



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Abandono Afetivo e o afeto como direito a ser tutelado

Sinara Ayd Pereira José

Rio de Janeiro
2015

SINARA AYD PEREIRA JOSÉ.

Abandono Afetivo e o afeto como direito a ser tutelado

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

ABANDONO AFETIVO E O AFETO COMO DIREITO A SER TUTELADO.

Sinara Ayd Pereira José.

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Bacharel em direito. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Direito da Família é dinâmico, e como tal se amolda a realidade que se apresenta no contexto social. Atualmente a questão que vem sendo discutida é sobre a possibilidade de se impor indenização em razão do abandono afetivo, uma vez que o afeto é algo que não se obriga. Ocorre que mesmo se tratando de âmbito privado, onde o Estado se abstém privilegiando a vontade dos particulares, quando se trata de pessoas em formação deve ser a eles garantido a eficácia dos seus direitos. Por essa razão se observa que a questão do afeto vai além do sentimento que uma pessoa possui em relação a outra. É, pois, um direito-dever emanado do cuidado e atenção que essas relações exigem.

Palavras-chave: Direito de Família. Abandono Afetivo. Dever De Cuidar. Princípio da Paternidade Responsável. Responsabilidade Civil Dos Pais.

Sumário: Introdução. 1. Afeto como bem jurídico tutelável. 2. Dos novos contornos da paternidade responsável. 3. Abandono afetivo à luz das obrigações relativas ao equilíbrio emocional e psicológico do indivíduo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por finalidade refletir sobre os novos contornos do Direito de Família na perspectiva de que o afeto se tornou um direito-dever decorrente do vínculo familiar. Sendo, pois, um dever jurídico a ser tutelado. Nestes novos tempos, o afeto não é apenas um sentimento entre familiares. E nesse sentido, o Direito de família não mais se baseia na ideia de que do Poder Familiar emergem deveres para com a prole apenas no aspecto material, mas também há deveres afetivos que integram o dever de cuidado, uma vez que os novos modelos de família que hoje em dia são apresentados à sociedade se baseiam muito mais nos laços de afeto e amor do que nos laços puramente sanguíneos.

Atualmente, diante das necessidades profissionais, econômicas ou sociais os pais estão mais distantes da família, e, por essa razão, chegam a não observar o desenvolvimento da prole. Portanto, neste contexto, discute-se a possibilidade de haver abandono afetivo, bem como nas implicações jurídicas que esse ato possa trazer, uma vez que a falta deste direito-dever pode ser entendido como ato ilícito, do qual os pais poderão ser responsabilizados por danos irreparáveis ocasionados aos filhos.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que, recentemente, vem sendo discutida a questão da possibilidade de responsabilização civil dos pais com relação à prática do abandono afetivo, tendo como base norteadora o afeto como forma de dever de cuidado para com a prole.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar o afeto como direito da prole e dever dos pais, tornando-se valor jurídico a ser tutelado. E diante desta circunstancia, há a possibilidade de em razão do descumprimento de um dever legal, qual seja, o afeto, possa essa conduta dar ensejo a danos irreparáveis aos indivíduos, chegando a se cogitar em dano moral.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando que na atualidade o afeto tornou-se bem jurídico a ser tutelado, tornando-se valor jurídico.

No segundo capítulo, é realizada a análise do princípio da paternidade responsável, no novo contexto do direito das famílias, visto que as relações se dão como base primordial no afeto e não mais no amparo material.

O terceiro capítulo da pesquisa são apresentadas as bases legais para que se possa responsabilizar os pais em decorrência do abandono afetivo, uma vez que pode-se considerar o afeto como um direito tutelado em sede constitucional, pois surge do dever de cuidado para com a prole.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

AFETO COMO BEM JURÍDICO TUTELÁVEL.

No início dos tempos vigorava o entendimento que o Poder Familiar se manifestava como sendo um direito que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos. Essa visão decorre do direito romano em que se denominava como *pátria potestas*, onde esse direito apenas era devido ao chefe familiar (*pater familias*).

Discorrendo sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira¹ explica que:

No Direito Romano, os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao pater familias a autoridade suprema no grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre o filho (*ius vitae ac necis*). Nem a evolução dos costumes, nem o direito da Cidade pôde abrandar o rigor deste poder soberano. A partir da República, houve ligeiro decréscimo. Mas, somente a partir do século II, é que se vislumbrou substituir na potestas a atrocidade pela piedade: *nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*.

Com a influencia do Cristianismo, essa concepção transformou o poder familiar em um instituto de caráter protetivo. A mudança com relação à prole se deu pelo fato de que antes a relação existente entre pais e filhos se baseava apenas na autoridade exercida pelos primeiros em relação aos segundos, e, hoje possui como norte a compreensão e o amor. Nesse sentido, o poder familiar passou a ser exercido no interesse da prole, pondo fim a visão eminentemente patriarcal do direito romano.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança² (ONU/ 1989), ratificada pelo Brasil por meio do Dec. nº 99.710/1990, trouxe inovação ao identificar a família como “núcleo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem estar de todos os seus membros e, em particular, as crianças”. A partir deste momento, a criança e adolescente passaram a ter proteção integral, tornando-se destinatários de direitos. Essa nova estrutura familiar fez surgir responsabilidades dos

¹ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*, V. 5. 21 ed. rev. r atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 459.

² BRASIL. Decreto nº 99.710/1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

pais para com os filhos no que concerne ao seu desenvolvimento saudável e assim o afeto possui papel fundamental.

Para Rudolf Von Ihering³ a família possui fundamento ético no amor, onde há uma atmosfera de respeito e afeição com os filhos em que se constituía um ambiente de proteção. Assim, percebe-se que o poder familiar evoluiu de tal modo que as relações dos pais para com os filhos se tornaram dúplices. Há, pois, direito-dever inerente, em que se apresenta como dever dos pais: criar e educar a prole. Sendo que o afeto, nesse contexto, se tornou elemento fundamental a essa relação.

O artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴ disciplina que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Traz esse dispositivo constitucional o dever de cuidado que os pais devem exercer sobre a prole e com base nesse direito inclui-se o afeto como um direito constitucionalmente tutelado.

O STJ se posicionou sobre esse tema, ocasião em que a relatora do, Ministra Nancy Andrighi afirmou ser “indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do

³ IHERING apud SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de Direito Civil*, 21 ed. rev. e atual. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 479.

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05. Abril. 2015.

filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais - biológicos ou não”.⁵

Nesse sentido, percebe-se que com a evolução da família, bem como o do poder familiar, o afeto começou estar presente no mundo jurídico principalmente quando a família não se constitui da união entre homem e mulher. Nos dias atuais, existe a possibilidade de famílias em que há mães solteiras, filhos de relações homoafetivas, filhos adotivos e etc.

Diante da hodierna realidade se impõe também uma nova concepção de família que se constitui com base no afeto, não mais com base sanguínea. Uma vez que devem ser considerados pai e mãe no momento em que a criança assim os reconhecer.

Portanto, nesse contexto, faz-se mister a tutela do afeto que, em muitos casos, é o alicerce fundamental. O afeto une vidas, pode-se assim dizer. Une o casal que constitui a família e da qual geram os filhos. Une uma pessoa que sozinha constitui a família monoparental em que o afeto é a base primordial. O afeto também une o casal homossexual que deseja se tornar completo com a presença de um filho o qual apenas o afeto irá uni-los. Assim, nesses casos, a filiação sociativa se sobrepõe a filiação biológica.

Maria Berenice Dias, em seu artigo “Paternidade Homoparental”⁶, cita o autor Sergio Resende de Barros em “A ideologia do Afeto”⁷, e, entende que “o afeto é que conjuga”, pois esse sentimento une muito mais que corpos, une almas e dessa junção há

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05. abril. 2015.

⁶DIAS, Maria Berenice. *Paternidade Homoparental*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_paternidade_homoparental.pdf>. p. 2>. Acesso em: 04. abril. 2015.

⁷ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, V. 14, p. 9.

constituição de responsabilidades e compromissos mútuos, do qual a proteção jurídica se impõe.

Segundo Maria Berenice Dias “os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege.”⁸

O afeto, portanto, passou a ter valor jurídico. Tal fato decorreu da nova visão do direito das famílias, em que no contexto atual novos tipos de famílias se constituem. Através desta mudança de paradigma o poder familiar se amoldou, e diante dessa nova concepção se extrai o dever de cuidar que encontra amparo Constitucional, e, nesse sentido o afeto por estar atrelado a esse direito-dever.

2. DOS NOVOS CONTORNOS DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.

A Constituição da República Federativa do Brasil ao tratar da Família em seu Capítulo VII traz em seu bojo os princípios da paternidade responsável e o da dignidade da pessoa humana. Estes princípios possuem a sua previsão no parágrafo 7º do artigo 226⁹, o qual fez inserir no âmbito privado valores insculpidos pelo legislador constitucional ordinário.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁸ DIAS, op. cit., p. 3.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de julho de 2015.

Tais princípios possuem grande carga normativa, uma vez que esses guiam a interpretação de todo ordenamento jurídico a fim de que o preceito normativo contido no seio da constituição possa se irradiar por todo o sistema jurídico, abrindo espaço à interpretação das normas privadas à luz do direito civil-constitucional. Como diz Maria Berenice Dias¹⁰:

Os princípios constitucionais - considerados leis das leis - deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei. Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispondo exclusivamente de força supletiva. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

O princípio que interessa neste trabalho é o da paternidade responsável, o qual trata da responsabilidade dos pais perante a prole constituída de forma livre, trazendo o fato de que a convivência dos filhos com os pais é um direito-dever, uma vez que a distância entre a prole e seu genitor pode ocasionar sequelas irreparáveis na vida da pessoa em desenvolvimento, a fim de que essa possa crescer de forma sadia. É importante ressaltar que o princípio da paternidade responsável conjugada com planejamento familiar visa à formação de famílias aptas a sustentar sua prole.

Deve-se, no entanto, buscar apoio nos preceitos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preconiza a doutrina da proteção integral e do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, visando à constituição da pessoa de forma plena, propiciando ambiente saudável, a fim de que possam ser no futuro pessoas seguras, equilibradas e capazes de realizar a condução da sua própria história, conforme leciona Maria Berenice Dias¹¹:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

¹¹ *Ibid.*, p. 50.

É de se notar que no âmbito familiar, em que se aplicam normas de direito privado, o papel do Estado se dá de forma restrita, diante do respeito à privacidade. Explicando sobre esse tema Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves asseveram que “a vida privada é o refúgio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção”¹². Cabe ressaltar que, a atuação estatal nesse contexto se dá de forma mínima, incumbindo, no entanto, o dever de proteger a família, a fim de que ela se constitua e desenvolva livremente. Contudo, por se tratar de relações de direito privado, essas devem ser respeitadas a fim de que prevaleça a autonomia da vontade. Ocorre que, por se tratar de pessoas em desenvolvimento, a proteção estatal se faz necessária a fim de dar a máxima efetividade às normas protetivas, garantindo o direito à filiação, visto que o mais importante na relação materna e paterna é a criação de vínculos sólidos e permanentes, os quais devem ser protegidos de forma eficaz.

Nesse sentido, Caio Mário¹³ citando Sumaya Saady, explica o novo perfil da família perante a Constituição de 1988:

O novo perfil da família no ordenamento constitucional brasileiro afasta a ideia de um organismo autônomo e independente, mas, também, não apresenta a família passiva e dependente, exclusivamente, do protecionismo estatal. Sua função instrumental implica o reconhecimento de responsabilidades dos seus membros de tal forma que o sistema constitucional de proteção à família não pode ser compreendido no âmbito isolado dos deveres de proteção do Estado.

Percebe-se que essa ingerência mínima do Estado no âmbito familiar é quebrada a fim de proteger e assegurar aos sujeitos integrantes que tenham seus direitos violados, como por exemplo, as crianças e adolescentes, diante da vulnerabilidade destes, devendo ter a tutela dos seus direitos assegurados pelo Estado. Neste sentido assevera Maria Berenice Dias¹⁴:

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 6. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas. 2015, p. 25.

¹³ SILVA, Caio Mário Pereira da apud PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. 21. ed. rev e atual Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 55.

¹⁴ DIAS. op. cit., p. 50.

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 22 7).

Assim, o Código Civil¹⁵ no seu artigo 1.513 e o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ no seu artigo 100, § único, inciso VII trazem a ideia da ingerência mínima do estado no que tocam as relações privadas/familiares, a seguir:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente.

Diante do que já foi exposto, tem-se a conclusão de que mesmo em se tratando de relação privada, o Estado em determinadas situações pode adentrar a esse campo visto que a proteção que exerce nessa área é mínima, ou seja, mesmo diante dessa restrição ainda há o poder de atuar diante de situações extremas.

No que diz respeito ao princípio da paternidade responsável, este conduz a um dever parental, que, embora seja inerente a maternidade e paternidade, muitas vezes não é respeitado. Tal princípio visa tutelar algo que deveria ser natural nas relações entre pais e filhos, como o dever de cuidar, de dar amparo não só material, mas também psicológico e social, conduzindo a formação de pessoas saudáveis e seguras. Nesse sentido, o dever de cuidado como um direito da prole, pode-se pensar na sua tutela, podendo ser perseguido quando houver o seu descumprimento.

¹⁵ BRASIL, Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de julho de 2015.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 de julho de 2015.

Para que haja a aplicação desse princípio, deve-se observar se os rumos pelos quais os pais estão conduzindo seus filhos não estão vilipendiando os direitos a que esses fazem jus. Portanto, nesse contexto, o Estado poderá atuar a fim de garantir os direitos e em especial a dignidade daqueles que estão inseridos no âmbito familiar. Conforme leciona Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹⁷ a seguir:

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando.

Diante desse cenário de abandono configurado pela ausência paterna ou materna, abalos psicológicos poderão ser sentidos, principalmente quando a presença de um dos genitores não é suprida pela presença do outro e nem por outra pessoa existente no seio familiar, por se tratar de figura indispensável na vida dos filhos. Sabe-se que o abandono material poderá ser suprido por várias formas, mas o afetivo produzirá marcas profundas que nem o tempo curará. Com a prática de tal comportamento, os pais são chamados em sua responsabilidade para com aqueles que deram a vida. E, assim, o Estado atuará de forma atenta e cuidadosa, por se tratar de pessoas em situação especial, cuja figura materna ou paterna estava ausente no momento da formação de sua personalidade, quando necessitavam de atenção dobrada.

No contexto atual, muito diferente dos tempos passados em que o pai saía de casa para prover o sustento da família, e, por essa razão estava aparentemente “ausente”, restando apenas a figura materna para conduzir o crescimento da prole. Hoje se busca uma responsabilidade conjunta, em que pai e mãe possuem as mesmas obrigações, a fim de que o direito a Convivência Familiar e Comunitária preconizado pela Constituição seja efetivamente cumprido. E assim, os deveres parentais, principalmente o dever de

¹⁷ ROSENVALD. op. cit., p. 125.

cuidado de onde emerge o princípio da afetividade deve ser obrigatoriamente respeitado.

Percebe-se, com base nessas premissas, que o princípio da paternidade hoje em dia se encontra amparado, em um direito-dever, cuja violação faz nascer o direito de requerê-lo ao Estado-Juiz. Assim, diante do caso em concreto, haverá a possibilidade de impor o cumprimento desse dever àqueles que deveriam ter observado esta norma moral existente no âmbito familiar. Diante desse cenário, o Poder Judiciário irá atuar, quando provocado, a fim de que as garantias dadas a prole sejam efetivamente cumpridas.

3. ABANDONO AFETIVO À LUZ DAS OBRIGAÇÕES RELATIVAS AO EQUILÍBRIO EMOCIONAL E PSICOLÓGICO DO INDIVÍDUO.

O afeto é o elemento que une, agrega, sem a presença dele não há vontade nem sentido de se manter uma união, uma amizade, muito menos uma família. No que concerne as relações familiares, desde os primórdios, o laço que une pais e filhos é eterno, e por assim ser, a sua proteção deve ser efetivada pelo Estado, conforme assevera Maria Berenice Dias¹⁸:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso ele assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil traz, como direito fundamental da criança e adolescente, a Convivência Familiar e Comunitária em seu artigo 227, o qual foi efetivado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 19, em que se impõe a criação e o crescimento da criança no seio da sua família, sendo

¹⁸ DIAS. op. cit. p. 52.

excepcional a colocação em família substituta. O que demonstra a intensão do legislador em tutelar e proteger os laços familiares em sua origem.

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

Em tempos passados as relações familiares se baseavam na força, na coerção moral exercida pela figura do pai, por ser quem comandava materialmente a família. Modernamente, muito mais que dar amparo material, a fim de garantir uma existência digna, é necessário que haja um estreitamento dos laços familiares, e, portanto, o afeto deve se fazer presente na educação e condução da prole.

Percebe-se, nesse contexto do direito à convivência familiar e comunitária a ligação tênue com o direito à busca da felicidade, o qual encontra amparo no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na solidariedade e afetividade existente nas relações familiares.

Neste sentido, preconiza Maria Berenice Dias¹⁹ ao explicar a necessidade de o Estado criar mecanismos de proteção na tutela ao direito à Busca da Felicidade no âmbito do Direito das Famílias:

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

Explicando sobre o princípio da afetividade, tratado como uma das grandes conquistas do mundo moderno, por ser um “receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades”, Caio Mário²⁰ defende a posição de que este princípio

¹⁹ DIAS. op. cit. p. 52.

²⁰ SILVA. op. cit. p. 59.

estaria implícito no texto constitucional, mais precisamente no art. 5^a, §2º da CRFB²¹, em que se abre espaço para adoção de direitos e garantias dispostos em Tratados Internacionais e Leis Infraconstitucionais.

Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Percebe-se, portanto, a relevância jurídica que o princípio da afetividade possui, podendo, assim, ser requerido por aquele que se sentir violado no seu direito, visto que este agrega uma carga de responsabilidade aos pais, uma vez que diante da ausência do elemento integrador, qual seja o afeto, pode se ocasionar abalo psicológico a criança ou adolescente em formação.

Caio Mário²² cita Paulo Lôbo para afirmar que “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”. Este trecho nos reporta para atualidade, visto que muitas famílias são construídas com base no amor, no afeto, deixando-se de lado a primazia da consanguinidade, como forma de criação e desenvolvimento das famílias.

Assim, Maria Berenice²³ cita o mesmo autor trazendo quatro fundamentos ao princípio da afetividade:

- (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º);
- (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227, §§5º e 6º);
- (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e sua descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226, §4º); e
- (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).

²¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

²² SILVA, Caio Mário da. apud Lôbo. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. 21. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p.60.

²³ DIAS, Maria Berenice. apud Lôbo, Paulo. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52-53.

No contexto atual, em que há a busca pela felicidade, nas relações afetivas, na criação da prole, em que a afetividade como princípio se tornou um direito a ser cumprido, muito se discute sobre o fato de haver imposição de prestar afeto a um filho. Esse debate se baseia no fato de que o afeto pode ser visto como apenas um sentimento, mas no contexto jurídico de direitos e obrigações prestadas aos filhos em desenvolvimento, seria muito mais do que “gostar”, pois há um dever moral a ser perseguido.

Percebe-se que o princípio da afetividade como carga normativa nasce com a constituição da família, diante da responsabilidade que existe pela criação e condução das crianças e adolescentes e se extingue pela morte do membro familiar, ou mesmo pela perda do poder família e colocação em família substituta.

A família é, pois, lugar em que se espera ser propício ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. Seria, pois, um ambiente em que nasceriam os direitos de solidariedade, cuidado e confiança recíproca. Portanto, o sentimento de dor e abandono experimentados por aqueles que necessitam de especial atenção devem ser tratados com especial cuidado.

Nessa esteira, muito se questiona sobre a possibilidade da incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, e, principalmente no que concerne a aplicação de indenização, diante do comportamento que se espera daquele que possui o dever de cuidar, por violar a confiança inerente no âmbito familiar. Desse dever se extrai o sentido do princípio da afetividade, que possui conteúdo ético/moral a ser observado pelos detentores do poder familiar. Assim lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²⁴:

[...] o afeto traduz a confiança de que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Em síntese, é a ética

²⁴ ROSENVALD, op. cit. p. 120.

exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refugio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Esse tema na jurisprudência possui oscilação de entendimento, e, ainda hoje não há posição tranquila. Um caso paradigmático ocorreu em Minas Gerais em que um determinado menor, assistido por sua mãe, pleiteou indenização por abandono afetivo, sendo que o Tribunal mineiro se mostrou favorável a imposição de dano moral.

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.

Ocorre que essa questão fora levada ao STJ que interpretou de forma diversa no Recurso Especial nº 757.411 – MG²⁵ (2005/0085464-3), uma vez que, naquele tempo, entendeu-se pela não aplicação da indenização, pois, para tanto, seria necessário à configuração de ato ilícito.

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

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

Ocorre que em 2012 o Superior Tribunal de Justiça emitiu uma decisão emblemática no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP²⁶ (2009/0193701-9) em que a Ministra Relatora Nancy Andriighi acolheu a tese da aplicação do abandono afetivo, uma vez que essa surgiu em decorrência de um ato ilícito, qual seja a violação dos deveres parentais, como o dever de cuidado, dever de não abandonar e a solidariedade familiar, que a ele subjaz. Em razão dessa decisão, passou a ser possível a indenização a título de dano moral, hodiernamente.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 – MG. <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP. <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF>. Acesso em 09 de setembro de 2015.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

A questão, como se percebe vai além de omissão patrimonial, uma vez que aos pais é dada a liberdade para constituir e conduzir a prole da melhor maneira que aprouver, sendo este um direito constitucional fundamental contido no art. 226, §7º da CRFB.

Ocorre que essa liberdade possui limites impostos pelo Estado, pois existem deveres parentais a serem cumpridos de forma obrigatória, principalmente em se tratando de crianças e adolescentes em desenvolvimento. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao adotar a doutrina do melhor interesse da criança e da proteção integral visa o crescimento saudável de forma a haver a constituição de pessoas felizes, saudáveis, seguras e equilibradas, sendo que só a família pode propiciar ambiente próprio para tanto.

Portanto, o princípio da afetividade, violado pela falta do dever de cuidado dos pais para com a sua prole faz surgir o ato ilícito capaz de ensejar a aplicação do dano

moral. Apresenta-se, portanto, como uma norma de conteúdo moral e cumprimento obrigatório, visto a vulnerabilidade dos sujeitos de proteção, os quais devem ter seus direitos preservados e resguardados sempre com todo cuidado e atenção que estas pessoas em situação especial exige.

CONCLUSÃO

O desafio de falar sobre a afetividade como valor jurídico reside na controvérsia existente sobre a aplicação de dano moral em decorrência do chamado “abandono afetivo”. Visto que a complexidade do trabalho se extrai do fato de o Estado ter que adentrar no âmbito privado a fim de que os direitos a ele inerente sejam atendidos. Ocorre que ao dar conteúdo valorativo ao afeto esse passa a ser norma pela qual se impõe o seu cumprimento.

Diante disso, cabe enfatizar que em razão de os pais terem como direito constitucional decorrente do princípio do planejamento familiar, a livre constituição e formação da prole, cabendo a eles conduzi-la de forma livre, traz responsabilidades para com aqueles que demandam de especial cuidado, conforme preconiza o princípio da paternidade responsável.

Assim, a fim de garantir o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes em formação, é necessário que os seus direitos tenham a máxima eficácia, e, quando há o seu descumprimento, mesmo se tratando de relações privadas, a intervenção do Estado-Juiz se fará necessária a fim de apaziguar conflitos.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi ao proferir voto no REsp. nº 1.159.242/SP expôs a sua posição de forma paradigmática, no sentido de que se faz necessário a aplicação de indenização neste caso, em razão da violação do dever de cuidar, de melhor conduzir a prole no seu desenvolvimento sociopsicológico. E, assim,

corroborar com entendimento de que é, pois, uma imposição de norma constitucional que irradia pelo Direito Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente e como tal, diante de sua importância deve ser tutelada.

Conclui-se, portanto, que o princípio da afetividade está implícito na Constituição da República Federativa do Brasil, diante dos deveres que nascem do princípio da paternidade responsável. E, diante da importância de cuidar, educar, conduzir os filhos em desenvolvimento, o afeto está presente, visto que as relações se constroem em cima deste pilar. Assim, o princípio da afetividade se mostra como algo que vai além de um simples sentimento entre pessoas. É, pois, valor jurídico a ser perseguido e tutelado diante de sua violação, comprovado no caso concreto.

REFERÊNCIAS:

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002. V. 14, p. 9.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05. Abril. 2015.

_____. Decreto nº 99.710/1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

_____. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de julho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 – MG. https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em 20 de novembro de 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05. abril. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Paternidade Homoparental*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_paternidade_homoparental.pdf. p. 2. Acesso em: 04. abril. 2015.

_____. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas. 2015.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*, V. 5. 21. ed. rev. r atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.