suas responsabilidades e abandonam seus filhos como se fossem objetos, que podem ser comprados em um dia e abandonados em uma estante no outro.

Nessa perspectiva, firmou-se, no plano internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989, que dispõe em seu art. 7 que “1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”, bem como, ainda, “2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida”.

Em nossa ordem jurídica interna, não faltam dispositivos que disciplinam o dever dos pais pelo cuidado dos filhos, cujo pontapé inicial, com efeito, pode ser atribuído ao art.

227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que preconiza a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, dispõe acerca da obrigatoriedade dos pais em matricular os filhos na rede regular de ensino (art. 54), do direito da criança e do adolescente a ser criado e educado no seio de sua família (art. 19), incumbindo aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22) etc.

O Código Civil de 2002, por sua vez, prevê a responsabilidade de ambos os pais no que tange ao sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566, IV), privilegiando, ainda, a aplicação da guarda compartilhada no caso de separação entre os genitores (art. 1.584, §1º), de forma a propiciar ao menor que desfrute da companhia de ambos os genitores, o que releva a importância atribuída à vida afetiva do menor.

De todos os dispositivos e valores incorporados à nossa ordem jurídica, não há que se falar que a criança não tenha verdadeiro direito à presença afetiva dos pais em sua vida, de modo que eventual conduta omissiva e negligente dos pais - ou mesmo comissiva - que importar no abandono do filho implica, igualmente, na violação dos direitos deste<sup>180</sup>.

Como vimos no item 3.1, retro, o foco primordial de atenção da responsabilidade civil deslocou-se nas últimas décadas para o interesse da vítima, privilegiando-se seu direito de ser ressarcida, ao passo que a responsabilidade passa cada vez mais a ficar a cargo do responsável pelo dano.

Nessa perspectiva, Giselda Hironaka, remetendo-se às lições de Facchini Neto e Konrad Zweigert & Hein Kötz, destaca a importância da responsabilidade civil pós-moderna, que consiste, basicamente “[...] em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devem ser transferidos para o lesado ao

---

<sup>180</sup> Nesse sentido as lições de Rodrigo da Cunha Pereira, um dos precursores do tema em nosso país, in verbis: “Afim, o sofrimento faz parte da vida e os adultos são responsáveis pelos seus encantos e desencantos amorosos. Mas os pais são responsáveis pela educação de seus filhos, sim, e pressupõe-se aí, dar afeto, apoio moral e atenção. O dano não é pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito. Qual direito? O mal exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho, insista-se; abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. Os menores têm direito não só ao nome de filho mas também ao ESTADO DE FILHO. A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de tornar-se mera regra moral. Uma das razões da existência da lei jurídica é exatamente a de obrigar e colocar limites em quem não o tem. A lei jurídica, externa ao indivíduo, é para aqueles que não a têm internamente, isto é, para quem não age conforme os preceitos éticos e morais internalizados pelo seu próprio espírito. Se todos agissem com retidão, não haveria necessidade da lei jurídica. O Direito só existe porque existe o torto (Del Vecchio)” (PEREIRA Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/392>>. Acesso em 10/03/2013).

autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade”<sup>181</sup>.

José Maria López Olaciregui, ao discorrer sobre o deslocamento do foco da responsabilidade civil atual, propõe a superação do ato ilícito para o dano injusto, que pode se verificar de dois modos distintos, a saber: por ter sido injustamente causado ou por ser injusto que o suporte quem o sofreu<sup>182</sup>.

Nesse mesmo sentido, Luiz Edson Fachin propõe uma “reprogramação do dever de indenizar” por meio da qual a pessoa passe a figurar no epicentro do instituto da responsabilidade civil, senão vejamos:

A pessoa humana foi, com justa causa, elevada ao patamar de *epicentro dos epicentros*. Como consequência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima. Consolida-se a ideia de compensação pelo sofrimento. O direito civil, por isso, passa a ‘inquietar-se com a vítima’.<sup>183</sup>

Uma vez admitida esta teoria, que, aliás, já conta com vários adeptos tanto na doutrina pátria como na estrangeira, prescindir-se-á do elemento ilicitude, substituído que será pelo elemento “dano injusto”, por meio do qual deve o ordenamento jurídico verificar, entre os inúmeros eventos danosos quotidianos, quais devem ou não ser suportados pela vítima do dano e quais devem ser arcados pelo próprio autor deste, isso tudo dentro de uma ótica de razoabilidade e de paz social.

Desta forma, ainda que se sustente a ausência de ilicitude na conduta do pai que abandona afetivamente o filho, não há que se olvidar que os danos daí decorrentes à criança ou ao adolescente não se afiguram como justos perante nossa ordem jurídica e seus valores satelitários, sobretudo quando verificados estes danos sob o aspecto da lesão ao direito do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, cuja lesão vai de encontro à própria noção de dignidade da criança ou do adolescente.

<sup>181</sup> In: FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151 e ss., apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. pag. 22, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013.

<sup>182</sup> “La teoría del responder civil no debe ser construída como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños. [...] Se trata de evitar el daño injusto... un daño civil puede ser injusto tanto por haber sido injustamente causado como por el hecho que sea injusto que lo soporte quién lo sufrió” (José Maria López Olaciregui. Esencia e fundamento de la responsabilidad civil. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año II, n. 64, agosto, 1978 apud HIRONAKA, op. Cit., pag. 22.

<sup>183</sup> FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. In: **Revista Jurídica – Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 58, n. 397, pp. 11-19, nov. 2010, pag. 15.

Não há dúvidas de que esta teoria proposta pela doutrina, e que aqui aderimos, atende mais satisfatoriamente a dinâmica social verificada hodiernamente, tutelando mais amplamente os valores existenciais da pessoa humana, respeitando, assim, a concretização de um dos postulados de maior abrangência de tendência internacional nos dias de hoje, consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, aliás, vale mencionar importante teoria acerca da responsabilidade civil relacionada à esfera extrapatrimonial da pessoa, conhecida na doutrina como “teoria dos danos à personalidade”<sup>184</sup>, que se remete à ideia secular de que à ninguém é dado lesar outrem.

Os direitos da personalidade, como visto alhures, podem ser definidos como aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, tais como a vida, a higidez física, a intimidade etc.<sup>185</sup>

Para os defensores desta teoria, de um modo geral, a despeito da omissão legislativa, as ofensas perpetradas em face dos direitos da personalidade de outrem ensejam responsabilização objetiva, que pode ser aferida, por exemplo, por meio da vertente do risco criado, segundo o qual aquele que criou um risco a outrem para satisfazer interesse seu deve responder por eventuais danos dele resultante.

Aqueles que pensam assim se remetem à ponderação dos interesses em jogo nos casos concretos, caso em que não há que se olvidar da prevalência dos postulados da dignidade da pessoa humana e da tutela integral dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, vale conferir as lições de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

A tendência, flagrante em nosso direito pátrio, é que se indenizem os danos causados de forma objetiva, ou seja, independentemente da culpa do agente lesante. A força da tese objetiva no campo dos danos aos direitos da personalidade é ainda maior, já que há uma valoração atribuída pelo direito (fato, valor e norma) de que os bens extrapatrimoniais deverão ser protegidos e indenizados. Aliás, numa escala de respeitabilidade dos direitos e interesses, na hipótese de conflitos, são, nessa ordem, prevaletes os direitos seguintes: 1) preponderam os interesses juridicamente protegidos sobre os demais interesse sem conotação ou importância jurídica; 2) dentro do campo dos interesses

---

<sup>184</sup> Conforme visto anteriormente, em termos psicanalíticos, pode-se afirmar que “[...] o termo personalidade tem um sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser. E da forma como o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros”. (GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 439-455, pag.447).

<sup>185</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pag. 164, apud FIUZA, ibidem, pag. 118.

juridicamente protegíveis, temos a proteção nessa ordem: direitos extrapatrimoniais (bens da personalidade), reais e os pessoais. Por fim, numa escala de interesses, tem-se: a predominância dos interesses difusos sobre os coletivos; os coletivos sobre os individuais homogêneos e, por fim, os interesses individuais homogêneos preponderam na escala protetiva sobre os individuais sem conotação social.

[...]

Pelo exposto, a responsabilidade civil em relação aos direitos da personalidade tem como fundamento a responsabilidade objetiva, não só por se tratar de relação jurídica entre o Estado e o indivíduo, em vista do texto constitucional de 1988 (art. 37, inciso XXI, §6º), mas também por se tratar de direitos da personalidade. Parece-nos que a responsabilidade quanto aos danos a tais direitos independeriam da culpa do agente, a despeito de ter sido praticado o ato lesivo pelo Estado, pois quem causa fato ofensivo (fato ilícito) ao direito a que se refere responderá pela ofensa.<sup>186</sup>

Como se vê das lições colacionadas acima, a análise última da ilicitude do fato, notadamente nos casos de abandono afetivo, deve preponderar não uma suposta obrigação de amar, como querem os opositoristas da responsabilização por abandono afetivo, mas sim a existência de um dano injusto. Não será o abandono afetivo, por si só, que irá acarretar o dever de indenizar, visto que a criança ou o adolescente pode crescer ao lado de uma figura paterna diferente de seu pai, tal como, por exemplo, um padrasto, um tio, um vizinho etc., sem que desenvolva qualquer dano psicológico.

Seja pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva pelos danos à personalidade ou pela mais recente vertente da teoria da responsabilização civil do “direito de danos”, o certo é que nossa ordem jurídica não pode tolerar passivamente uma injusta violação aos direitos da personalidade do filho abandonado afetivamente, notadamente quando os danos verificados decorram da injusta violação de um dever jurídico imposto constitucionalmente, tal como é o caso da paternidade responsável e os deveres de guarda e companhia.

Conforme visto alhures, na esteira de Romualdo Baptista dos Santos, interdependência e responsabilidade são as palavras-chave para caracterizar o dever de afeto que deve permear as relações de família, fundamento suficiente, por si só, para justificar a impossibilidade de irresponsabilidade não punida com relação ao pai que abandona afetivamente um filho seu.

A injusta violação do direito da criança ou do adolescente abandonado decorre, portanto, da ausência da afetividade paterna em sua vida que, conjugada com o

---

<sup>186</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002, pag. 27.

desenvolvimento de danos psíquicos, acarretem violações aos seus direitos personalíssimos.

Sob outro enfoque, poderíamos afirmar, ainda, que em havendo danos psíquicos nas crianças ou adolescentes abandonados, ocorre uma injusta violação só pelo fato de ser injusto ou não razoável que estas suportem as consequências do ato negligente ou doloso de seus pais, ainda que se considere que o amor não pode ser imposto coativamente.

De toda forma, ainda para aqueles que insistem na análise do abandono afetivo a partir da clássica teoria da responsabilidade civil, em que se faz necessária a presença do ato ilícito – diferente daquilo que ora defendemos ao propor a adoção da teoria do direito de danos -, não há que se falar na não responsabilização dos pais que abandonam afetivamente os filhos. Isso porque, conforme se infere das lições da mais autorizada doutrina civilista, a ilicitude decorre não só da violação de norma mandamental expressa – a exemplo da norma que impõe a todos não causar dano a outrem -, como também da violação de um dever imposto pela ordem jurídica, ainda que implicitamente, como é o caso dos pais que deixam de atender aos ditames legais relativos à paternidade responsável e o dever de guarda dos filhos.

Ao discorrer sobre a ilicitude do ato, Venosa o conceitua a partir da transgressão de um dever jurídico imposto ao agente, como se vê de suas lições: “o ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever”<sup>187</sup>.

Maria Helena Diniz, por sua vez, define o ato ilícito a partir da violação de interesses alheios, senão vejamos:

O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. [...] O ato ilícito é praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão<sup>188</sup>.

Conforme preleciona Ribeiro Farias, “a ilicitude traduz-se na violação de outrem, aliada à conduta negligente em sentido lato (compreensiva, portanto, da imprudência e da

<sup>187</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. IV. Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pag. 25.

<sup>188</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. Responsabilidade Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 40.

imperícia), na seqüência de um fato voluntário, ou na inobservância dos deveres objetivos de conduta”<sup>189</sup>.

Mesmo aqueles que entendem pela ausência do dever de prestar afeto não ousam discordar de que a criança necessita desse elemento em sua vida. Todos sabemos da importância de uma família bem estruturada emocionalmente na construção da personalidade da pessoa. Se não há um dever de prestar afeto por parte dos pais, há, por outra via, um direito por parte dos filhos, que uma vez violado abre ensejo à utilização dos instrumentos jurídicos de tutela da integridade psíquica.

Conforme preleciona Aline Karow,

[...] não há sombra de dúvida que a saúde emocional do menor, o seu psicológico, está protegido juridicamente em função do próprio desenvolvimento de sua personalidade. Constatada a lesão a um bem tutelado juridicamente há dano e todo dano injusto deve ser indenizado<sup>190</sup>.

Na doutrina, especificamente quanto à responsabilidade por abandono afetivo, vários são os entendimentos sustentados, as teses erigidas, tudo em prol do consequente reconhecimento do dever de indenizar.

Giselda Hironaka, por exemplo, entende como necessário para a configuração do dever de indenizar a presença de dois elementos, a saber: a existência afetiva e o abandono culposo. Segundo ela,

O pressuposto desse dever de indenizar – além da presença inofismável do dano – é existência efetiva de uma relação paterno-filial em que ocorreu, culposamente, o abandono afetivo, pouco importando as circunstâncias múltiplas que possam ter originado a relação paterno-filial.<sup>191</sup>

Outros, a exemplo de Marcos Catalan, defendem a tese de abuso de direito por parte dos pais que abandonam os filhos. Segundo o professor da Unisinos,

O poder familiar ou poder parental [...], sientiza-se no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com o escopo de proteger e educar seus filhos; prerrogativas estas que devem ser exercidas adequada e moderadamente e que ultrapassadas, poderão implicar violação à cláusula geral do abuso de direito e, por conseguinte, serem sancionadas negativamente<sup>192</sup>.

<sup>189</sup> FARIA, Ribeiro. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almeida, 1990, v.1, pag. 1990, apud KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag 184.

<sup>190</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 250.

<sup>191</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. pag. 24-25, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013.

<sup>192</sup> CATALAN, Marcos. Primeiras Reflexões sobre o Abuso de Direito nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Org.). **Ensaio sobre**

Como é cediço, uma vez reconhecido o abandono afetivo como abuso de direito, poder-se-ia até mesmo questionar a necessidade da presença do elemento culpa para a configuração do dever de indenizar, embora entendemos que esse não seja o melhor caminho a ser trilhado, haja vista a imprescindibilidade de outros elementos para a configuração do dano injusto, delineados adiante.

Como se vê, a aplicação do instituto da responsabilidade civil no que tange ao abandono afetivo deve, necessariamente, passar pela aferição dos pressupostos gerais elencados acima, a saber, a conduta, o dano e o nexo de causalidade, sem os quais os supostos danos não passam de mera especulação.

Não obstante os pressupostos gerais apontados, sem embargos de outras teses defendidas pelos doutrinadores pátrios, entendemos necessários maiores elementos para a caracterização do dever de indenizar, como veremos adiante.

### **3.4 Pressupostos específicos para o reconhecimento da responsabilidade por abandono afetivo**

Além dos elementos genéricos que compõem a responsabilidade civil, podemos acrescentar outros específicos com relação ao abandono afetivo paterno-filial, haja vista suas características peculiares. Isso porque nem todo abandono afetivo pode ser atribuído ao pai a título de culpa, ainda que acarrete danos psíquicos à criança ou ao adolescente, sobretudo se considerada a dinâmica da vida em sociedade nos dias de hoje.

Para tanto, seguiremos os elementos confeccionados por Aline Karow em seu estudo acerca do abandono afetivo<sup>193</sup>, que podem ser sintetizados da forma a seguir exposta.

#### **3.4.1 Conhecimento sobre a existência do filho e possibilidade do exercício do poder familiar**

O sujeito passivo pode ser tanto o pai quanto a mãe, biológico ou civil (adoção, por exemplo), bem como, ainda, por terceiro que detenha formalmente a guarda da criança (paternidade socioafetiva).

---

**Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade.** v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 259-283. pag. 273-277.

<sup>193</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo:** Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 222-228.

Exige-se do sujeito passivo, por outro lado, o conhecimento sobre a existência do filho e a possibilidade de exercício do poder familiar, uma vez que não pode responder por abandono afetivo, obviamente, aquele que sequer sabia da existência do filho, bem como, ainda, aquele que teve a paternidade ou maternidade retirada por fato exclusivo de terceiro, tal como, por exemplo, pelo sequestro da criança<sup>194</sup>.

Desse modo, não justifica o abandono afetivo do pai o fato de, após se separar da mãe da criança, perder o contato com o filho em razão de mágoas com a mulher. Como já pontuou Giselda Hironaka, a criança não se divorcia dos pais!<sup>195</sup> Infelizmente, muitos pais ainda hoje enxergam seu papel no âmbito da família como mero provedor – reflexo de nossa cultura patriarcal, como vimos acima -, mantendo-se afastados da vida afetiva do filho como se tais funções pertencessem unicamente à genitora.

Como é cediço, a situação piora nos casos em que o relacionamento chega ao fim de maneira conturbada, caso em que não raras vezes os filhos se deparam em meio ao “fogo cruzado” verificado entre os pais, que, por sua vez, ao invés de ponderar pelos interesses dos filhos, preferem utilizá-los como verdadeiras “armas” contra o outro, buscando concretizar a ameaça de tantos: “Vou fazê-la/fazê-lo pagar por isso”.

Rolf Madaleno, referindo-se a esse problema tão comum nas relações familiares em crise, preleciona que

Justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis

<sup>194</sup> “APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO. ABANDONO MORAL, INTELECTUAL E MATERIAL. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. ALIMENTOS. Indenização por abandono material e moral Ao tempo em que o autor era incapaz ou relativamente capaz, não havia certeza da paternidade nem determinação legal que impusesse ao réu o dever de prestar ao autor qualquer apoio, seja intelectual, afetivo ou material. Caso em que o réu não praticou ato ilícito. Motivo pelo qual não procede a pretensão indenizatória por suposto abandono. Alimentos Tendo o alimentante capacidade para custear a verba no valor fixado, bem como não havendo prova de que a criança precise de alimentos em valor mais elevado, adequada a manutenção da sentença que fixou alimentos em 1,5 salário mínimo. NEGARAM PROVIMENTO”. (Apelação Cível Nº 70039215975, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/02/2013).

<sup>195</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. pag. 1, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013.

irrecuperáveis a auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais<sup>196</sup>.

Como se vê, trata-se de questão que por vezes foge ao controle do genitor que passa a conviver longe da criança ou do adolescente, de modo que não se pode imputar qualquer espécie de culpa em sua conduta, não havendo, pois, o dever de indenizar. No entanto, conforme destacado, esses elementos devem devidamente demonstrados, e, tratando-se de fato modificativo da pretensão da parte reclamante, caberá ao genitor, via de regra, o ônus da prova acerca dessas circunstâncias.

### 3.4.2 Ausência da figura paterna e danos psíquicos sofridos pela criança

Para que haja o dever de indenizar, de outro lado, é necessário, ainda, que não haja na vida da criança outra pessoa que assuma a função da figura paterna ou materna, pois se a ausência afetiva do menor é suprida por terceira pessoa, evitando-se a ocorrência dos danos, não subsistem razões para o ingresso da medida judicial, visto que ausente um de elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, a saber, o dano.

Conforme ressalta Aline Karow,

Não se está diante de um *dano in re ipsa*, mas senão daquele que exige a sua efetiva demonstração. Estes danos podem ser comprovados de diversas formas, através de prova pericial, prova testemunhal, prova documental ou mesmo por intermédio do depoimento sem dano e até de prova emprestada de outros processos, como execuções alimentícias, execução das visitas, ação de tutela inibitória em face da prevenção de danos etc. (original com grifos).<sup>197</sup>

Não obstante possa haver essa figura substituta do pai, deve-se perquirir se esta cumpriu com a função da figura ausente, eximindo o menor de danos, sob pena de persistir a responsabilidade do pai ausente.

Isso porque, há casos em que os casais se separam e reconstróem as suas vidas, unindo-se a novos companheiros, que, não raras vezes, mantém-se alheios ao menor, sem se preocupar com o bem-estar deste. Conforme destaca Aline Karow, em casos tais “[...] a

<sup>196</sup> MADALENO, Rolf. **O preço do afeto**. In Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais (título provisório) (No prelo) apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013, pag. 18.

<sup>197</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 225.

figura deste novo ente até então estranho somente reflete de forma mais nítida a ausência do genitor”<sup>198</sup>.

### 3.4.3 Inexistência de obstáculos impostos por terceiros

Dando continuidade, outro elemento apontado pela autora é a inexistência de obstáculos impostos por terceiros para impedir a relação afetiva entre o genitor e o filho. Nesse caso, como tem sido bastante discutido recentemente, podemos citar a síndrome de alienação parental, em que um dos cônjuges – geralmente o que detém a guarda – desmoraliza a imagem do outro perante o filho, descredibilizando-o como genitor, fazendo com que a criança não tenha vontade de vê-lo.

Realmente alguns casos são extremos e impedem mesmo o convívio do pai com a criança ou adolescente. Apenas para se ter ideia da gravidade do problema, Romualdo Baptista dos Santos registra que “a síndrome de alienação parental também deve merecer tratamento psicológico porque revela um distúrbio comportamental grave, certamente agravado pelo medo de perder a guarda dos filhos”<sup>199</sup>.

Deve ser lembrado, no entanto, que o genitor alienado não pode se acomodar com a situação, mantendo-se passivo frente a situação, devendo ao menos tentar transpor as barreiras opostas pelo outro cônjuge, sob pena de responder pelo seu ato de abandono afetivo.

Pode-se afirmar, dessa forma, que cada caso irá demandar do intérprete do Direito – mormente de seu aplicador –, profunda análise das circunstâncias do caso em concreto. Esses elementos específicos, com efeito, possibilitam-nos aferir com mais clareza os casos de dano injusto, seja em razão da violação de um direito, seja em razão da injusta consequência que recai sobre a vítima, conforme as lições de José Maria López Olaciregui, mencionadas acima.

Uma ressalva que pode ser feita desde já é que a impossibilidade de exercício do poder familiar não se caracteriza tão facilmente, como querem alguns. Assim, um extensa rotina de trabalho, por exemplo, não impede os pais de demonstrarem carinho por seus filhos, de lhe prestarem afeto. O afeto não pressupõe senão que atos de afeto, de carinho. A

---

<sup>198</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 225.

<sup>199</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011, pag. 169.

título de exemplo, Giselda Hironaka cita em um dos seus artigos um texto intitulado de “Nó do Afeto”, de autoria desconhecida, que bem elucida a questão<sup>200</sup>.

Ausentes um desses pressupostos, estar-se-á diante de um caso de não responsabilização na esfera civil.

### 3.5 Julgados pioneiros acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo

Julgado inaugural no sistema jurídico pátrio acerca do abandono afetivo – ao menos o primeiro que ganhou os noticiários do país – teve sua origem no Estado de Minas Gerais, em que o filho, assistido pela mãe, sustentava a ocorrência de danos psicológicos em decorrência da ausência afetiva do pai em sua vida (que teria chegado, inclusive, a ignorá-lo por diversas vezes), pleiteando, com a demanda, a condenação do pai na reparação civil decorrente dos atos de abandono.

O caso está registrado no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sob o processo de Apelação Cível nº 408.550-5, de relatoria do então Desembargador Unias

---

<sup>200</sup> “Em uma reunião de pais numa escola da periferia, a diretora ressaltava o apoio que os pais devem dar aos filhos. Pedia-lhes, também, que se fizessem presentes o máximo de tempo possível. Ela entendia que, embora a maioria dos pais e mães daquela comunidade trabalhasse fora, deveria achar um tempinho para se dedicar e entender as crianças. Mas a diretora ficou muito surpresa quando um pai se levantou e explicou, com seu jeito humilde, que ele não tinha tempo de falar com o filho, nem de vê-lo durante a semana. Quando ele saía para trabalhar era muito cedo e o filho ainda estava dormindo. Quando voltava do serviço era muito tarde e o garoto não estava mais acordado. Explicou, ainda, que tinha de trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por não ter tempo para o filho e que tentava se redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol que o cobria. Isso acontecia religiosamente todas as noites quando ia beijá-lo. Quando o filho acordava e via o nó, sabia, através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado. O nó era o meio de comunicação entre eles. A diretora ficou emocionada com aquela singela história. E ficou surpresa quando constatou que o filho desse pai era um dos melhores alunos da escola. O fato nos faz refletir sobre as muitas maneiras das pessoas se fazerem presentes, de se comunicarem com os outros. Aquele pai encontrou a sua, que era simples, mas eficiente. E o mais importante é que o filho percebia, através do nó afetivo, o que o pai estava lhe dizendo. Por vezes, nos importamos tanto com a forma de dizer as coisas e esquecemos o principal, que é a comunicação através do sentimento. Simples gestos como um beijo e um nó na ponta do lençol, valem, para aquele filho, muito mais que presentes ou desculpas vazias. É válido que nos preocupemos com as pessoas, mas é importante que elas saibam, que elas sintam isso. Para que haja a comunicação é preciso que as pessoas ‘ouçam’ a linguagem do nosso coração, pois, em matéria de afeto, os sentimentos sempre falam mais alto que as palavras. É por essa razão que um beijo, revestido do mais puro afeto, cura a dor de cabeça, o arranhão no joelho, o medo do escuro. As pessoas podem não entender o significado de muitas palavras, mas sabem registrar um gesto de amor. Mesmo que esse gesto seja apenas um nó. Um nó cheio de afeto e carinho”. (NÓ DO AFETO. Disponível em: <<http://www.aliancapelainfancia.org.br/paginas/afeto.htm>>. Acesso em: 15 jul.2005 apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** pag. 20-21, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013.

Silva, com data de julgamento em 01/04/2004. Aline Karow relata o caso da seguinte forma<sup>201</sup>:

Quando concluiu o Ensino Médio, A.F pediu ajuda ao avô paterno para que o convite da missa de formatura chegasse às mãos de seu pai. Até o dia da cerimônia, o garoto teve esperanças de encontrar um homem que não via há 11 onze anos. A missa começou, durou mais de hora e terminou, mas o pai não apareceu. À noite, em vez de sair com a turma para festejar, A. ficou trancado em seu quarto. Não entendia e – ainda não entende – os motivos da rejeição. Aquela não era a primeira vez que o filho procurava o pai. Telefonemas não atendidos e cartas não respondidas foram as tentativas de reaproximação em um relacionamento que acabou sem que A. soubesse a razão. Seus pais, a advogada V.F. e engenheiro V.P.F.O, foram casados durante sete anos: **“A. foi um bebê desejado por mim e pelo meu ex-marido”** afirma. Mas quando o menino completou 3 anos, o casal se separou. V. conta que V. se envolveu com outra mulher e decidiu sair de casa. Ele deixou Belo Horizonte, onde V. ainda mora com A. e foi para Nova Lima, a 20 km da capital mineira. Por mais de três anos V. acompanhou a vida do filho: a cada 15 dias, aos domingos, almoçava com ele e só o devolvia para a mãe no final do dia. A. fazer 7 anos quando V. ganhou uma filha do novo relacionamento e algo entre eles se quebrou. Desde a chegada da meia-irmã, A. hoje com 24 anos, luta para reaver o carinho do pai.<sup>202</sup> (grifo do autor).

Conforme notícia o relato do Desembargador relator do processo, trata-se de recurso de apelação interposto por Alexandre Batista Fortes - menor impúbere representado por sua mãe - contra a r. sentença de primeiro instância que julgou improcedente o pedido inicial de indenização por danos morais ajuizada contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, sob o fundamento, em síntese, de que inexistente o nexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.

Combatendo a noção clássica de poder e dominação inerente à família tradicional de outrora, o Desembargador destacou a importância do afeto e da solidariedade dos pais para com seus filhos, deveres estes consubstanciados na observância do macro princípio da dignidade da pessoa humana, a exigir a tutela integral da criança e seu saudável crescimento, sob pena de violação injusta dos direitos apontados.

O dano restou devidamente demonstrado nos autos, conforme notícia o relator, uma vez que “de acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria

<sup>201</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 146.

<sup>202</sup> O AMOR EM JULGAMENTO. Revista Marie Claire. São Paulo: Globo, n. 172, p. 86-89, jul. 2005, apud KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 142.

identidade”<sup>203</sup>. Segundo o estudo psicológico realizado nos autos, “É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo.” (fls. 72)”.

E foi assim, com base nesses argumentos, que surgiu a primeira condenação por danos morais decorrentes de abandono afetivo que se tem notícia em nosso país, em que a Corte Mineira deu provimento ao recurso do infante para condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, correspondentes a R\$ 44.000,00 na época, causando um certo alvoroço na doutrina desde então. O julgado teve a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O 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. (Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Rel. Des.(a) Unias Silva, julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004)

Inconformado com a decisão do Tribunal Estadual, o genitor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. A comunidade jurídica de um modo geral, em especial os militantes da área familiarista, ficaram ansiosos para conhecer a posição da Corte Superior acerca do tema, visto tratar-se de tema de intensos debates e objeto de inúmeros artigos científicos, representando, certamente, uma das grandes conquistas do Direito de Família moderno, a saber, o reconhecimento expresso do afeto em sua extensão máxima, a justificar, inclusive, a propositura de ação visando reparação de danos em razão de sua ausência.

Em que pese a expectativa da doutrina nacional, e para a surpresa de todos, o Recurso Especial, registrado sob o nº 757411/MG, de relatoria do Ministro Fernando Galvão, teve julgamento favorável ao genitor, dando provimento ao recurso nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

<sup>203</sup> Trecho do voto do Desembargador Unias Silva no decorrer do processo 2.0000.00.408550-5, apelação cível nº 408.550-5, proferido em 01/04/2004, pela então Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, disponível em:

<[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=0476F8CF14CFF9DD0758457895971BDA.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=0476F8CF14CFF9DD0758457895971BDA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)> Acesso em 06/03/2013. Nesse sentido, Aline Karow, Abandono Afetivo, pag. 146.

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.  
(REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)”

Como fundamento do julgado, o Ministro relator se utilizou de alguns argumentos que valem ser destacados, dentre eles: que a legislação já prevê punição para o pai que abandona os filhos, a saber a destituição do poder familiar; que a indenização, ao invés de atender os sentimentos da criança, pode fomentar a ambição do filho ou da mãe, que intenta a ação por este; que o pai, após ter de indenizar o filho, pode ser que não encontre ambiente propício para um reencontro, concretizando o afastamento de vez; bem como, por fim, que o Judiciário não pode obrigar alguém a amar outrem<sup>204</sup>.

Como crítica aos argumentos expostos pelo relator, pode-se apontar os seguintes pontos:

Primeiro, que a destituição do poder familiar para aquele que abandona um filho afetivamente não passa senão de um prêmio, conforme destacado anteriormente, uma vez que poderá agora se desvincular de vez, e o pior, com a chancela da justiça!<sup>205</sup>

Segundo, quanto ao fato da indenização fomentar a ambição, deve-se ter sempre em mente aquilo que foi dito acima, que cabe ao judiciário “separar o joio do trigo” - conforme as palavras de Aline Karow -, ou seja, não se pode tomar a parte pelo todo, sob pena de decadência de nossas instituições jurídicas. Conforme destaca Aline Karow, com espeque nas lições de Clóvis do Couto e Silva, “o ideário de reparação seria sempre a restituição *in natura*”<sup>206</sup>. Porém, ressalta, há casos em que isso não é possível, mormente como ocorre com os danos extrapatrimoniais, “em função de não ter como se desenvolver à alma humana os sentimentos dilacerados [...]”<sup>207</sup>.

<sup>204</sup> Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2022397&num\\_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em 06/03/2013.

<sup>205</sup> Nesse sentido, Fernando Simão comenta o argumento do Ministro relator: “O argumento beira o ridículo. Se o pai fosse destituído do poder familiar seria premiado, porque se veria totalmente livre de seus deveres. **A destituição do poder familiar ocorreria no interesse do pai e não do menor!**” (grifo nosso) (SIMÃO, Fernando. **DE ALEXANDRE A LUCIANE – DA CUMPLICIDADE PELO ABANDONO AO ABANDONO PUNIDO!** Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_cf0612.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0612.html)> Acesso em: 27/03/2013).

<sup>206</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais.** Curitiba: Juruá, 2012, pag. 151.

<sup>207</sup> Ibidem, pag. 151.

No que tange ao argumento de que a indenização apenas afastaria o pai do filho de vez por todas, argumentamos que em uma situação dessa natureza os filhos já não têm mais esperanças em receber o afeto paterno, esperado por tanto tempo. Sem embargos das opiniões contrárias, referido argumento possui grave desvio de perspectiva, uma vez que toma o filho como vilão e o pai como vítima, o que beira o absurdo. A “punição” imposta aos pais, ou seja, a imposição do dever de reparação, serve de alerta aos pais: “a irresponsabilidade será punida! A conduta lesiva não será tolerada pelo Poder Judiciário”<sup>208</sup>.

Por fim, com relação ao famigerado argumento de que “ninguém pode ser obrigado a amar outrem” - argumento que logo vem à mente daqueles que se opõem à tese -, igualmente não se sustenta perante nossa ordem jurídica, revelando-se, outrossim, como uma consequência daquilo que é novo aos juristas de um modo geral, assim como ocorreu com a assimilação do dano moral no decorrer do tempo.

Fernando Simão bem sintetiza a questão ao abordar o argumento acerca da “monetização do afeto”, rebatendo com os demais casos de danos extrapatrimoniais tutelados por nossa ordem jurídica, senão vejamos:

Fala-ser [sic] em “monetização do afeto”, como pensam alguns, é algo pueril que significa ausência completa de conhecimento jurídico. **É lição basilar que a indenização tem por escopo retornar a vítima ao estado anterior ao dano (*statu quo ante*)**. Contudo, há casos em que este retorno, esta volta se revelam impossíveis. Há mais de dois séculos o Direito já decidiu que, sendo o retorno impossível, a vítima recebe um valor pecuniário, não para reparar o que não pode reparar, mas para compensar aquilo que se perdeu. **Nesse sentido, toda a indenização por dano moral (exemplo clássico é a morte de um parente querido) significaria “monetização do afeto”?** Quem defende esta tese pueril, poderia responder qual seria a forma adequada de se punir o causador de dano moral” (grifo nosso)<sup>209</sup>.

Ora, conforme reiteradamente destacado neste trabalho, a indenização por abandono afetivo, assim como nos demais casos, não visa punir a conduta omissiva do pai, obrigando-o a prestar afeto ao filho, uma vez que ninguém pode ser obrigado (coercitivamente) a prestar afeto a uma pessoa que não deseja, o que viola nem tanto a

<sup>208</sup> Nesse sentido, Fernando Simão comenta o argumento do Ministro relator: “O argumento beira o ridículo. Se o pai fosse destituído do poder familiar seria premiado, porque se veria totalmente livre de seus deveres. **A destituição do poder familiar ocorreria no interesse do pai e não do menor!**” (grifo nosso) (SIMÃO, Fernando. **DE ALEXANDRE A LUCIANE – DA CUMPLICIDADE PELO ABANDONO AO ABANDONO PUNIDO!** Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_cf0612.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0612.html)> Acesso em: 27/03/2013.

<sup>209</sup> SIMÃO, Fernando. **DE ALEXANDRE A LUCIANE – DA CUMPLICIDADE PELO ABANDONO AO ABANDONO PUNIDO!** Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_cf0612.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0612.html)> Acesso em: 27/03/2013.

ideia de liberdade do pai, mas sim a própria ideia de paternidade, assim entendida como relação gratuita, voluntária, de autoadoção e afeto.

### **3.6 Julgados recentes: perspectivas do abandono paterno-filial na jurisprudência brasileira**

Não obstante as vozes da doutrina familiarista no sentido de reconhecer a possibilidade de dano moral em decorrência de abandono afetivo paterno-filial, dentre eles juristas de renome, sobretudo aqueles integrantes do IBDFAM, cujos estudos acerca da importância da afetividade já haviam entrado em pauta no IV e V Congresso Nacional de Direito de Família – em que a dignidade da pessoa humana sempre esteve em discussão -, só havia um precedente sobre o tema em nossa Corte Superior de Justiça, conforme visto acima, em que se sustentou não haver ilícito na conduta do genitor que abandonara o filho causando-lhe danos psíquicos, entendimento este, ao certo, não refletia o entendimento de todos os Ministros daquela Corte, haja vista que a decisão anterior fora proferida por sua quarta turma.

Em consonância com as lições já assentadas no âmbito da doutrina mais especializada no Direito de Família, passados mais de seis anos de sua primeira decisão, o Superior Tribunal de Justiça volta a apreciar a matéria relativa ao abandono afetivo paterno-filial, ganhando destaque o tema por meio do Recurso Especial 1159242/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andri ghi, datado de 24.04.2012, ocasião em que a Corte Superior reformula seu entendimento e reedita seus conceitos acerca da problemática, entendendo pela possibilidade de responsabilização civil.

Assim foi ementado o julgado, *in verbis*:

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/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Conforme se extrai do julgado em referência, sobretudo do voto condutor da Ministra Nancy Andrichi, ao admitir a condenação por danos morais decorrente de abandono paterno-filial, nossa Corte Superior de Justiça parte de alguns pressupostos defendidos neste trabalho, dentre eles: que inexistente restrição à aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de família; que a destituição do poder familiar não se presta para compensar os danos experimentados pelo filho abandono, mas para corrigir situações de desamparo à criança e ao adolescente, não sendo, portanto, incompatível com simultânea condenação por danos morais; que o cuidado dispensado pelos pais aos filhos se reveste de valor jurídico, tutelado pelo Direito, culminando na possibilidade de se reconhecer a ilicitude da omissão paterna na participação na vida dos filhos; dentre outros argumentos defendidos por nós neste trabalho.

Dentre todos os argumentos desenvolvidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça na ocasião deste julgamento, merece destaque a sensibilidade da Ministra Nancy Andrichi, que bem enfatizou a esfera existencial do filho abandonado, destacando a necessária valoração jurídica atribuída ao cuidado parental, em especial o paterno, distinguindo-o do famigerado “dever de amar” sustentado por alguns, senão vejamos:

**[...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: ‘(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)’.

**Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.**

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

**Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever** (grifos no original)<sup>210</sup>.

Como se vê das lições expostas até aqui, não há óbices – sejam jurídicos ou de qualquer outra natureza - que impeçam a aplicação do instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, uma vez que também essas relações não estão à salvo da falibilidade humana.

No entanto, vale salientar que o tema ainda está longe de estar pacificado no âmbito jurisprudencial.

Assim, por exemplo, manifestou-se o Ministro Massami Uieda no REsp 1159242/SP pela improcedência da pretensão indenizatória decorrente do abandono paterno-filial:

Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.

Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos<sup>211</sup>.

Em que pese haja significativa corrente jurisprudencial primando pela possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo, que parece ser, a nosso ver, a corrente majoritária tanto em doutrina como em jurisprudência, ainda há a resistência de muitos, o que se confere pelo vasto acervo de decisões disponíveis nos sites dos tribunais pátrios, mormente dos tribunais dos estados, o que demonstra que o tema está a merecer maior discussão e amadurecimento em vários setores<sup>212</sup>.

<sup>210</sup> Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi proferido no REsp 1159242/SP.

<sup>211</sup> Trecho do voto do Ministro Massami Uieda proferido no REsp 1159242/SP.

<sup>212</sup> **“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXCEPCIONALIDADE DE CADA CASO. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO CABAL DE ATO ILÍCITO. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. CASO CONCRETO EM QUE AUSENTE A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO A ENSEJAR INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES.** A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade. Não se configura ato passível de ser indenizado, pelo simples fato de ausência de convivência, porquanto se verifica que tal fato decorre de condições atinentes à

Para aqueles que se opõem à indenização por abandono afetivo em casos de comprovados danos psíquicos, com a respectiva culpa e o nexa causal, fica uma reflexão: Será que uma simples inscrição indevida do nome de uma pessoa nos órgãos de proteção de crédito pode causar dor maior na pessoa do que aquela decorrente dos atos de abandono afetivo por parte do pai? Ou pior, será que uma simples devolução indevida de cheque de um correntista – situação que gera dano moral *in re ipsa*, conforme remansosa jurisprudência<sup>213</sup> - teria um efeito tão negativo na esfera psíquica da pessoa a ponto de superar atos de rejeição paterna? É essa a interpretação a ser extraída dos postulados constitucionais pós-modernos, em consonância com a dignidade da pessoa humana e da repersonalização do direito?

Nesta perspectiva, importante registrar as lições do jurista César Fiúza em seu trabalho “Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família”, em que enfatiza a conscientização de um novo paradigma do direito privado: “O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa humana, sua promoção espiritual, social e econômica. Esse pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição. Tudo isso, não há dúvidas, dá o que pensar”<sup>214</sup>.

Nesse sentido, aliás, prelecionam todos os autores utilizados no presente trabalho, refletindo a corrente doutrinária majoritária.

Há que se indagar, então, como o faz o jurista recém mencionado: “que é justiça? Que é dignidade? Que é riqueza?”<sup>215</sup> São os conceitos absolutos – enraizados em nossa tradição jurídica - inatingíveis? Pode a nossa legislação definir, assim como o fez o Código Civil de 1916, uma moldura para a vida das pessoas? Esclarecedoras são as palavras de Fiúza, *in verbis*:

---

dissolução da vida em comum, por atos inerentes ao cotidiano. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70044696359, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 28/11/2012) (grifo nosso); “**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA.** - A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. - Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização.V.V.” (Apelação Cível 1.0251.08.026141-4/001, Rel. Des.(a) Nilo Lacerda, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/10/2009, publicação da súmula em 09/12/2009) (grifo nosso).

<sup>213</sup> Súmula 388 do Superior Tribunal de Justiça: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”.

<sup>214</sup> FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Dignidade Humana**: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 223-239, pag. 227.

<sup>215</sup> Ibidem, pag. 234.

Em síntese, partindo do problema concreto, seguindo as diretrizes constitucionais, o intérprete deverá ponderar bens e valores, para encontrar no sistema uma ou mais hipóteses de solução. Essa ponderação de bens e valores não é absoluta e só é possível no caso concreto. Daí, serem, em tese, possíveis duas respostas antagônicas para um mesmo problema teórico. **É que o Direito vivo não existe em tese**<sup>216</sup> (grifo do autor).

Daí a importância da hermenêutica jurídica: cabe a nós, estudiosos do Direito, seja na qualidade de acadêmicos, advogados, intérpretes do Direito etc. levar a efeito essa discussão, ou seja, o que é o Direito e quais os valores consagrados em nossa ordem jurídica? Quando e de que modo devemos deixar de lado o positivismo jurídico do operador do Direito e nos transformarmos em verdadeiros intérpretes, abertos à interdisciplinaridade?

Vale ressaltar, em essência, que a dignidade da pessoa humana, como valor fundante de nosso sistema jurídico, deve orientar o intérprete em toda discussão que se faça acerca do Direito, inclusive no direito de família. É dizer: o direito civil, assim como as demais searas do Direito, não podem ser interpretadas dissociadas dos valores estampados em nossa Constituição Federal, sob pena de faltar-lhe legitimidade.

---

<sup>216</sup>FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Dignidade Humana**: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 223-239, pag. 235.

## CONCLUSÃO

De tudo o que se disse até aqui, resta claro que o estudo da responsabilidade civil no âmbito do Direito de família é tema polêmico e está longe de haver um consenso em doutrina e jurisprudência.

Como vimos, a família passou por diversas fases em sua concepção. Num primeiro momento, era reconhecida socialmente como verdadeira instituição, representando uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Nesse contexto, o Código Civil de 1916 demonstrou ser um conjunto de normas que guardava plena harmonia com o Estado Liberal da época e seus valores, que se resumiam, basicamente, na proteção da liberdade propriamente dita, na liberdade de contratar e nos postulados da livre propriedade. Nessa época, com efeito, não havia propriamente uma proteção dispensada à família, mas verdadeira regulamentação, cujos moldes da família estavam expressamente delineados na legislação privada, representando verdadeiro sistema excludente.

Com o tempo, a partir dos acontecimentos da vida em sociedade, bem como dos novos pensadores da época, a sociedade passa a experimentar novos paradigmas, o que se deve, em boa parte, ao rompimento com o antigo método de pensamento positivista, em que a razão figurava no centro de toda e qualquer verdade e que a dúvida situava-se no centro da análise e permitia atingir verdades absolutas, pensamento que acabou por refletir no pensamento jurídico da época, em que o juiz figurava como o *bouche de loi* (boca da lei, ou seja, mero aplicador da norma), com um sistema composto de cláusulas fechadas e sem espaço para eventual análise acerca da subjetividade dos sujeitos, em que sequer o dano moral era aceito como uma realidade.

Com o advento das guerras mundiais, a Revolução Industrial, os movimentos feministas etc., passou-se a verificar uma mudança do valor da família perante a sociedade, com a crescente participação da mulher na vida pública e do homem na vida privada da família, situações inéditas que permitem a consagração de novos valores em nossa ordem jurídica, o que garante, aos poucos, o reconhecimento de direitos até então desconhecidos das mulheres, dos filhos “não legítimos”, da “concubina” etc., passando a família patriarcal ao núcleo familiar democrático, em que ambos os pais detém os mesmos direitos e obrigações, com as mesmas responsabilidades.

Referidas mudanças, como não poderia ser diferente, ocasionaram verdadeira inversão axiológica do sistema, repersonalizando todo o nosso direito privado, passando o ser humano, agora, ao centro do sistema, reconhecendo-lhe a ordem jurídica a sua essência existencial, na qual está compreendida, dentre outros valores, a afetividade, imanando da dignidade da pessoa humana a validade de todas as demais normas de nosso sistema.

Nesse novo momento, como não poderia ser diferente, rompeu-se com a ideia que antes se tinha do ordenamento jurídico, reconhecendo-se sua estrutura repleta de conteúdo e incapaz de condicionar os fatos da realidade por si só. Abre-se espaço, assim, a análise da subjetividade dos sujeitos, haja vista que estes passam a figurar no epicentro do sistema. A razão não mais está dissociada da emoção, atento o Direito às realidades sociais vindicadas por inúmeros grupos antes excluídos, aos direitos antes recusados em razão do mero dogmatismo.

Reconhece-se, agora, que as relações humanas não estão fundadas unicamente sobre a razão, pelo contrário, decorrem de fatores de diversas ordens, tais como social, psicológico etc., e o Direito, acertadamente, abre-se para a complexidade e para a interdisciplinaridade, a fim de compreender as relações humanas em sua inteireza e para permitir a contribuição de novos saberes na construção das soluções jurídicas.

É nesse contexto, portanto, que surgem as discussões e estudos acerca da importância da afetividade na vida das pessoas, mormente naquelas em desenvolvimento.

Eliminados os “papéis” a serem cumpridos dentro da família, esta se transforma em local de realização pessoal de seus membros, passando a atuar como importante viga da família, que abandona as relações de dominação e de controle por relações de bem estar comum. Nessa conjuntura, o afeto se torna em elemento crucial da constituição da família, fortalecendo-as, caso presente, ou frustrando-as, caso ausente.

Por essas razões, novos valores são inaugurados no âmbito familiar, tais como dignidade humana, igualdade, solidariedade, integridade psicofísica de seus membros, liberdade de matrimônio etc., reconhecendo-se aos filhos, agora, a tutela integral de seus interesses, que passam a ser prioridade nas relações privadas e públicas. De um modo geral, podemos afirmar sem dúvidas de errar que a felicidade passa a ser um fim intrínseco da família, sem o qual está fadada ao fracasso.

Nas teorias psicológicas, como vimos, reconhece-se a importância crucial da afetividade no desenvolvimento das crianças e adolescentes, uma vez que colaboram como elemento formador de sua personalidade, reconhecendo que além de racionais somos seres passionais, cujo crescimento saudável não dispensa relações de afeto e de cuidado, dando verdadeiro sentido em nossas vidas, às nossas relações, influenciando, sobretudo, em nossa forma de interpretar o mundo, projetando-nos no mundo.

A par dessas lições, a ciência jurídica passa a incorporar aos seus conceitos, às suas interpretações, às suas Constituições e aos seus códigos, a importância da afetividade nas relações jurídicas, ocorrendo verdadeira “jurisdicionalização do afeto”, cujos resultados se verificam nas diversas searas sociais, não só no âmbito da família, embora essa área seja a mais propícia para sua verificação.

Com todas essas mudanças, ademais, verifica-se profunda alteração nos papéis desenvolvidos pelo pai de família. A figura autoritária de outrora, distante dos filhos, cede lugar à paternidade mais efetiva, em que o pai se envolve mais na esfera doméstica, mormente na vida dos filhos, participa de eventos importantes para estes, acompanha-os na escola, desenvolve atividades recreativas etc.

Como é cediço, viemos de uma cultura essencialmente patriarcal, desde os primórdios, em que sempre predominou a onipotência do homem sobre a mulher. Desde as primeiras civilizações concentrou-se no homem a figura da força, da superioridade, a quem incumbia a caça, a representação religiosa no lar, o trabalho, a função política etc., enquanto que à mulher, via de regra, incumbiam somente os afazeres domésticos da comunidade ou de sua casa, o louvor aos antepassados do marido etc., vista como uma espécie frágil, dócil e, no mais das vezes, submissa, histórico que talvez explique o paradigma machista que predominou por muito tempo em nossa sociedade, cujos reflexos podem ser sentidos ainda hoje por meio do relativo afastamento dos pais na vida afetiva da criança.

Assim, por exemplo, muitos pais ainda hoje acreditam que em uma situação de separação seu dever se restringe ao pagamento de pensão alimentícia, como se a criança prescindisse de afeto para um desenvolvimento saudável, o que justifica o pensamento de muitos acerca da impossibilidade de indenização por dano moral decorrente de abandono paterno-filial.

Conforme destacamos anteriormente, não é correto pensar que o filho precisa do pai apenas como provedor do lar, como se não houvesse entre ambos um elo de afetividade. Na esteira das lições de Martin Juristch, vimos que “a geração humana não é um processo puramente biológico; está originariamente impregnada das energias superiores da vida humana. Não é, portanto, um processo animal, mas algo totalmente humano” .

Vimos, ainda, que muitas vezes tende-se a projetar a ideia de justiça àquilo que se apresenta de modo repetitivo, encaixado em formulações preestabelecidas na sociedade, donde surge o comodismo do jurista. Daí a importância de enfrentar o problema! Não obstante tal precedente possa abrir as portas do Judiciário para a litigância de má-fé, para a indústria do dano moral, conforme alertou o Ministro Massami Uieda em seu voto no REsp 1159242/SP, tal circunstância não justifica a ausência de tutela de um direito constitucionalmente consagrado em nossa ordem jurídica. Fosse assim até hoje não teríamos inúmeros direitos reconhecidos, a começar pelo direito à indenização decorrente do dano moral sofrido.

Não se pode olvidar das vicissitudes da vida moderna a ponto de exigir-se um padrão ideal de família. Nenhuma família é perfeita! Cada um de nós guarda dentro de si seus próprios pecados, visto que somos imperfeitos porque somos humanos.

As lições da psicanálise, colacionadas no decorrer do trabalho, demonstram com nitidez as consequências dos atos de abandono afetivo experimentado pelas crianças e pelos adolescentes, o que pode se manifestar de diversas formas, desde doenças psicossomáticas, traumas, dificuldade na socialização etc., de modo que os danos psíquicos podem – e devem – ser aferidos objetivamente por profissionais da área da psicanálise, não configurando danos hipotéticos, como sugerem alguns desavisados.

Nessa perspectiva, vimos que o instituto da responsabilidade civil está fundado basicamente sobre três pilares básicos, a saber: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Sob essa perspectiva, vimos que a maior relutância da doutrina diz respeito à ilicitude do fato, ocasião em que se revela comum o argumento de que ninguém pode ser obrigado a amar. Chega-se a admitir o dano, mas nega-se a ilicitude.

Não obstante referido entendimento, vimos que o instituto da responsabilidade civil na doutrina mais especializada tem sido analisado a partir das consequências danosas

experimentadas pela vítima da conduta de outrem. Desloca-se o cerne da tutela jurídica para a vítima e a violação de direito seu por outrem abre ensejo a aplicação do instituto da responsabilidade civil. Assim, não há que se olvidar acerca do direito dos filhos em serem cuidados pelos pais, direito este repetido por inúmeros diplomas legais em diversas passagens, sobretudo de nossa Lei Maior.

Como dito alhures, não se reconhece o abandono afetivo como espécie de fato gerador de dano *in re ipsa*, ou seja, de dano legalmente presumido (independente das circunstâncias que envolvem a vida de pais e de filhos), mas sim como fato apto a gerar consequências danosas na vida das pessoas próximas, mormente do filho nas relações paterno-filial, circunstância que pode exigir, muitas vezes, a tutela jurídica do direito violado.

Ora, se há uma conduta omissiva por parte do pai (que abandona o filho culposamente), somado à existência de danos no patrimônio psíquico da criança ou adolescente abandonado, verificando-se entre a conduta e o dano a existência de nexos causal, não há porque não se reconhecer a possibilidade de indenização decorrente do abandono paterno filial, sob pena de a injusta violação ser arcada somente por uma pessoa: o filho abandonado, muitas das vezes já fragilizado.

Conforme ponderado acima, na esteira das lições de Sérgio Rezende de Barros, o direito à família, ao convívio paterno-filial (assim como o materno-filial), o direito à participação afetiva dos pais na vida da criança, à tutela integral psicofísica, dentre outros, são valores que inegavelmente são necessários para a concretização da dignidade humana da criança ou do adolescente, configurando-se, portanto, em direitos igualmente fundamentais destes últimos.

Tendo em vista essas considerações, não vislumbramos qualquer óbice para a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de família, notadamente no que tange ao abandono afetivo paterno-filial, desde que presentes os requisitos apontados acima. Negar essa realidade, a nosso ver, seria negar as conquistas de nossa sociedade decorrentes dessa virada paradigmática verificada nos dias atuais, em que o aspecto existencial da pessoa ganha contornos mais palpáveis, em detrimento do patrimonialismo que dominou as relações intersubjetivas de outrora.

Enfim, certo de que não esgotamos as possíveis discussões acerca do tema proposto, dada a sua importância e larga discussão em doutrina e jurisprudência, sugere-se uma leitura mais aprofundada para aqueles que tiverem interesse no problema proposto.

No mais, fica a provocação aos colegas estudiosos do Direito, sobretudo àqueles que ainda discordam do entendimento aqui defendido, no sentido de questionarmos o positivismo jurídico, os dogmas enraizados em nossa cultura jurídica e a dificuldade com que lidamos com a questão da interdisciplinaridade para a solução de questões jurídicas.

Como dissemos alhures, em se tratando de litígios familiares não raras vezes a jurisdição pode não ser a melhor solução a ser dada ao caso, avultando a importância das técnicas de outras ciências, em especial da psicologia e psicanálise, dentre as quais podemos citar a mediação familiar.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jônes Figueiredo. **O Cuidado Afetivo**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171545,31047-O+cuidado+afetivo>> Acesso em 07/03/2013.

AMARAL, Francisco. **Transformações dos Sistemas Positivos a Descodificação do Direito Civil Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=376:importe\\_d\\_366&catid=17:artigos&itemid=12](http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=376:importe_d_366&catid=17:artigos&itemid=12)> Acesso em 23/02/2013.

ANDRADE, Fernando Dias. Poder Familiar e Afeto numa Perspectiva Espinosana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: V Congresso Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 367-393.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. Introdução à Filosofia. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1993.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Instrumento Para a Reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil: IV Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 29-39.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos Operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil: IV Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 607-620.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)> Acesso em: 15.04.2013

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. DENTZIEN, Plínio (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOMFIM, Silvano Andrade do. A aplicação do Instituto da Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Org.) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**, v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 409-441.

BRASIL. (República Federativa). Portal Mulheres do Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/secoes/mulher/atuacao-feminina/feminismo-pela-igualdade-dos-direitos>> Acesso em: 10.04.2013.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho. Curitiba: Juruá, 2012.

CATALAN, Marcos. Primeiras Reflexões sobre o Abuso de Direito nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Org.). **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**. v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 259-283.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DIAS, Maria Berenice. “**Álbum de Família**”. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?34>> Acesso em 04/03/2013.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. Responsabilidade Civil. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A Constitucionalização do Direito Privado**. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB\\_001\\_0185\\_0243.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf)> Acesso em: 23.05.2013.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. In: **Revista Jurídica – Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 58, n. 397, pp. 11-19, nov. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento: (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil: IV Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 105-125.

FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Dignidade Humana: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 223-239.

FIÚZA, César. Teoria Geral dos Direitos da Personalidade. In: \_\_\_\_\_(Org.). **Curso Avançado de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 109-128.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. **Pai Real, Pai Ideal**. O papel paterno no desenvolvimento infantil. Curitiba: Juruá Psicologia, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um Novo Horizonte Epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil: IV Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 249-263.

GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 439-455.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>> Acesso em: 15.04.2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 10.03.2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil e Contemporaneidade: Retrato e Moldura. In: \_\_\_\_\_; SIMÃO, José Fernando (Org.) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**, pp. 191-203

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos: Um Desvaneio Acerca da Ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família.** São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 425-437.

JURISTCH, Martin. **Sociologia da Paternidade.** QUAINI, João Baptista (Trad.). Petrópolis: Ed. Vozes Limitada, 1970.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais.** Curitiba: Juruá, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Direito de personalidade Direito de Família. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil: IV Congresso de Direito de Família.** Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 399-415.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: reformar a reforma reformar o pensamento.** JACOBINA, Eloá (Trad.). 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MUSSEN, Paul Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome; HUSTON, Aletha Carol. **Desenvolvimento e Personalidade da Criança.** São Paulo: HARBRA, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/392>>. Acesso em 10/03/2013.

SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. **Conflito entre o direito à integridade psíquica e moral e o direito ao livre desdobramento da personalidade: Homossexualismo e**

liberdade de crença. Pag. 110. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/158/55>> Acesso em: 23.05.2013.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan/jun. 2007, pp. 361-388, Disponível em: <<http://www.slideshare.net/Direito2012sl08/dicionrio-de-filosofia-do-direito-ingo-wolfgang-sarlet>> Acesso em: 14.04.2013.

SIMÃO, Fernando. **DE ALEXANDRE A LUCIANE – DA CUMPLICIDADE PELO ABANDONO AO ABANDONO PUNIDO!** Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_cf0612.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0612.html)> Acesso em: 27/03/2013.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Crises de paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>> Acesso em: 15.04.2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma**: Afastando o fantasma do relativismo. Disponível em: < [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Streck.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf)> Acesso em: 15.04.2013.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina da Guarda e a Autoridade Parental na Ordem Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**: IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 305-324.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. IV. Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 2ªed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970.