

RESPONSABILIDADE CIVIL E AFETIVIDADE: UMA ABORDAGEM SOBRE O ABANDONO AFETIVO E SUAS IMPLICAÇÕES NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE AFETIVA

CIVIL RESPONSIBILITY AND AFFECTIVENESS: AN APPROACH ON AFFECTIVE ABANDONMENT AND ITS IMPLICATIONS IN THE RECOGNITION OF AFFECTIVE PARENTING

Suellen Tapajós da Silva¹

Ariane de Nazaré Cunha Amoras de Araújo²

RESUMO

O presente estudo visa analisar os pressupostos da responsabilidade civil frente ao abandono afetivo, seus desdobramentos no ordenamento jurídico e a maneira como o reconhecimento de paternidade afetiva reflete de forma positiva na formação dos sujeitos vítimas do abandono afetivo. O objetivo geral deste estudo é analisar os pressupostos da responsabilidade civil, seus desdobramentos e a maneira como o reconhecimento de paternidade afetiva, neste contexto, vêm possibilitando a descoberta de uma nova família, a dos filhos do afeto. Optou-se por tomar como problemática desta pesquisa a seguinte questão: como o nosso ordenamento jurídico trata a questão da responsabilidade civil frente ao abandono afetivo e de que maneira o reconhecimento de paternidade afetiva surge como uma possibilidade de “redescoberta” para os sujeitos vítimas do abandono afetivo? Adota-se como procedimento metodológico, o método de abordagem dedutivo, utilizando como técnica a pesquisa bibliográfica realizada através de pesquisa básica acerca do tema, análise de dados através da interpretação qualitativa, onde se trabalha com elementos teóricos como as leis, doutrinas e jurisprudências. O referencial teórico norteador deste estudo tem por base Dias (2015/2017), Karow (2012) e Pereira (2011). Verifica-se que este tema é cada vez mais recorrente nos tribunais de modo que o afeto tem ganhado um espaço maior em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, conclui-se que a necessidade de tutela não abrange somente questões relativas ao patrimônio, existe a necessidade de resguardar também bens e interesses de natureza imaterial associada aos direitos da personalidade, o que abrange a necessidade afetiva como um bem juridicamente a ser tutelado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Afetividade; Abandono Afetivo; Reconhecimento de paternidade afetiva; Filhos do afeto

ABSTRACT

The present study aims to analyze the assumptions of civil responsibility in the face of affective abandonment, its unfolding in the legal system and the way in which the recognition of affective parenting reflects positively in the formation of the victims of affective abandonment. The general objective of this study is to analyze the assumptions of civil responsibility, their consequences and the way in which the recognition of affective parenting, in this context, has made possible the discovery of a new family, that of the children of affection. It was decided to take as a problematic of this research the way in which our legal system treats the question of civil responsibility in the face of affective abandonment and in what way the recognition of affective paternity arises as a possibility of "rediscovery" for the subjects victims of affective abandonment? Methodological procedure, method of deductive approach, using as a technique the bibliographic research carried out through basic research on the subject, data analysis through qualitative interpretation, where we work with theoretical elements such as laws, doctrines and jurisprudence. The guiding theoretical framework of this study is based on Dias (2015/2017), Karow (2012) and Pereira (2011). It turns out that this issue is increasingly recurring in the courts so that affection has gained a greater place in our legal system. Thus, it is concluded that the need for guardianship does not only cover issues related to the patrimony, there is also a need to protect assets and interests of immaterial nature associated with the rights of the personality, which encompasses the affective need as a juridical asset.

KEYWORDS: Civil liability; Affectivity; Affective Abandonment; Recognition of affective parenting; Children of affection.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Integrada Brasil Amazônia - FIBRA. e-mail: sutapajos@hotmail.com

² Mestra em Direito Fundamental pela Universidade da Amazônia - UNAMA. e-mail: ariane_sofia@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os vínculos afetivos vêm adquirindo cada vez mais notoriedade no âmbito social e atentar contra eles, causando danos, geram obrigações indenizatórias. Portanto, fica evidente que hoje se dá mais importância aos vínculos estabelecidos pelo afeto, chegando a se priorizar, em determinadas situações, os laços de afeto em detrimento as relações de sangue.

A necessidade de abordar tais questões nesta pesquisa não é apenas trazer à tona a responsabilidade civil das pessoas envolvidas na relação familiar por força da responsabilidade de ordem moral, além da material, face à possibilidade de danos de ordem subjetiva, mas também discutir de que forma a violação ao ordenamento jurídico vigente, no que diz respeito ao abandono afetivo, possibilita àquela criança ou adolescente a chance de ser amado e de não ter mais seus direitos negligenciados através do reconhecimento de paternidade afetiva.

Partindo da premissa de que o afeto é um elemento fundamental para qualquer ser humano e com o propósito de examinar a sua exigibilidade pelo ordenamento jurídico, o objetivo geral deste estudo é analisar os pressupostos da responsabilidade civil, seus desdobramentos e a maneira como o reconhecimento de paternidade afetiva, neste contexto, vêm possibilitando a descoberta de uma nova família, a dos filhos do afeto.

Pontuando como objetivos específicos investigar a exigibilidade do afeto no ordenamento jurídico e o papel da responsabilidade civil na busca pela substituição das relações familiares; compreender as mudanças significativas na visão da responsabilidade familiar na formação dos sujeitos de acordo com

disposições legais e demonstrar a maneira como o reconhecimento de paternidade afetiva reflete de forma positiva na formação dos sujeitos vítimas do abandono afetivo.

Uma vez identificado que um dos temas recorrentes é a responsabilidade civil pelo abandono afetivo e suas implicações no reconhecimento de paternidade afetiva, optou-se por tomar como problemática desta pesquisa a seguinte questão: como o nosso ordenamento jurídico trata a questão da responsabilidade civil frente ao abandono afetivo e de que maneira o reconhecimento de paternidade afetiva surge como uma possibilidade de “redescoberta” para os sujeitos vítimas do abandono afetivo?

Neste estudo, buscou-se esclarecer questões concernentes à responsabilidade civil pelo abandono afetivo e suas implicações no reconhecimento de paternidade afetiva, traçando um paralelo entre o entendimento da doutrina, leis e jurisprudências voltadas a esta questão. Portanto, o método utilizado nesta pesquisa tem como base o método de abordagem dedutivo, partindo de argumentos gerais para argumentos particulares relacionados ao tema, para ao final desta análise chegar a uma conclusão.

O procedimento metodológico utilizado foi a pesquisa bibliográfica realizada através de pesquisa básica, utilizando-se de mecanismos auxiliares na investigação e definição dos problemas já estudados. Logo, os diplomas legais que reflitam o tema serão correlacionados, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de determinados institutos que digam respeito ao Direito de Família e à Responsabilidade Civil.

No primeiro momento, apresentaremos os princípios basilares para o Direito de Família identificando os que encontram-se diretamente associados às

questões relativas ao abandono afetivo; em seguida discutiremos sobre o panorama da família no ordenamento jurídico brasileiro enfatizando a temática da afetividade nessa seara; em sequência elucidaremos indagações a respeito da responsabilização por abandono afetivo e, por fim esclareceremos o conceito de ‘filhos do afeto’.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 OS PRINCÍPIOS BASILARES PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

A vida e as relações sociais construídas diariamente são muito mais amplas e possuem uma diversidade que a legislação não compreende em sua totalidade. Os escopos legislativos não conseguem acompanhar esta constante evolução social da família, nem responder à todos os questionamentos e inquietações que norteiam o Direito de Família contemporâneo.

Dentre todas as fontes do Direito, sejam elas legislação, doutrina e a jurisprudência, são nos princípios onde conseguimos inferir e adequar fundamentos consistentes para pensar e decidir sobre o que pode vir a ser justo ou injusto.

Os princípios presentes em nosso ordenamento são considerados universais, portanto, tornam-se basilares no que diz respeito à formação do núcleo de uma sociedade. Sua função de otimização deve, portanto, abranger toda a organização jurídica, de modo que preencha as lacunas deixadas por normas positivadas, ou não, ou seja, que encontram-se expressas ou não na legislação.

Nesse diapasão, faz-se necessário elencar e discutir os princípios fundamentais que regem a estrutura familiar, sendo eles

indispensáveis para estabelecer esta relação. Demonstrando, assim, a relevância de versar sobre tais princípios para que se compreenda as decisões que são tomadas quando se trata de abandono afetivo.

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade surge como pressuposto da ideia de justiça humana. Ela independe de merecimento pessoal ou social, nela estão contidos outros valores e princípios essenciais, tais como a liberdade, igualdade, cidadania, alteridade e solidariedade. Significa dizer que ela é inerente à vida e, por conseguinte, é um direito pré-estatal (ANTUNES, 2000).

Conforme o entendimento de Barroso (2003, p. 37): “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. Este princípio encontra-se positivado na Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, onde institui que este, está diretamente ligado ao Estado Democrático de Direito, sendo obrigatoriamente aplicado à todos.

Neste sentido (MORAES, 2013, p. 48) determina que este princípio regulamenta um direito individual protetivo e um dever fundamental igualitário entre os semelhantes.

Para o estudo do direito de família a ideia de dignidade significa dizer que a proteção por esses direitos e a obtenção das obrigações também estão presente nas relações parentais, devendo ser o seu conceito amplamente aplicado às demais formas de constituição familiar de modo a reconhecer a família como núcleo da sociedade independente de como foi constituída.

2.1.2 Princípio do melhor interesse do menor

O Princípio do Melhor Interesse do Menor, não está disposto, de forma expressa, no rol geral presente na Constituição Federal, tendo em vista que, origina-se das constantes mudanças ocorridas na estrutura familiar desde então, portanto, trata-se de um princípio doutrinário que possui uma estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. A Constituição cita em seu artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao menor que ele tenha todos os seus direitos respaldados, estando também estes direitos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990, dando base para que decorra princípio do melhor interesse do menor, que de acordo com sua fragilidade perante os aspectos da sociedade teme então por sua proteção garantida.

Nos dizeres de Rossato (2012, p. 80, grifo do autor):

“o interesse superior da criança e do adolescente é valor recorrentemente enunciado, principalmente, na ordem jurídica internacional, quando por vezes, veste a roupagem de ‘maior’, ‘melhor’ ou ‘superior’ interesse da criança”.

As mudanças ocorridas nas instituições familiares passaram a ser consideradas princípios de ordem pública, advindo então, o princípio do melhor interesse do menor ser um dos princípios base para a relação familiar, tendo inclusive no Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, artigo 3.1, exaltando a importância das ações relativas às crianças, estabelecendo que

o melhor interesse da criança é fator primordial para as ações impostas.

2.1.3 Princípio da afetividade

Este princípio é a base para as relações advindas da socioafetividade. Foi sendo construído gradativamente e está associado a forma de união numa relação familiar. Mesmo não tendo previsão direta na Constituição Federal, por não está relacionada no rol dos princípios expressos, têm ganhado cada vez mais espaço entre a doutrina brasileira.

O afeto é o responsável pela junção entre os integrantes de uma família, sendo para muitos doutrinadores como um princípio base para o direito de família. Conforme Dias (2006, p. 60): “significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”. Logo, é a presença do afeto que gera um elo entre as partes de modo a gerar uma entidade familiar, que está prevista no artigo 226 da Constituição Federal apresentada como a base da sociedade e por isso tem proteção especial do Estado.

Neste sentido, Pereira (2011, p.94) aponta que:

O afeto ganhou status de valor jurídico e, consequentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.

Este princípio, assim como os demais também encontra-se diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, observa-se que para uma relação harmônica e completa em uma relação seja ela advinda de qualquer estilo de

formação é necessário que normas sejam seguidas para que conflitos graves sejam evitados.

Desta forma, não só estes, como outros princípios visam preservar os interesses do indivíduo, resguardando todos os direitos fundamentais inerentes às partes envolvidas neste vínculo.

2.2 O PANORAMA DA FAMÍLIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No antigo Código Civil de 1916, existia um modelo único, determinado e rígido de família, o que mudou completamente na Constituição Federal de 1988, que trouxe com um texto intrigante e inovador, e suas diretrizes serviram de escopo para um redimensionamento do instituto familiar, com dimensões protetivas e não contemplativas ou abstratas em relação à família.

A Constituição Federal de 1988 chegou como uma proposta inovadora, cuja finalidade era acompanhar, de forma mais eficaz, as mudanças ocorridas na sociedade brasileira. O Texto da Carta Magna, em seu artigo 226, apresenta a família como um porto seguro digno da proteção do Estado. "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." (BRASIL, 1988, não paginado). No parágrafo 5º do referido artigo, homem e mulher são tratados de maneira igual nas relações conjugais perante a Constituição.

A entidade familiar passou a adquirir um conceito mais amplo sobre a sua forma de constituição. O casamento, a união estável e a família monoparental foram explicitamente instituídas, além de outras formas de família existentes, como por exemplo a família socioafetiva, homoafetiva, entre demais

entidades familiares oriundas dos laços de afeto. (PESSANHA, 2011).

Outra mudança significativa trazida pelo texto constitucional foi a extinção da desigualdade entre os filhos, através do artigo 227, parágrafo 6º: "§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 1988, não paginado), retratando a genuína mudança de paradigmas na concepção da família.

Lôbo (2003, p. 40) descreve em breves palavras seu conceito de filiação:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal, ao falar sobre as relações de parentesco, reconhece a União Estável. "§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." (BRASIL, 1988, não paginado). O caput do artigo 226 consagra que a entidade familiar é caracterizada pela comunhão plena de vida entre as pessoas, fundadas em laços de afeto, não mais sendo caracterizada apenas pelo instituto do casamento e, diante dessa classificação, qualquer família merece a proteção e a guarda pelo Estado. (PESSANHA, 2011).

Em contrapartida a Legislação Civil de 1916 não especificava em seu texto o que caracterizava uma família. Com a Carta Magna de 1988, várias relações, como as relações

patrimoniais e as de parentesco sofreram transformações drásticas e, devido a falta de compatibilidade entre a Constituição Federal e Código Civil na época, surgiu a necessidade de fazê-la no Código Civil de 2002. Para tanto, o Código Civil deve ser interpretado sempre à luz da Constituição Federal, onde existem apontamentos que fundamentam que a família passou a ser alicerçada nos laços de afetividade, garantindo, portanto, o primado básico da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, meio pelo qual a sociedade busca a felicidade entre as pessoas. Foi com essa finalidade que, também, surgiu no ordenamento brasileiro a união estável.

O conceito de família não é pré-determinado e não possui um modelo pré-estabelecido, sua pilar principal é o afeto, tanto que o Princípio da Afetividade não é somente um fato da vida, psicológico ou sociológico, ele está na Constituição Federal. Os laços de afeto e de amor são estabelecidos com a convivência e favorecidos pela unidade afetiva dos pais. A família, nada mais é, do que reflexo da sociedade na qual está inserida e que passou por uma verdadeira transição paradigmática que lhe causou transformações estruturais e funcionais.

De acordo com os apontamentos de Dias (2017, p. 31):

O novo paradigma está diretamente relacionado à afetividade, que se constitui em um dos elementos centrais identificadores do que se compreende por entidade familiar. A alteração foi de tal ordem que, com isso, a afetividade passa a integrar a própria estrutura da família contemporânea.

A união, que tem como objetivo maior formar uma família, cujos laços possibilitem em si uma parceria, uma compreensão e companheirismo entre o casal e os filhos. A

evolução da família foi causando modificações que acabaram por valorizar as relações ancoradas no afeto, acentuando-se, dentro destas, os sentimentos de amor familiar, felicidade e afeto.

Com base nos apontamentos de Lôbo (2004, p. 4), e fundamentados nos conceitos construídos pela Constituição Federal os filhos são indivíduos concebidos do amor e do afeto construídos no dia-a-dia:

A fortiori, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos não-biológicos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia-a-dia, sejam os que a natureza deu, sejam os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes.

Acompanhando as mudanças da família, Venosa (2017) entende que, nas civilizações ocidentais, atualmente, a ideia de família distancia-se cada vez mais do conceito de poder e supremacia de um membro da família, fazendo com que os direitos familiares tornem-se iguais para todos.

2.3 AFETIVIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO

O cuidado é um valor jurídico mensurável e com reflexos no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui elemento essencial - e não acessório - no desenvolvimento da personalidade da criança. Partindo dessa premissa pode-se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais adquirem obrigações

jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas "*necessarium vitae*".

A necessidade de tutela não abrange somente questões relativas ao patrimônio, existe a necessidade de resguardar também bens e interesses de natureza imaterial associadas aos direitos da personalidade. Desse modo, Dias (2015, p. 454) assinala que "a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como um bem juridicamente tutelado", ou seja, torna-se um valor indispensável ao desenvolvimento das pessoas.

Antigamente o direito ocupava-se apenas com a prestação das condutas adequadas ao convívio social, hoje, têm-se uma nova perspectiva, que aborda o "cuidar da pessoa", a preservação e a manutenção dos direitos da personalidade. Santos (2011, p. 95) explica que:

Ao mesmo tempo em que o direito teve que aprender a se ocupar da afetividade, teve que aprender a lidar com as novas formas de relacionamentos afetivos [...] tentando dirimir os conflitos que surgem de relacionamentos leves, rápidos, fluidos e superficiais, mediante a aplicação de leis e julgamentos dirigidos à regulamentação de relacionamentos estáveis, duradouros e rígidos.

O dever de dar afeto aos filhos não está disposto em nenhuma legislação do nosso ordenamento jurídico, no entanto, a obrigação de prestar afeto entre pais e filhos está implícito em diversas normas que regulam as relações de filiação e paternidade. Todo nosso ordenamento está repleto de preceitos afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos.

Quando alguém, por escolha ou não, se torna pai, surge daí o dever de responsabilizar-se com as consequências desse ato. Não se trata de uma imposição de

amar, mas sim de conviver, porque é através do convívio que surgem tanto as afinidades como o afeto.

2.4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

No direito de família, o nosso ordenamento jurídico pontua diversos deveres pessoais entre seus integrantes, dentre os quais podemos citar o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que dispõe uma gama de deveres em relação à criança e o adolescente e também o artigo 229 do mesmo diploma legal, que estabelece os deveres dos pais em relação aos filhos, bem como dos filhos em relação aos pais.

O artigo 186 do Código Civil estabelece 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". (BRASIL, 2002, não paginado). Deste modo fica estabelecido quem pratica o ato, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência é obrigado a repará-lo.

Neste sentido (VENOSA, 2013, p.22) conceitua que a responsabilidade civil tem base principalmente o dano, o prejuízo, em dano moral a dor psíquica da vítima.

Diante da análise do artigo 186 do Código Civil resta a questão do abandono afetivo na filiação e na possibilidade de reparação do dano moral que foi causado ao filho por não se ter cumprido com a pretensão familiar com o menor.

No âmbito da norma infraconstitucional temos o Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê uma série de direitos e deveres dos pais, entre eles podemos enfatizar o artigo 19 que garante à

criança e ao adolescente o direito à “convivência familiar e comunitária”.

No caso do abandono afetivo existem opiniões que adotam que o abandono na filiação se soluciona com a destituição do poder familiar, e existem opiniões que defendem que deve ser designado pagamento se comprovado a existência do dano.

Diante o exposto, para ser entendido o que é abandono afetivo é necessário entender o quão importante o afeto é necessário para o desenvolvimento da criança e as consequências trazidas a este no caso de ser privado deste convívio. Como já mencionado neste trabalho no decorrer do tempo o elo que une uma família e que é tido como base para as relações advindas desta é o afeto, onde por vezes é posto inclusive em vantagem sobre os laços sanguíneos.

O que serve como estrutura para o crescimento da criança e seu desenvolvimento é justamente os laços que ela constrói durante seus primeiros anos de vida, na qual é ensinado o que é certo ou errado e tendo a formação de sua personalidade. Conclui-se que para manter essa boa relação não significa dizer que devem morar juntos, mas sim se manter presente em tudo o que for necessário para aquela criança.

Ao desrespeitar ou descumprir os deveres inerentes ao poder familiar, isto é, os deveres fundamentais e indispensáveis à formação e segurança do filho, baseado no respeito, cuidado, atenção e afeto, ofende-se os direitos de personalidade inerente ao filho, acarretando-lhe problemas de ordem psicológica, emocional e afetiva, desencadeando dor e sofrimento.

De forma majoritária, a doutrina compreende que o dano moral é oriundo da

simples ofensa aos direitos de personalidade e, desse modo, a criança ou adolescente e até mesmo antes da completa maioridade da vítima do dano moral são titulares da proteção estatal.

Os contrários à tese defendem que não existe fundamentação jurídica para punir quem abandona afetivamente seus filhos, afirmam que a norma não abrange tamanha proteção a ponto de exigir dos pais tal afeto, a ponto de responsabilizá-los pela omissão.

No entanto, não se está obrigando o pai a amar o filho, mas exigir condutas condizentes com os deveres dos pais para com seus filhos no que diz respeito ao desenvolvimento do afeto como fator determinante da personalidade de ambos.

A omissão dos genitores em prover afetivamente seus filhos caracteriza o ato ilícito que dá ensejo a reparação civil, Karow (2012, p. 239-240). aponta que:

Na reparação civil por abandono afetivo, o bem jurídico tutelado primeiramente é a integridade psíquica e emocional do menor, num segundo plano é o desenvolvimento de sua personalidade, livre de traumas. Essa valoração tem como ponto de partida a dignidade da pessoa, passando pelos direitos e deveres decorrentes do poder familiar e a doutrina constitucional da proteção integral.

Uma vez identificada a impossibilidade de restauração da relação afetiva, a única solução seria a condenação do transgressor ao pagamento de indenização por danos morais.

2.5 OS FILHOS DO AFETO

A Constituição Federal passou a tratar todos os filhos de forma igualitária, está legalmente vedada toda e qualquer discriminação entre os filhos, sejam estes

frutos de uma relação de união estável, matrimonial, adúltera, concubinária ou eventual.

Sabemos que a lei sempre buscou a paternidade biológica como princípio fundamental, no entanto, amparadas pelo princípio norteador da pluralidade das famílias, passou-se a considerar também a paternidade baseada no afeto, sem vínculo biológico.

A filiação foi separada do casamento, sua conceituação passou a ser conceituada nas relações de afeto, da consanguinidade e de outros meios.

De acordo com Dias (2017) o reconhecimento do afeto enquanto categoria jurídica e o posicionamento do ser humano como “valor-fonte” do ordenamento jurídico irradiam efeitos para a parentalidade no sentido de deslocar seu paradigma de um critério eminentemente objetivo, totalitário e servil à patrimonialidade das relações familiares interpessoais para outro, marcadamente subjetivo e relacional, ou seja, no afeto fundado na convivência familiar e estável.

Com a prevalência do vínculo da afetividade, a verdade biológica perdeu espaço. O afeto venceu o DNA, ou seja, a realidade afetiva prevalece sobre a biológica. Conforme Dias (2017, p.37) “a verdade sociológica da filiação é construída, não dependendo da descendência genética.”.

Desse modo é possível afirmar que a paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é um gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa bibliográfica tem por finalidade esclarecer e discutir uma temática com base em referências teóricas publicadas em livros, revistas, artigos, periódicos e outros. Procura, ainda, analisar e investigar conteúdos científicos sobre determinado tema. (MARTINS, 2001).

Nesta pesquisa utilizou-se o método dedutivo, partindo de argumentos gerais para argumentos particulares, primeiro abordando questões relacionadas a responsabilidade civil e o abandono afetivo e de que modo, estes, refletirão no reconhecimento de paternidade afetiva. Foram apresentadas proposições que se consideram verdadeiras e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste estudo é a pesquisa bibliográfica, uma vez que, esta, oferece mecanismos que auxiliam na definição e investigação dos problemas já estudados, bem como, possibilita explorar novas áreas cujo, os mesmos, ainda não se solidificaram suficientemente. Viabiliza a análise de um tema sob uma nova perspectiva ou enfoque, gerando a produção de novas conclusões.

Tendo em vista que, a pesquisa tem por finalidade colocar o pesquisador em contato com tudo o que foi produzido sobre determinado conteúdo, não basta a mera repetição do que já foi escrito ou dito sobre o tema para elaborá-la, mas, a investigação, um exame do tema sob uma nova abordagem para que, deste modo, possa-se chegar a conclusões inovadoras e transformadoras.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

4.1 AFETIVIDADE E O DECLÍNIO DA VINCULAÇÃO COM A PATERNIDADE

O primado da afetividade na identificação das estruturas familiares levou à valoração do que passou a chamar de filiação socioafetiva. Mais do que um direito, o afeto tornou-se um dever jurídico. Não só os pais têm obrigação de cuidar, proteger, educar e conviver com sua prole. Quem convive com os filhos alheios assume as mesmas funções.

O fator predominante agora é a presença do vínculo de afeto. Quem dá amor, zela, atende às necessidades, assegura ambiente saudável, independentemente de vínculo biológico, atende o preceito constitucional de assegurar a crianças e adolescentes a convivência familiar.

A afetividade como princípio jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando esta faltar na realidade das relações, desse modo, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

O transbordamento de limites tem um saudável resultado, ou seja, retira da invisibilidade e confere responsabilidade a quem se comprometeu afetivamente com alguém. De acordo com Dias (2017, p. 39) “é o reconhecimento da ética do afeto tão bem sintetizada por Saint-Exupéry na fala do Pequeno Príncipe: você é responsável por quem cativas!”.

No dizer de Pereira (2003) o masculino parece estar sofrendo um declínio em sua vinculação com a paternidade, o que podemos denominar de crise da paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Os pais não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de

participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimentos de seus filhos.

O fim da conjugalidade não leva o fim da parentalidade. A família constituída entre pais e filhos não se dissolve, conforme dispõe o art. 1.632 do Código Civil de que não se alteram as relações entre eles. Se o par conjugal fracassou, a dupla parental obrigatoriamente precisa ser preservada, mesmo que os genitores constituam novas uniões, o elo permanece.

Ao contrário do que acontece com os adultos, que podem trocar de par, os filhos não podem trocar de pais, claro que podem construir um vínculo afetivo com quem os seus genitores passaram a conviver, mas um não substituiu o outro, pode até amar ambos, mas pai é pai e mãe é mãe, logo o espaço que ocupam no coração dos filhos é insubstituível.

4.2 A EXIGIBILIDADE DO AFETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO ABANDONO AFETIVO

Apesar de todos terem conhecimento da necessidade de se resguardar o convívio com os filhos, a separação dos pais sempre gera nos filhos perdas afetivas, sendo que, certamente, as maiores sequelas são de ordem psíquica em função da impossibilidade de compreensão da sua não responsabilidade pelo fim da união.

De acordo com os apontamentos de Dias (2017, p. 223):

A afetividade no campo jurídico vai além do sentimento, e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isso, o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil. O princípio da afetividade, aliado ao da paternidade

responsável, é o que autoriza o estabelecimento da responsabilidade civil.

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, é um dever imposto aos pais em relação aos filhos. Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao trabalhar com os princípios constitucionais, determina as responsabilidades dos pais em regras.

Porém, apesar da lei civil atribuir aos pais um rol de deveres e responsabilidades pela criação e educação dos filhos, conforme disposto nos artigos 1.634, inciso II e 1.566, inciso IV, do Código Civil, não está determinada qualquer penalidade a quem os descumprem, o que culmina por incentivar o inadimplemento. É interessante ressaltar, que de nada adianta atribuir ônus e encargos, sem a previsão de algum mecanismo punitivo ou sancionador.

O termo abandono afetivo não se delimita somente ao inadimplemento do dever de pagar alimentos, mas também, de descumprir os deveres relativos ao cuidado e convívio, ainda que o genitor pague os alimentos.

Dias (2017, p.224) salienta que “o abandono moral ou material lesa direitos implícitos da condição jurídica de filho, cuja observância por parte dos pais é pressuposto para o equilibrado desenvolvimento da criança.”.

O Código Penal em seu artigo 133, §3º, inciso II, dispõe que a postura omissa do genitor configura o delito de abandono de incapaz. A omissão não consiste em um ato isolado, mas em uma atividade que se renova a cada dia podendo repercutir na desestruturação psíquica do filho, pela infância e adolescência. (ROSENVALD, 2014).

Em contrapartida, o ECA (Brasil, 1990), prevê como infração administrativa, o descumprimento doloso ou culposo dos deveres decorrentes do poder familiar, imputando multa de três a 20 salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Portanto, é a ausência do cuidado, o abandono moral que viola a integridade psicofísica dos filhos que configura dano moral. A omissão de cuidado, configura um ato ilícito, não apenas violando normas infraconstitucionais, mas ofendendo diretamente o direito fundamental a convivência familiar, conforme disposto no art. 227, da CF/88. Trata-se de responsabilidade objetiva, que dispensa a prova da existência de sequelas de qualquer ordem.

O ato ilícito do pai, consubstanciado na quebra culposa dos deveres inerentes à paternidade, causa dano, consubstanciado na perda da oportunidade de atingir condição mais favorável. Claro que o dinheiro não compensa a falta de afeto e nem preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. E mais, é sinal de que há responsabilidade e não impunidade quanto aos atos praticados. (DIAS, 2017).

Para os outros filhos abandonados, nasce a esperança de que poderão receber do Poder Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que não receberam afeto e nunca receberão. A dor e o sofrimento não desaparecem com a indenização, mas é um alento, a certeza de que não há impunidade para a conduta lesiva que tanto dano lhe causou.

Reconhecidamente houve uma enorme resistência por parte do Judiciário em reconhecer o abandono afetivo como gerador da obrigação de indenizar. A esfera jurídica se

opunha à indenização do dano moral por acreditar que a dor e a honra seriam sentimentos de valor inestimável e de difícil aferição monetária.

Dias (2017, p.228, grifos do autor) apresenta:

Com a célebre frase: amor é faculdade, cuidar é dever, a Ministra Fátima Nancy deslocou a origem da obrigação indenizatória do campo do afeto para a responsabilidade de cuidado, inerente ao poder familiar. Ou seja, a justiça reconheceu que o abandono gera obrigação indenizatória por dano afetivo.

Portanto, a falta de convívio configura descumprimento ao dever de cuidado, que é de responsabilidade de ambos os genitores. Quando o inadimplemento gera prejuízos de ordem psíquica, com reflexos danosos por toda a existência, ocasiona dano moral, suscetível de ser indenizado.

4.3 RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE AFETIVA: UMA REDESCOBERTA NA FORMAÇÃO DOS SUJEITOS VÍTIMAS DE ABANDONO AFETIVO

A filiação socioafetiva não dispõe de expressa previsão legal, mas é consagrada, ainda que de forma não explícita. Dois dispositivos do Código Civil (BRASIL, 2002, não paginado, grifo nosso), permitem seu reconhecimento:

Art. 1.593 - além do parentesco natural, civil e consanguíneo, é reconhecido o parentesco de outra origem.
[...]

Art. 1.605, inciso II - a filiação pode ser provada quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.
(Grifo nosso)

O efeito jurídico da paternidade socioafetiva é reflexo do reconhecimento

constitucional da igualdade entre os filhos independentemente da origem.

A filiação decorre da convivência, do cuidado, da dedicação, podemos afirmar que tem mais significado do que a simples comprovação do vínculo genético, posto que a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade.

Os laços de sangue não são suficientes para garantir a parentalidade. Paternidade e maternidade estão muito além do vínculo genético. A verdadeira parentalidade pode ser também uma construção socioafetiva que nasce na posse do estado de filho ou na posse do estado de pai. (PEREIRA, 2011).

De acordo com Figueiras *apud* Dias (2017, p.52):

A posse do estado de filho constitui base sociológica da filiação, é esta noção fundada nos laços de afeto, o sentido verdadeiro de paternidade. Não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias.

As relações afetivas solidificadas no tempo, que possibilitam uma estruturação psíquica, ocupando os sujeitos os lugares de filho e de pai, estão suscetíveis à incidência da norma jurídica. O afeto, para o Direito, vai além do sentimento de amor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em um momento tendencioso à humanização do Direito de Família, onde existe uma linha muito tênue entre o amor e o afeto e as rígidas determinações legais. Algumas decisões de nossos tribunais têm despertado interesse

haja vista a monetarização das relações familiares como resultado da extinção de tais vínculos afetivos. Neste contexto, monetarização, significaria responsabilizar àquele que negligenciou ou agiu de forma lesiva, com quem mantinha ou deveria manter uma relação amorosa e familiar, a obrigação de indenizar por danos morais.

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 – dispõe em seu art. 227, o dever da família de garantir aos filhos não apenas os direitos básicos intrínsecos a todo ser humano, mas também alude de modo objetivo a responsabilidade de proporcionar à criança e ao adolescente a convivência familiar. Tais obrigações são decorrentes da proteção constitucional advindas dos direitos à personalidade (art. 5º do referido diploma legal), sendo estes invioláveis, em atenção ao princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CF). Deste modo, os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana vêm como fundamento primeiro da existência do afeto nas relações familiares.

A responsabilidade civil por abandono afetivo é um tema de grande complexidade, que apresenta dificuldades de abordagem na discussão de sua aplicação, em virtude das divergências contidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Discutindo um tema de grande relevância como a família e observando a evolução que esta instituição sofreu ao longo dos anos, principalmente no que diz respeito ao nosso ordenamento jurídico, em especial, a Constituição Federal, torna-se imprescindível compreender e identificar o papel da família na criação dos filhos, mais precisamente na formação do ser humano como um ser social, capaz de constituir sua

própria família e dar continuidade ao ciclo da vida.

Os deveres de um pai em relação ao filho não se originam do reconhecimento civil ou judicial da paternidade, pelo contrário, são anteriores a isso, decorrem da condição natural do homem enquanto agente a concepção daquele ser. A obrigação de assistência é intrínseca tanto à relação biológica quanto à não-biológica, sendo que este dever não se limita aos alimentos, fonte de sobrevivência, mas, entre outros, também ao afeto, fonte de construção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do trabalho científico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, v. I, 2000. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rosa%20Maria%20dos%20Santos%20Manerick.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional**: pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.37.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF: 16 jul. 1990.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 30 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

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

_____. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Direito de família**: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial (Coordenador Álvaro Villaça Azevedo). v. XVI. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 40.

_____. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para Além do Numerus Clausus, In: FARIAS, Cristiano Chaves de. Temas atuais de direito e processo de família, Primeira Série, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

MARTINS, G.A. & PINTO, R.L. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.48.

NORONHA, Rosa Maria Lopes (Coord.). **Normalização de trabalhos de conclusão de curso**. Belém: FIBRA, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Pai, por que me abandonaste?** In: GROENINGA, Giselle Câmara (coord.). Direito de família e psicanálise. São Paulo: Imago, 2003.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf. Acesso em: 31 mai., 2018.

ROSENVALD, Nelson. **O ilícito omissivo parental**: as três travessias. Revista IBDFAM: Família e Sucessões. v. 4, p. 43-80. Belo Horizonte: IBDFAM, mai. - jun. 2014.

ROSSATO Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: lei 8069/1990, artigo por artigo, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.80.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares**. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/paula_souza.pdf. Acesso em: 16 de nov., 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2017.