

## O AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

### AFFECTION IN FAMILY LAW BRAZILIAN.

*Timaretha Maria Alves de Oliveira Pereira<sup>1</sup>*

#### RESUMO

Com base na principiologia constitucional, em especial na prevalência do princípio da dignidade humana e na realidade prática da vida em sociedade, o Direito de Família passou por grandes avanços nas últimas duas décadas, quando foi atingido por diversas inovações legislativas, doutrinárias e especialmente jurisprudências. Uma das mais marcantes mudanças foi a consolidação do afeto como valor jurídico, atingindo assim, as diversas relações familiares e modernizando o Direito de Família. Da instituição de novas entidades familiares baseadas na aceitação do afeto, passando pelas questões atinentes à filiação afetiva, chegando à revolução do dano moral por abandono afetivo, pretende-se através do presente artigo analisar o afeto como valor jurídico e as inovações que essa ideia tem provocado no sistema jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Afeto, Famílias, Filiação Socioafetiva, Abandono Afetivo.

#### ABSTRACT

Based on constitutional principles, especially in the prevalence of the principle of human dignity and the practical reality of life in society, Family Law have undergone great advances in the last two decades, since it was struck by several legislative and doctrinal innovations, and especially by jurisprudence. One of the most striking change was the consolidation of affection as legal value, what has touched the various family relationships and modernized family law. The establishment of new familiar entities based on acceptance of affection, going through the emotional issues pertaining to affiliation, and coming to the revolution of moral damages for emotional abandonment, this article sets out to analyze the affect as legal value and innovations that this idea has caused on the Brazilian legal system.

**KEYWORDS** Affection, Families, Socioaffective Affiliation, Affective Abandonment.

#### INTRODUÇÃO

Nas palavras de CARBONERA e FACHIN (1998) “Somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam a outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto”.

O afeto alcançou, na atual ordem constitucional, a qualificação de valor jurídico, sendo dotado de grande importância, especialmente para o Direito da Família, onde em diversas áreas

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito da Universidade Regional do Cariri –URCA. e-mail: [timaretha\\_m@hotmail.com](mailto:timaretha_m@hotmail.com);  
[timaretha@gmail.com](mailto:timaretha@gmail.com).

atua como base para inovações legislativas e jurisprudenciais. Da legitimação das novas famílias ao reconhecimento do abandono afetivo ensejador de dano moral, a valorização do afeto baseado no princípio da dignidade humana tem mudado a perspectiva sobre a qual se vê a família na ótica jurídica, saindo de padrões estritamente patrimoniais e contratuais para a elevação das questões afetivas à estatura de padrão orientador das relações familiares.

Assim, pretende-se com o presente artigo, tratar das várias manifestações do valor jurídico do afeto e da incidência do princípio da afetividade nas relações do Direito de Família, analisando o afeto e o princípio da afetividade, decorrentes de princípios constitucionais e os casos práticos, questões controversas e consequentes mudanças que os novos parâmetros constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudenciais têm promovido nas questões atinentes à família.

## **METODOLOGIA**

No presente trabalho foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico, reunindo trabalhos de diferentes doutrinadores, mestres no Direito Civil e Constitucional, bem como os julgados referentes a cada tema analisado e a legislação pátria aplicável aos temas.

Em um primeiro momento partiu-se para a reunião de todas as fontes referenciais necessárias ao detalhamento do assunto, passando então, à análise das correntes doutrinárias e jurisprudências, bem como a aceitação de tais correntes na esfera legislativa. Assim, foi possível a confecção do artigo de modo a ressaltar, primeiramente, um estudo principiológico do tema e depois sua aplicação em variados temas do Direito Civil.

## **FAMÍLIAS, AFETIVIDADE E DIGNIDADE HUMANA**

Os conceitos de família têm sido constantemente moldados e mudados ao decorrer dos tempos. Da família patriarcal onde predominava a figura de um chefe ou patriarca que exercia forte influencia sobre todo o ajuntamento familiar, até a configuração atual, amplamente reformada, de uma enorme diversidade de tipos familiares formados das mais variadas formas possíveis, o desenvolvimento social e as necessidades humanas acabaram por alinhar as formações familiares em um novo eixo. A realidade atual das formações familiares reflete uma era onde a base dessas formações não se encontra apenas em razões biológicas, jurídicas ou

sociais, mas, pelo contrário, na existência do afeto entre os membros da estrutura familiar, afeto este que constitui o principal vínculo para a agregação de indivíduos na sociedade moderna.

A Constituição Federal de 1988 estabelece novos padrões para o Direito de Família. Com o crescente ganho de importância do Princípio da Dignidade Humana, juntamente com os valores de solidariedade e igualdade, a Carta Magna mudou os padrões de estabelecimento e defesa das famílias. O art. 226, caput, do texto constitucional, deixa clara a importância da família para a sociedade e para o Estado moderno: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A partir do princípio da Dignidade Humana, chamado também de superprincípio ou princípio dos princípios, nasce a tendência de despatrimonialização e repersonalização das relações de família, deixando em último plano as questões patrimoniais com vistas ao atendimento das necessidades existenciais dos membros do corpo familiar, bem como a garantia dos seus direitos da personalidade. Nessa linha de raciocínio é o pensamento de TEPEDINO (2002):

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Nas lições de TARTUCE apud MIRANDA e MEDEIROS, vale salientar que:

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepelível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

Assim, baseado no interesse de proteção da dignidade humana, o Direito de Família, totalmente fincado na nova ordem Constitucional, estabelece um abandono à ideia de que as relações familiares são eminentemente patrimoniais, passando à visão da família como união de pessoas unidas por um laço afetivo, psicológico, sentimental que se obrigam a uma comunhão de vidas de modo que se apoiem uns aos outros. Assim, o afeto ganha valor jurídico, uma vez que, com base nele, o direito passa a cuidar de áreas antes intocadas. Por isso, nas palavras de HIRONAKA apud ANDRADE (2011), “... o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade.”. Institui-se, portanto o princípio da afetividade no Direito de Família moderno, conforme as palavras de GAGLIANO e FILHO (2012):

o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva — e encontra a sua raiz ôntica — da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.

A atuação do princípio da afetividade, apesar de não ser mencionado diretamente no texto legal, se torna eminente em diversos institutos do Direito de Família. CARDIN E FROSI (2010) determinam a seguinte listagem: a igualdade dos filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º da Constituição Federal); a adoção; o reconhecimento da união estável (§ 3º do art. 226 da Constituição Federal); a família monoparental (§ 4º, art. 226 da Constituição Federal); a família homoafetiva (art. 2º da Lei nº.11.340/2006); a liberdade de decisão sobre Planejamento familiar (§ 7º, art. 226 da Constituição Federal); o exercício da paternidade responsável, fundada na assistência afetiva, moral, intelectual e material da prole (arts. 244 e seguintes do CP e 22 e seguintes do ECA); as sanções para o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 22, Lei 8.069/1990); a impossibilidade de perda do bem de família para conservação da unidade familiar (art. 1º, da Lei 8.009/1990); a previsão no Código Penal dos crimes contra a assistência familiar (art. 244 e seguinte, CP); a garantia de que, na colocação de menor em família substituta, a afetividade será considerada, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (§ 3º do art. 28 da Lei 8.069/1990); o dever dos filhos maiores em ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, Constituição Federal), dentre outros.

Segundo LÔBO (2000):

a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

## **ALGUMAS ESPÉCIES DE ENTIDADES FAMILIARES E O AFETO.**

Conforme já tratado anteriormente, a importância do afeto nas relações jurídicas e familiares tem atingido várias áreas do Direito da Família, nesse tópico discorreremos sobre a influência da afetividade na formação de novas composições familiares, baseadas não mais na estrita legalidade, mas nos valores de afeto, convivência e cuidado mútuo.

Segundo entendimento de LÔBO (2002), “a afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas sua causa originária e final, haverá família.”.

Além das inovações constitucionais tais como o reconhecimento da união estável e da “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” como entidades familiares, a doutrina e jurisprudência pátrias têm trabalhado no sentido de estender o conceito de família a outras formações até então desprezadas pelo Direito, colocando-as no arcabouço da proteção jurídica, tais como a união homoafetiva. A seguir contemplaremos algumas das entidades familiares presentes na realidade social e jurídica brasileira.

## **1. ENTIDADES FAMILIARES DISCIPLINADAS NA CF/88**

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988).

Na atual Constituição Federal são listados três institutos classificados como família:

- A. Casamento civil (art. 226, §§ 1º e 2º);
- B. União estável entre homem e mulher (art. 226, §3º);
- C. Família Monoparental, definida como “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º).

A família baseada no casamento civil, também denominada matrimonial é aquela formada por duas pessoas de sexos opostos que decidem se unir perante o Estado, assumindo compromissos recíprocos tanto legais como sociais e pessoais. Para DINIZ (2010), “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.

O código Civil disciplina ainda os deveres dos cônjuges no casamento:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:  
I – fidelidade recíproca;  
II – vida em comum, no domicílio conjugal;  
III – mútua assistência;  
IV – sustento, guarda e educação dos filhos;  
V – respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2002).

A união estável adquiriu status de entidade familiar na Constituição Federal de 1988, para RODRIGUES (2002) pode-se conceituar união estável como sendo “a união do homem e da mulher fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns”.

Segundo o art. 1.723 do Código Civil, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Assim, o Código lista os requisitos para o reconhecimento da união estável:

- Publicidade/Ostensibilidade,
- Não-eventualidade,
- Diversidade de sexos.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar muito nos fala sobre o valor jurídico que o afeto adquire no Direito de Família Brasileiro. Ora, é de enorme monta a quantidade de relações permeadas de afeto, cuidado e respeito recíproco e intenção de estabelecer família que até então não eram consideradas legítimas pela ausência do casamento civil. O estabelecimento de uma família restava adstrito àqueles detentores de uma certidão que declarava o casamento, ou seja, o afeto e a intenção de formar família eram dependentes da burocracia estatal. Assim, o direito à constituição de família restava burocratizado, “patrimonializado” como qualquer negócio jurídico.

Com a nova ordem constitucional e civil, o afeto rompe as barreiras do burocrático e estabelece a família pela intenção e compromisso de ser família, garantindo, inclusive todos os direitos atinentes ao casamento civil e o reconhecimento dos filhos havidos durante a união estável.

Por fim, faz-se necessário pormenorizar a família monoparental, que pode ser definida como aquela formada por um dos pais e seus descendentes. A formação desse tipo de entidade familiar pode se dá por diversos motivos, desde divórcio, que se torna a cada dia uma realidade mais presente na vida dos brasileiros, até a morte de um dos pais, passando pelas situações de adoção feita por pessoa solteira, ou a inseminação artificial por mulher solteira, ou fecundação homóloga após a morte do marido. É extremamente marcada pela figura da afetividade, uma

vez que o pai presente terá que desdobrar-se em trabalhos, cuidados, atenções e afetos para os filhos. Para SHIGUEMITSU apud DIAS (2007) seria uma tentação ao princípio da isonomia, dignidade de família e não reconhecimento dessa entidade familiar.

Nas palavras de SILVA (2009):

Hoje, há mulheres que já conquistaram independência financeira, prestígio profissional e que não querem constituir família bipolarizada, mas desejam ser mãe e com isso buscam a produção independente. Negar a existência desse tipo de família e não lhes fornecer direitos familiares seria uma tentação ao princípio da isonomia, dignidade de família e discriminação.

## **2. ENTIDADES FAMILIARES NÃO LISTADAS NA CONSTITUIÇÃO/1988**

É pacífico na doutrina pátria que o rol de entidades familiares listadas no artigo 226 da Constituição Federal é exemplificativo, admitindo, portanto, outras formas de entidades familiares além das listadas anteriormente. É nesse contexto que se faz necessário o aprofundamento nas doutrinas e jurisprudências de modo a interpretar os princípios constitucionais como já visto, e acrescentar as novas entidades familiares pautadas no afeto, assimiladas pela sociedade de uma forma geral e cada vez, mais admitidas pelo Direito.

As entidades de que trataremos a seguir são, na maioria das vezes, fruto de inovações jurisprudenciais.

### **2.1. UNIÃO HOMOAFETIVA**

O Direito é o reflexo das mudanças que ocorrem na sociedade como um todo, e para que seja efetivo, ele precisa ser hábil em admitir as transformações e gerir os conflitos de interesse e pensamento, não permitindo que sujeitos sociais fiquem desamparados pela falta de norma que lhes ampare.

Foi justamente na intenção de buscar amparo legal para situações de fato e de certa forma, corriqueiras, que os defensores da união homoafetiva buscaram a legalização dessas uniões perante a lei de modo a conceder-lhes direitos até então negados. Ainda hoje resta não regulamentada em lei a união estável ou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, porém a jurisprudência tem dado passos largos no sentido de permitir tais uniões e de garantir o direito dos casais homoafetivos sob o fundamento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Segundo o Ministro José Carlos Teixeira Giurgis, “é incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças” (RIO GRANDE DO SUL, 2005). Anteriormente a união entre pessoas do mesmo sexo era tida por muitos doutrinadores como uma mera sociedade de fato e não como entidade familiar, excluindo assim o direito a alimentos, os direitos sucessórios e direito à meação patrimonial.

Porém, com o avanço da doutrina e da jurisprudência em defesa da união homoafetiva e sobre o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana e em especial da afetividade defende-se a união homoafetiva como entidade familiar não listada na Constituição, mas perfeitamente possível uma vez que possui o caráter de núcleo afetivo, assim como as demais entidades familiares explicitadas pela Carta Magna.

GAGLIANO e FILHO (2012) levantam a questão do valor afetivo da família em defesa do reconhecimento da união homoafetiva:

Ora, se a premissa de todo o nosso raciocínio ao longo deste trabalho fora o caráter socioafetivo e eudemonista do conceito de família, seria um indesejável contrassenso, agora, negarmos o reconhecimento do núcleo formado por pessoas do mesmo sexo.

Se, em nossa concepção jurídica, a família é um núcleo moldado pela afetividade vinculativa dos seus membros (socioafetiva) e, além disso, traduz a ambiência necessária para que realizem os seus projetos pessoais de felicidade (eudemonista), como negar aquele arranjo formado por pessoas do mesmo sexo se, também aqui, essas fundamentais características estariam presentes?

Em 2011, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Segundo COELHO (2012), “por meio de instrumento particular ou escritura pública, pessoas do mesmo sexo podem contratar validamente a união estável, que será equiparada, para todos os efeitos jurídicos, à de pessoas de sexos diferentes”.

No seu voto, o Ministro Ayres Britto leciona:

o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de



“promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (BRASIL, 2011).

Após a decisão do STF, vários casais homoafetivos que viviam em união estável passaram a pedir a conversão da mesma em casamento civil, conforme a Constituição garante aos casais heterossexuais. Os juízes de primeiro grau aceitaram tais pedidos, convertendo uniões homoafetivas em casamento. Diante de tais decisões, o Ministério Público não interpôs recurso e as mesmas vieram a transitar em julgado. Assim, na atualidade mesmo sem legislação específica sobre o tema, a união e até mesmo o casamento homoafetivo tornaram-se prática usual na sociedade brasileira.

## **2.2.FAMÍLIA SUBSTITUTA**

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no seu art. 28:

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

A constituição das famílias substitutas é exemplo claro do reconhecimento explícito da legislação acerca da importância do princípio da afetividade no Direito de Família. Por vezes, famílias que não apresentam condições de criar seus filhos e dar-lhes condições dignas de vida, entregam os mesmos à adoção, quando não os abandonam à própria sorte. Essas crianças e adolescentes são submetidas à adaptação em novas famílias e novas condições de vida. A lei, no entanto, a fim de garantir-lhes condições dignas nessa nova vida, pauta a escolha das famílias substitutas na existência de afinidades ou afetividade entre o adotado e o adotante.

## **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

O homem contemporâneo passa por diversas e profundas revoluções no seu modo de se relacionar com o outro, fazendo com que o Direito (especialmente o de Família) trabalhe para se adaptar a tais mudanças. Em um Direito de Família cada vez mais humanizado e marcado pela afetividade, a questão da paternidade socioafetiva salta aos olhos como inovação imprescindível a defesa da dignidade da pessoa humana. Para COELHO (2012) “a filiação

socioafetiva constitui-se pela manifestação do afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é genitor ou genitora e a pessoa tratada como se fosse seu filho”. Assim, sob o velho ditado popular “Pai é o que cria”, a legislação e a jurisprudência pátrias têm se modernizado no sentido de estabelecer a paternidade socioafetiva como forma de defender as relações entre pais e filhos que não possuem laços genéticos, mas que são unidos por um elo de afeto.

Segundo GAGLIANO e FILHO (2012),

O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva. Ou seja, situações há em que a filiação é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente do vínculo genético, prevalecendo em face da própria verdade biológica.

A jurisprudência pátria também tem se manifestado favorável à paternidade socioafetiva, senão vejamos:

STJ - REsp 119346 / GO RECURSO ESPECIAL 1997/0010181-9  
FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO.

- Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma “adoção simulada”, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos.

Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2003)

Importante questão é a figura da “adoção à brasileira” (aquela constituída sem o devido processo legal), tal espécie de adoção constitui ato ilegal e até mesmo criminoso, porém depois de criado o laço socioafetivo ela não poderá ser desconstituída, porque não se pode ignorar o fato de que este ato gera efeitos decisivos para a criança adotada.

Assim, passamos a analisar a outra face da moeda da paternidade socioafetiva: o estado de filho, pois o reconhecimento da filiação surge com a confirmação da convivência familiar e da afetividade. De acordo com DIAS (2007), “a filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação”. O filho é titular do estado de filiação, que se consolida na afetividade. Não obstante, o art. 1.593 do Código Civil Brasileiro de 2002 evidencia a possibilidade de diversos tipos de filiação, quando menciona que o parentesco pode derivar do

laço de sangue, da adoção ou de outra origem, cabendo assim a hermenêutica à interpretação da amplitude normativa previsto pelo Código.

Esse entendimento resulta na real possibilidade do ajuizamento de ação de investigação de paternidade socioafetiva e no reconhecimento dessa paternidade mesmo havendo reconhecida paternidade biológica, uma vez que o afeto se sobrepõe a questões eminentemente biológicas:

EMENTA: RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIADIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de pré questionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. Acórdão: vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. (BRASIL, 2007).

Faz-se necessário frisar o Enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que discorre: “Enunciado 341 – Para os fins do art. 1696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”. A obrigação alimentar bem como o direito à herança é derivada da relação entre filhos e pais socioafetivos, ressaltando a desbiologização da paternidade no atual Direito Civil.

## **DIREITO AO AFETO E ABANDONO AFETIVO**

Segundo LÔBO, “o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas”. Conforme instituído pela Constituição Federal no seu artigo 226, §7º, o Direito de Família é regido pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, os quais, em específico fundamentam o planejamento familiar. Ora, a Carta Magna permite esse planejamento como forma de constituir a família como realmente deve ser: um ajuntamento afetivo, que fornece um ambiente emocional e psicologicamente saudável para os participantes. Acontece que por inúmeras vezes, os pais agem de forma irresponsável, pensando que suas obrigações se resumem ao sustento financeiro, esquecendo-se do apoio moral, psicológico para a formação de seus filhos. Nas palavras de CARDIN (2012):

...o planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico é livre, contudo a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, aqueles que não querem se comprometer com o mínimo de assistência afetiva, moral, intelectual e material que não tenham filhos.

O artigo 227 da Constituição dispõe sobre os deveres da família em relação à criança, ao adolescente e ao jovem:

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 (BRASIL, 1988).

Com base na análise de LÔBO (2012), passamos a discorrer sobre o primeiro caso levado ao Judiciário sobre a questão do abandono afetivo: este ocorreu em Minas Gerais, onde o autor manteve contato regular com o pai até os 6 anos de idade. Após o divórcio dos pais e o nascimento de uma irmã fruto do novo relacionamento do pai, o mesmo se afastou totalmente do filho, permanecendo, porém lhe pagando alimentos. O filho ajuizou ação de danos morais, julgada improcedente em primeira instância, mas acolhida no Tribunal de Justiça, declarando que “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”, com a condenação ao pagamento de 200 salários mínimos. No STJ, o a decisão foi reformada (REsp 757.411), sob o argumento de que “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”, argumentando ainda que o não cumprimento das obrigações advindas da paternidade ensejam apenas a perda do poder familiar. A questão não chegou a ser conhecida pelo STF devido à rejeição do recurso extraordinário (RE 567.164), sob o argumento de que este é incabível para a análise de indenização por danos morais.

Na análise desta questão vêm-se claramente as duas correntes doutrinárias que se confrontam sobre a questão do dano moral por abandono afetivo: de um lado estão aqueles que entendem que o dano moral é possível e até necessário uma vez que houve o descumprimento dos deveres da paternidade, ensejando uma complicada rede de problemas sociais, psicológicos e emocionais ao filho abandonado, além do argumento de que a simples perda do poder familiar em resposta ao abandono seria até um prêmio para o pai irresponsável. Doutra banda, os que se contrapõem à tese, argumentam que isso importaria em uma monetarização do afeto, desvirtuando a essência do mesmo, impondo uma obrigação a algo que deveria ser espontâneo, argumentam ainda, que seria impossível medir o afeto e transformá-lo em dados financeiros.

Em abril de 2012, o julgado do Recurso Especial Nº 1.159.242 – SP, proferido pela Ministra Nancy Andrighi veio trazer luz à questão da indenização por abandono afetivo, em decisão inédita sobre o tema, segue a ementa:

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, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

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

7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012).

Em resposta ao argumento de que estaria havendo uma monetarização do afeto (ou do amor), a ministra argumenta a importância do cuidado para a formação dos filhos e a responsabilidade dos pais em prover tal formação:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: 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. (BRASIL, 2012).

A questão é, sem dúvida, ainda permeada por controvérsias, nada existindo de pacífico, mas é importante salientar que a corrente defensora da indenização pelo abandono afetivo vem ganhando força, especialmente pela citada decisão do STJ, em resumo, o que se defende é que o abandono seria uma forma de prevaricação dos pais, deixando de cumprir os deveres que assumem no momento em que decidem gerar uma criança, não há como exigir que tais pais tenham amor pelos filhos, isso é de caráter estritamente íntimo, porém o que o Direito de Família, calcado em especial do princípio da afetividade é que não falte aos filhos o cuidado afetivo e amparo psicoemocional necessários ao seu desenvolvimento enquanto ser humano na defesa de sua dignidade, cite-se aqui a célebre frase da Ministra Nancy Andriighi, presente no REsp Nº 1.159.242 – SP: “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”(BRASIL, 2012).

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Denise. **Parentalidade Socioafetiva: o valor jurídico do afeto**. Atmosfera feminina: São Paulo, 2011. Consultado em 06 de maio de 2013. Disponível em: [http://www.atmosferafeminina.com.br/Colunistas/Denise\\_Andrade/Parentalidade\\_Socioafetiva\\_o\\_valor\\_juridico\\_do\\_afeto](http://www.atmosferafeminina.com.br/Colunistas/Denise_Andrade/Parentalidade_Socioafetiva_o_valor_juridico_do_afeto)

BRASIL. **Código Civil**: promulgado em 10 de janeiro de 2002. DF: Senado, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

PEREIRA, T.M.A.O. O afeto no direito de família brasileiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º. 1.159.242/SP**, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. 24 de Abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º. 878.941 - DF**, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. 21 de Agosto de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 119.346/GO**, 4ª Turma, Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília: 31 de Março de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Plenário. Brasília, 05 de maio de 2011.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei Federal n.º 8069, de 13 de julho de 1990**. Distrito Federal: Senado.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família** In:

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 296.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa; MARCELINO, Andrey de Alcântara. **União homoafetiva: novo paradigma de entidade familiar**. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 2, p. 569-580, jul./dez. 2008

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor jurídico**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, volume 5. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ. Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina: ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes, nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: 10 de Junho de 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, C.B. **As novas entidades familiares brasileiras**. Revista do Curso de Direito – UNIFACS, nº 112. Salvador, 2009. PUBLICADO na Revista Jurídica da UNIFACS (ISSN 1808-4435). Salvador, nº 112 - outubro/2009. Consultado em 16 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/89>

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.