

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas - FDA

SÉRGIO BEZERRA DA SILVA

**ABANDONO AFETIVO – Uma Crítica aos Projetos de Lei em Tramitação no
Congresso Nacional**

**Maceió/AL
Junho/2020**

SÉRGIO BEZERRA DA SILVA

**ABANDONO AFETIVO – Uma Crítica aos Projetos de Lei em Tramitação no
Congresso Nacional**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de
Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Wladimir Paes de Lira

Assinatura do Orientador

Maceió/AL
Junho/2020

Catlogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586a Silva, Sérgio Bezerra da.
Abandono afetivo : uma crítica aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional / Sérgio Bezerra da Silva. – 2020.
75 f.

Orientador: Wlademir Paes de Lira.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2020.

Bibliografia: f. 67-75.

1. Abandono. 2. Afeto. 3. Afetividade. 4. Danos (Direito). 5. Direito. 6. Família. 7. Intimidade. 8. Justiça. 9. Projeto de lei. 10. Responsabilidade civil. 11. Emoções. 12. Direito de família. I. Título.

CDU: 347.61/.64

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

FOLHA DE APROVAÇÃO

SÉRGIO BEZERRA DA SILVA

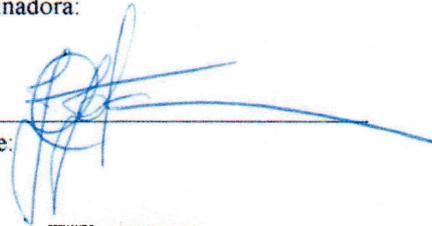
**ABANDONO AFETIVO – Uma Crítica aos Projetos de Lei em Tramitação no
Congresso Nacional**

Aprovado em 6 de outubro de 2020.

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

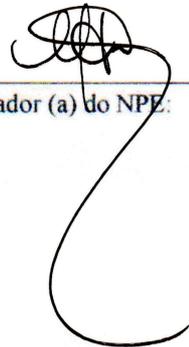
Banca Examinadora:

Presidente:



FERNANDO
ANTONIO
BARBOSA MACIEL

Membro:



Coordenador (a) do NPE:

RESUMO

A questão do abandono afetivo traz uma problemática que necessita de discussões multidisciplinares e mais aprofundadas. Trata-se de um tema que requer uma abordagem com menos idealismos e mais considerações práticas. Observa-se que esse tema proporciona mais um meio para o Estado adentrar ainda mais na esfera privada, fato facilitado pela ocorrência de Projetos de Lei mal elaborados que tentam tipificar a falta de amor. A invasão da intimidade se dá, também, através de decisões judiciais em processos de responsabilidade civil por dano moral decorrente do abandono afetivo, que reconhecem o dever de indenizar, conforme entendimento majoritário. O abandono afetivo deve ser tratado no campo do Direito apenas através da ferramenta da mediação, não havendo êxito, passa a ser assunto para profissionais que podem ajudar as pessoas a lidarem com suas frustrações, perdas, rejeições e abandonos, pois tudo isso faz parte da vida. Sentimentos nascem espontaneamente, mas quando não nascem esse fato não configura um ilícito. Em razão da complexidade do tema e da inexistência de norma específica o presente estudo analisa legislações, decisões judiciais, doutrinas jurídicas e de outras áreas do conhecimento objetivando que esse trabalho possa integrar e enriquecer o debate acerca da problemática do abandono afetivo.

Palavras chave: Abandono, Afeto, Afetividade, Dano, Direito, Família, Intimidade, Justiça, Projeto de Lei, Responsabilidade Civil, Sentimentos.

ABSTRACT

The issue of emotional abandonment poses a problem that requires multidisciplinary and more in-depth discussions. This is a topic that requires an approach with less idealism and more practical considerations. It is observed that this theme provides yet another way for the State to enter even more into the private sphere, a fact facilitated by the occurrence of poorly prepared bills that try to typify the lack of love. The invasion of intimacy occurs, also, through judicial decisions in civil liability processes for moral damage resulting from emotional abandonment, which recognize the duty to indemnify, according to the majority understanding. Affective abandonment must be dealt with in the field of law only through the mediation tool, and if unsuccessful, it becomes a subject for professionals who can help people deal with their frustrations, losses, rejections and abandonments, as this is all part of the life. Feelings are born spontaneously, but when they are not born this fact does not constitute an illicit. Due to the complexity of the topic and the lack of a specific rule, the present study analyzes laws, judicial decisions, legal doctrines and other areas of knowledge aiming that this work can integrate and enrich the debate about the issue of emotional abandonment.

Keywords: Abandonment, Affection, Affectivity, Damage, Law, Family, Privacy, Justice, Law Project, Civil Liability, Feelings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO 1. O DIREITO DE FAMÍLIA E A AFETIVIDADE	09
1.1 Evolução Histórica da Filiação, das Relações Familiares e do Direito de Família.....	09
1.2 O Reconhecimento Jurídico do Afeto nas Relações Familiares	19
1.3 O Abandono Infantil: Fato Histórico Social	28
CAPÍTULO 2. DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL	33
2.1 O Projeto de Lei do Senado nº 700/2007 e a Tipificação Penal do Abandono Afetivo.....	33
2.2 O Simplismo na Abordagem do Abandono Afetivo no Projeto de Lei nº 4294/2008 e no Projeto de Lei do Senado nº 470/2013	36
2.3 A Necessidade e a Dificuldade de uma Descrição Legal do Abandono Afetivo.....	41
CAPÍTULO 3. O ABANDONO AFETIVO E A SOLUÇÃO JUDICIALIZADA.....	46
3.1 A Existência do Dano e a (Im) possibilidade de Iniciar ou Reatar a Convivência	46
3.2 Orientação e Conscientização Para a Redução dos Casos de Abandono Afetivo.....	54
3.3 A Mediação na Busca de Uma Solução Restauradora	56
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Ao nos debruçarmos sobre o estudo da evolução histórica da instituição familiar poderemos observar que, guardadas certas peculiaridades culturais e regionais, a família passou por muitas transformações ao longo do tempo em muitas sociedades do planeta, senão em todas. Com exceção da família unipessoal, uma coisa comum a todas as famílias, em todas as épocas e lugares, é que ela é formada por uma união de indivíduos. Toda transformação, ou mudança, que afeta o indivíduo em sua subjetividade e individualidade, desde que não seja um fenômeno isolado, afetará a família e refletirá na sociedade.

Dos tempos primitivos do homem caçador-coletor aos dias contemporâneos as transformações foram muitas, algumas surgiram no interior do grupo para com o passar do tempo ser aceitas pela sociedade, outras foram influenciadas por fatores externos como mudanças ambientais, dominação de uma cultura sobre outra, o surgimento da agricultura, o surgimento da produção industrial, etc.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi uma mudança no contexto da família que surgiu do indivíduo, refletiu na sociedade e foi oficializada pelo Estado. O transgênerismo e o transexualismo, fenômenos que estão relacionados a como uma pessoa se vê e se define em relação ao gênero e ao sexo, provocaram as mudanças mais recentes no contexto da família. E como mudanças podem gerar mais mudanças, já despontam no horizonte dois novos fenômenos: o transetarismo (transidade)¹ e o transespecismo (transespécie)². No primeiro, o indivíduo se vê e se define como uma pessoa com idade diferente da sua idade biológica e busca reconhecimento da sociedade e do Estado; no segundo fenômeno, o indivíduo se vê e se define como sendo de uma espécie diferente da qual biologicamente nasceu e pertence. Esses dois novos fenômenos podem ser atualmente considerados aberrações, anormalidades, doenças, ou fruto de algum transtorno mental. Entretanto, devemos lembrar que as questões relacionadas a comportamentos e mudanças de gênero e de sexo também já foram consideradas anormalidades e doenças. Como se pode observar, não faltam impulsos para novas transformações na estrutura do que se entende por família.

¹ TRANSIDADE ou “não me identifico com esta idade”. **CONIPSI – Conselho Internacional de Psicanálise**, 2019. Disponível em: <<http://www.conipsi.com/transidade-ou-nao-me-identifico-com-esta-idade/>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

² EIRAS, Natália. Ele se veste como cachorro e diz não ser humano; o que é um transespécie?. *In*: **UOL**, abr. 2018. Disponível em: < <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/11/30/ele-se-veste-como-cachorro-e-diz-nao-ser-uma-pessoa-o-que-e-transespécie.htm>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

Em um futuro próximo poderemos encontrar uma família cujos membros sejam um homem que se vê como um cavalo, e seja legalmente reconhecido e aceito como tal, e uma mulher que se vê como uma égua transgênero; ou uma família composta por um homem que se vê como uma menina de quinze anos, sua esposa se defina como um avestruz e eles tenham dois lindos filhos: uma menina que se define como um cachorro cisgênero e um garoto com treze anos que se vê como um orangotango com vinte e sete.

Será que não estaremos diante do livre exercício do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e do livre exercício de uma liberdade fundamental?

A história nos ensina que o que muito do que antes era considerado absurdo e inaceitável é normalmente aceito hoje, sendo assim, o que nos parece absurdo e inaceitável hoje poderá ser o novo “normal” de amanhã. Ademais, não há um conceito único de família, sendo este aberto, não exaustivo e em permanente construção.

No ímpeto de contribuir com o debate acerca da problemática do abandono afetivo, tema intrínseco ao instituto da família, este trabalho pretende demonstrar, humildemente, mediante pesquisa doutrinária, bibliográfica e documental, a necessidade e a importância de uma discussão mais profunda e multidisciplinar sobre o abandono afetivo.

No primeiro capítulo são apresentados elementos conceituais e históricos da constituição familiar. Demonstra-se como se desenvolveram as relações entre os entes familiares e entre família e Estado. Faz-se uma abordagem da filiação e das questões morais e sociais que orbitaram o tema ao longo do tempo. É abordado o desenvolvimento do afeto nas relações familiares e o histórico do abandono infantil em diferentes culturas e épocas.

O capítulo intermediário aborda os Projetos de Lei relacionados ao abandono afetivo que tramitam no Congresso Nacional. Expõe-se a discussão sobre a tipificação penal do abandono afetivo, configurando uma forma de radicalização ao trazer para o âmbito do Direito Penal questão relacional dos entes familiares. Nesse capítulo também se demonstra que o tema em questão é debatido sem a devida importância, sem a profundidade necessária e sem proposição de soluções para os possíveis problemas que o abandono afetivo produz. Outro ponto abordado faz referência à falta de uniformidade nos julgados e aos malabarismos realizados pelo Poder Judiciário para decidir litígios sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo diante da dificuldade de uma tipificação clara do suposto delito.

O terceiro capítulo questiona se a judicialização seria a melhor solução, uma vez que a sentença, numa ação de responsabilidade civil, determinando o pagamento de uma indenização não satisfará uma necessidade de cunho puramente emocional, afetivo e até mesmo existencial. Uma vez que o fenômeno do abandono afetivo produz reflexo na

sociedade a tradução do afeto, ou da sua ausência, em pecúnia trará uma reparação ilusória. É apresentado o instrumento da educação como forma de prevenção ao abandono afetivo e conscientização da importância da família e dos laços que unem seus integrantes. Por fim, levanta-se a hipótese da utilização da mediação para a solução dos casos de abandono afetivo de forma a reparar os danos e reconstruir os laços de afeto.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA E A AFETIVIDADE

As várias formas de famílias existentes são frutos de inúmeras mudanças sociais ocorridas e constatadas ao longo do tempo. Hodiernamente, essas várias formas das famílias constituíram-se possuem como liga forte que une seus membros o afeto, outorgando-lhes um caráter eudemonista. O conceito doutrinário de família eudemonista afirma ser a busca pela felicidade, do indivíduo ou do coletivo familiar, um fundamento do agir humano, isso explica a união de pessoas através da afetividade, perseguindo a plena realização individual e do grupo familiar.

Aristóteles chama de *eudaimonia* o supremo bem humano, que nós traduzimos por felicidade e significa a realização excelente de sua natureza, isto é, daquilo que o caracteriza e, ao mesmo tempo, o distingue de todos os outros seres do mundo.³ A origem da família é incerta, mas ela pode ser considerada a unidade social humana mais antiga, surgindo antes mesmo do homem organizar-se em comunidades, aldeias e clãs, materializando-se nas relações pessoais originadas de um ancestral comum e no matrimônio.

Para o estudo das relações jurídicas referentes à família tem-se como ponto de partida o Direito Romano. Os ricos registros históricos documentais e literários da Roma antiga demonstram como eram as famílias e as legislações que regulavam sua instituição e existência.

Ao estudar a família romana, torna-se evidente que o afeto não foi uma de suas características, sendo a autoridade do homem sobre a mulher e os filhos um efeito de seu fundamento religioso.⁴

As transformações sociais acontecem em ritmo acelerado e no centro do turbilhão de mudanças está a família, célula mãe da sociedade. O Direito de Família vem acompanhando essas transformações e mudanças e quebrando paradigmas, para então se deparar com o mais forte elo mantenedor da relação familiar: o afeto.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DO DIREITO DE FAMÍLIA

³ RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.57-58.

A história da família confunde-se com a história da própria evolução humana, em todas as culturas está presente a entidade familiar em suas mais variadas formas. Os estudos sociológicos, antropológicos e etnográficos cujo tema é a família demonstram que as relações familiares e a estrutura familiar de um determinado povo modificam-se ao longo do tempo.⁵

Os estudos sobre os sistemas de parentescos e sobre as condições primitivas da espécie humana realizados pelo antropólogo e etnólogo Lewis H. Morgan mostram-nos que o processo evolutivo humano, que se deu em todas as sociedades, aconteceu de forma natural, fazendo surgir diferentes configurações familiares, fundadas em sistemas de consanguinidade e afinidade, demonstrando o processo evolutivo da instituição familiar. Já a entidade “família” não é um fato tipicamente natural, é sim, uma construção cultural e social.

De acordo com Morgan, o processo de evolução das sociedades humanas foi dividido em três estágios sequenciais, denominados de períodos étnicos: o estágio de selvageria, sendo este o período mais primitivo; o estágio de barbárie e o estágio de civilização. Morgan utiliza como critério para definir o grau de evolução das sociedades humanas o progresso tecnológico, como o aperfeiçoamento da caça, confecção de objetos e utensílios, cultivo de plantas, manipulação do fogo, construção e utilização de armas, etc. Outra linha do estudo realizado por Morgan se dá com a observação sobre o surgimento e desenvolvimento de determinadas instituições, chamadas por ele de ideias, que são: subsistência, governo, linguagem, família, religião, vida doméstica e arquitetura e propriedade.⁶

Com respeito à instituição “família”, seus estágios de crescimento estão incorporados em sistemas de consanguinidade e afinidade e nos costumes relacionados ao casamento, por meio do qual, coletivamente, a história da família pode ser seguramente traçada através de diversas formas sucessivamente assumidas.⁷ A instituição “vida doméstica e arquitetura”, que está ligada à forma da família e ao plano de vida doméstica, permite uma ilustração razoavelmente completa do progresso desde a selvageria até a civilização. Seu crescimento pode ser traçado da cabana do selvagem, através das habitações comunais dos bárbaros, até a

⁵ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Traduzido por Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac Naify, 2008. : Lévi-Stauss pesquisou e registrou diversos tipos de configurações familiares encontradas em diversos lugares do mundo e de diferentes tempos ao longo da história, demonstrando que, se verdadeiro que a família sempre existiu em todos os lugares e tempos, é verdadeiro também que somente a sua existência é exigida, restando irrelevante, pelo menos sob a perspectiva da necessidade natural, a forma como ela se constitui. Afirma ainda que efetuada a comparação de todas as formas de constituição que já ocorreu à família, pouco poderia se observar existir em comum entre elas, a não ser o vocábulo que as designa.

⁶ MORGAN, Lewis Henry. **A Sociedade Antiga**. Traduzido por Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 9-10.

⁷ *Ibidem*, p. 10.

casa da família nuclear das nações civilizadas, com todos os vínculos sucessivos através dos quais um extremo está conectado ao outro.⁸ Em seu trabalho, Morgan descreveu as diferentes configurações familiares que se sucederam ao longo do tempo, desde os sistemas de consanguinidade até o sistema monogâmico de constituição familiar. O traço marcante da família consanguínea foi a poligamia.

Na família consanguínea não se admitia as relações sexuais entre pais e filhos, mas sim entre irmãos. O que se via nessa forma de família era um matrimônio heterista, em que a mulher era mulher de todos os homens e o homem era marido de todas as mulheres.⁹

A família consanguínea fica para trás e com a evolução surge a família punaluana, cuja terminologia vem do termo *punalua*, que significa “companheiro íntimo”.

Nas famílias grupais ou heteristas sabia-se quem era a mãe, mas não se sabia com certeza quem era o pai dos filhos havidos, biologicamente falando, pois do ponto de vista afetivo, dentro da família comum o pai era pai de todos os filhos e o filho era filho de todos os pais. Não se pode desconsiderar que nesse tipo de família a descendência estabelece-se pela filiação materna, sendo reconhecida dentro do grupo apenas a linhagem feminina. Sendo proibidas as relações sexuais entre irmãos e irmãs da mesma linhagem materna formam-se grupos identificados de parentescos consanguíneos por linhagem materna ou feminina dentro das tribos, que não podem contrair matrimônio entre si. Cada grupo vai criando sua própria identidade social e religiosa, distinguindo-se dos demais.¹⁰

⁸ MORGAN, Lewis Henry. **A Sociedade Antiga**. Traduzido por Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 10.

⁹ Cf. ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Traduzido por Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 37. : A família consanguínea é a primeira etapa da família. Os grupos conjugais classificam-se por gerações. Todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, neste período, a relação carnal mútua.

¹⁰ Cf. *Ibidem*, p. 41. : Se o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos. Esse progresso foi infinitamente mais importante que o primeiro e, também, mais difícil, dada a maior igualdade nas idades dos participantes. Foi ocorrendo pouco a pouco, provavelmente começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmãos por parte de mãe), a princípio em casos isolados e depois, gradativamente, como regra geral [...] e acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (quer dizer, segundo nossos atuais nomes de parentesco, entre primos carnais, primos em segundo e terceiro graus). Segundo Morgan, esse progresso constitui “uma magnífica ilustração de como atua o princípio da seleção natural”. Sem dúvida, nas tribos onde esse progresso limitou a reprodução consanguínea, deve ter havido um progresso mais rápido e mais completo que naquelas onde o

Mesmo durante a existência da família punaluana, que identificava o matrimônio heterista, já havia também a formação da união matrimonial composta por apenas duas pessoas. O homem tinha a sua mulher principal e a mulher tinha o seu homem principal, o que não significava que o homem e a mulher mantivessem relações sexuais unicamente entre si, pois possuíam esposos e esposas secundários. Porém, com a chegada da família sindiásmica apenas o homem poderia ter mais de uma esposa, se a mulher tivesse outro homem além do seu marido seria ela duramente punida por cometer adultério.

A progressiva exclusão dos parentes consanguíneos da possibilidade de contrair matrimônio contribuiu para a seleção natural materializar seus efeitos.

O “matrimônio entre *gens*¹¹ não consanguíneas produzia uma raça mais forte, física e mentalmente; miscigenam-se duas tribos adiantadas, crânios e cérebros de seus descendentes cresciam, desenvolviam-se naturalmente, até que compreendiam as capacidades de ambas as tribos”. As tribos que haviam adotado o regime das *gens* estavam destinadas, pois, a predominar sobre as mais atrasadas, ou arrastá-las com seu exemplo.¹²

matrimônio entre irmãos e irmãs continuou sendo uma regra e uma obrigação. [...]. Cada família primitiva teve que cindir-se, o mais tardar depois de algumas gerações. A economia doméstica do comunismo primitivo, que domina com exclusividade até bem avançada a fase média da barbárie, prescrevia uma extensão máxima da comunidade familiar, variável segundo as circunstâncias, porém mais ou menos determinada em cada localidade. Mas, apenas surgida, a idéia da impropriedade da união sexual entre filhos da mesma mãe deve ter exercido sua influência na cisão das velhas comunidades domésticas (*Hausgemeinden*) e na formação de outras novas comunidades que não coincidam necessariamente com o grupo de famílias. Um ou mais grupos de irmãos convertiam-se no núcleo de uma comunidade, e seus irmãos carnais, no núcleo de outra. Da família consanguínea saiu, dessa ou de outra maneira análoga, a forma da família à qual Morgan dá o nome de família punaluana. [...]. Este tipo clássico de uma formação de família (*Familien-formation*) que sofreu, mais tarde, uma série de variações, e cujo traço característico essencial era a comunidade recíproca de homens e mulheres no seio de um determinado círculo familiar, do qual foram excluídos, todavia, no princípio, os irmãos carnais e, mais tarde, também os irmãos mais afastados das mulheres, ocorrendo o mesmo com as irmãs dos maridos. [...]. Com efeito, enquanto os maridos das irmãs de minha mãe são também maridos desta e, igualmente, as mulheres dos irmãos de meu pai são também mulheres deste – de direito, se nem sempre de fato --, a proibição das relações sexuais entre irmãos e irmãs pela sociedade levou à divisão dos filhos de irmãos e irmãs, até então indistintamente considerados irmãos e irmãs, em duas classes: uns continuam sendo como antes, irmãos e irmãs (colaterais); outros – de um lado os filhos dos irmãos, de outro os filhos das irmãs – não podem continuar mais como irmãos e irmãs, já não podem ter progenitores comuns, nem o pai, nem a mãe, nem os dois juntos; e por isso se torna necessária pela primeira vez a categoria dos sobrinhos e sobrinhas, primos e primas, categoria que não teria sentido algum no sistema familiar anterior.

¹¹ Cf. ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Traduzido por Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. : A gens era uma família composta por pessoas que possuíam vínculos de parentesco, que praticavam os mesmos ritos religiosos, possuíam cemitério comum e, geralmente, usufruíam das mesmas terras. O sistema da gens, ou gentílico, trazia a interdição do matrimônio entre os integrantes de uma mesma gens. A referenciação da filiação em função da linhagem masculina, a generalização do casamento monogâmico e do direito de herança dos filhos e filhas, de forma progressiva abriu o caminho para o casamento desligado da gens, porém respeitando o impedimento limitado a alguns graus de parentescos consanguíneos próximos.

¹² *Ibidem*, p. 49.

A evolução da família punaluana para a família sindiásmica consistiu numa diminuição constante do número de pessoas entre as quais poderia acontecer uma relação conjugal entre os sexos, número de pessoas que inicialmente abrangia toda a tribo. Inicialmente aconteceu a exclusão da possibilidade matrimonial dos parentes próximos, em seguida dos parentes distantes e também das pessoas com quem se possuía vínculos de aliança. Com o casamento sindiásmico surgiu a dificuldade dos homens encontrarem mulheres, pois tinham que procurá-las em outras famílias, aldeias e tribos, surge também a compra e o rapto de mulheres. Na família sindiásmica, típica da barbárie, enquanto o matrimônio heterista ou grupal era da selvageria e o monogâmico típico da civilização, o grupo familiar foi reduzido à unidade básica composta de uma mulher e um homem.¹³

A família monogâmica surge da família sindiásmica, sendo uma consequência das mudanças sociais ocorridas, como o surgimento da propriedade privada, a escravização dos vencidos em guerras, o homem deixando de ser caçador e coletor e passando a cultivar o solo e criar animais, entre outras mudanças. O homem predomina como líder único da família e também o único pai dos filhos de sua mulher, sua paternidade deve ser incontestável, pois seus filhos herdarão seus bens.¹⁴

A monogamia originou-se não como fruto do amor sexual entre homem e mulher, que na maioria das vezes não se conheciam antes da união matrimonial, uma vez que os casamentos eram realizados por motivos de conveniência. A família monogâmica foi o primeiro arranjo familiar que não se fundou em condições naturais, mas se baseou no sucesso da propriedade privada sobre a propriedade comum e em condições econômicas.

¹³Cf. ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Traduzido por Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p 48-49. : À medida, porém, que evoluíam as *gens* e iam-se fazendo mais numerosas as classes de irmãos e irmãs, entre os quais agora era impossível o casamento, a união conjugal por pares, baseada no costume, foi-se consolidando. O impulso dado pelas *gens* à proibição do matrimônio entre parentes consanguíneos levou as coisas ainda mais longe. [...]. Com esta crescente complicação das proibições de casamento, tornaram-se cada vez mais impossíveis as uniões por grupos, que foram substituídas pela família sindiásmica. Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe.

¹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 66. : A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), [...].

Após uma breve descrição da evolução das configurações familiares ocorridas ao longo do tempo, faz-se necessário para a construção do entendimento do tema que seja demonstrado como se deu a evolução do Direito de Família pátrio e para isso tem-se como ponto de partida o Direito Romano.

O Direito é formado por princípios e normas que regulamentam e organizam a vida em sociedade e determinam o comportamento dos integrantes dessa sociedade, julga, media e concilia os incontáveis interesses existentes. O Direito de Família regula as relações familiares e é o ramo do Direito que mais rapidamente sofre mutações para se adequar aos fatos sociais que vão surgindo relacionados à entidade familiar.¹⁵

O Estado e toda sociedade organizada estão profundamente enraizados na entidade familiar. A sociedade organizou-se partindo da estrutura familiar, a família surgiu e aconteceu de forma natural e espontânea, porém, a intervenção do Estado impondo regras e criando limites aos homens fez nascer a instituição do casamento. No contexto do Direito de Família, o objetivo do Estado é preservar e proteger a entidade familiar, que é o solo onde estão fincadas suas raízes. Neste ramo do Direito tão intimamente presente na vida das pessoas o Direito Público e o Privado se encontram como em nenhum outro. Diante de discussões sobre a natureza jurídica do Direito de Família, a corrente majoritária considera este um instituto de Direito Privado, e não de Direito Público, de certo as normas que regulam o Direito de Família não são passíveis de modificações pelas partes, mas que a intervenção estatal apenas ocorre quando não há consenso entre as partes. Para os que acreditam ser o Direito de Família um instituto do Direito Público a intervenção do Estado se dá através da fiscalização exercida pelo Ministério Público, pois este órgão não atua em outros ramos do Direito Privado (Sucessões, Obrigações e Reais) como atua no Direito de Família. Alega-se, ainda, que tal intervenção tem o interesse de evitar uma sobrecarga dos serviços sociais do Estado com o aparecimento de pessoas desamparadas decorrente do desfazimento das famílias, assim, obriga-se os familiares e parentes a se ajudarem mutuamente. Este entendimento não é corroborado pela maioria dos doutrinadores.¹⁶

¹⁵ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 15. : O Direito de Família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provém de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

¹⁶ Cf. LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45. : Portanto, o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher,

“A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social”.¹⁷

O Direito de Família brasileiro encontra sua origem no Direito Romano que, por sua vez, recebeu influência das normas e dos modelos de família gregos.¹⁸

No Direito Romano a família era conceituada numa unidade religiosa, política, militar e econômica, era também patriarcal, pois se estruturava em torno de um homem, o *pater familias*, neste contexto a palavra *pater* não significa pai, mas, sim, chefe. A família constituída pelo *pater* era considerada seu patrimônio. Vale destacar que o poder exercido pelo *pater familias* era enorme, a ponto de poder decidir sobre a vida e a morte de todos que estavam sob sua autoridade.¹⁹ Sendo considerado o *dominus domus*, isto é, senhor do grupo doméstico, o *pater* desempenhava o papel de sacerdote, dirigente e magistrado, pois a *domus*, possuía, respectivamente, os aspectos religioso, econômico e jurídico-político.

Ainda de acordo com o Direito Romano, a consanguinidade não era critério predominante para se determinar o parentesco, era denominado parentesco de cognição ou *cognatio* e, a priori, não produzia efeito jurídico, era apenas um parentesco natural, porém a submissão ao mesmo *pater familias* gerava o parentesco chamado agnição ou *agnatio*, este, sim, produzia efeitos jurídicos. Com a morte do *pater familias* a família desmembrava-se e os descendentes masculinos tornavam-se *pater* de suas novas famílias.²⁰

É certo que a família reflete a época e a sociedade na qual está inserida, a família romana, do ponto de vista jurídico, constituía-se em patrimônio do seu *pater*. O Direito

entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

¹⁸ Cf. COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Traduzido por Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 13. : A comparação das crenças e das leis mostra que a família grega e romana foi constituída por uma religião primitiva, que igualmente estabeleceu o casamento e a autoridade paterna, fixando as linhas de parentesco, consagrando o direito de propriedade e de sucessão.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

²⁰ Cf. JUNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. : Ao contrário da família moderna, baseada no casamento do chefe que, assim, funda a sua família, a família romana é de base patriarcal: tudo gira em torno de um *pater familias* ao qual, sucessivamente, se vão subordinando os descendentes – “alieni júris” --, até a morte do chefe. [...]. Em nossos dias, em sentido estrito, família é a unidade formada pelo casal e filhos. Cada filho que se casa constitui nova família, da qual se torna chefe, de tal forma que os netos não estão subordinados ao avô, mas ao pai. Em Roma, ao contrário, família é o complexo de pessoas colocadas sob a *pátria potestas* de um chefe – o *pater familias*. A *pátria potestas* não se extingue pelo casamento dos filhos que, tenham a idade que tiverem, sejam casados ou não, continuam a pertencer à família do chefe. Daí o grande número de membros da família romana.

Romano, assim como o Grego, não considerava o afeto como fundamento ou princípio da família, o que não significa dizer que o *pater* era um opressor e tratava seus entes como coisas, que não nutria amor pelos seus filhos e esposa. O afeto existia na relação familiar, apenas não era reconhecido juridicamente, o afeto sempre esteve presente nas relações humanas, mesmo nos casamentos por necessidades e interesses diversos ou arrançados, de forma que mesmo que os esposais nunca houvessem se conhecido antes, sendo completamente estranhos um ao outro, o afeto poderia nascer.²¹

A evolução do Direito de Família é dividida em três períodos: o período do direito canônico, do direito de família laico ou moderno e do direito de família igualitário ou pós-moderno.²²

O Direito Canônico exerceu forte influência no Direito de Família brasileiro, surgiu na Europa no século V, era legislado pela Igreja Católica Romana, que tinha como seu líder máximo o Papa, dito representante e intérprete de Deus na terra. No mundo ocidental, durante a Idade Média, não havia uma delimitação clara entre Estado e igreja, a consequência era que o Direito fundamentava-se nos dogmas religiosos.

No Brasil o Direito Canônico perdurou de 1500 a 1889, ano da Proclamação da República, mesmo em 1891 tendo sido promulgada a primeira constituição republicana definindo a separação entre igreja e Estado os efeitos do Direito Canônico sobre o Direito de Família estendeu-se por todo século XX, pois as antigas normas canônicas foram convertidas em lei pelo Estado. Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827, os princípios canônicos regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia.²³ O Direito Canônico era contrário à dissolução do casamento, mas incrementou as causas que geravam impedimento à realização do casamento.²⁴ Em seu processo de evolução o Direito Canônico elaborou as hipóteses de

²¹ Cf. COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Traduzido por Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 57. : O princípio da família não é mais o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. O pai pode amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens. As leis da sucessão estão, isto é, as que entre todas as outras atestam mais fielmente as idéias que os homens tinham da família, estão em contradição flagrante, quer com a ordem de nascimento, quer com o afeto natural entre os membros de uma família.

²² LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40-41.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴ Cf. LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41. : No período religioso, o direito de família é considerado matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto na Colônia

nulidades do casamento, bem como a divisão patrimonial e a separação de corpos, seguidas pelo ordenamento jurídico.

O Direito de Família laico iniciou-se com a Proclamação da República em 1889 e permaneceu até a Constituição Federal de 1988. Em 1889 a Igreja perde seu poder e competência, porém, não a influência sobre o Direito de Família e as relações familiares.²⁵

No transcorrer do século XX houve uma significativa redução da interferência da Igreja no Direito de Família pátrio. Gradativamente, o modelo patriarcal de família foi perdendo suas bases, o papel da mulher no seio familiar foi ganhando importância, o pátrio poder masculino foi perdendo espaço, filhos legítimos e ilegítimos adquiriram igualdade entre si, porém apenas na década de setenta permitiu-se a dissolução do matrimônio. O Direito de Família evoluiu através de legislações mais ousadas, a Lei 883, de outubro de 1949, disciplinou o reconhecimento dos filhos ilegítimos, assim eram denominados os filhos havidos fora do casamento, frutos de uma relação extramatrimonial, a eles não se permitia o direito sucessório; a Lei 4.121, de agosto de 1962, retirou a mulher da condição de total submissão ao marido, deixando de considerá-la relativamente incapaz, pois para exercer e praticar os atos da vida civil a mulher tinha que ser assistida pelo marido, não podia concluir negócios ou exercer profissão sem autorização do marido; a Lei 6.515, de dezembro de 1977, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal, garantindo que os ex-cônjuges pudessem casar novamente com novos parceiros e seguirem suas vidas.²⁶

quanto no Império. Desde o descobrimento, Portugal impôs à Colônia seu próprio ordenamento jurídico, mediante as Ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, por derivação dos nomes dos reis que as instituíram), que por sua vez remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, em matéria de família. Esse modelo normativo, no qual o Estado abria mão de regular a vida de seus cidadãos em benefício de uma organização religiosa, não se alterou com a proclamação da independência, apesar de a Constituição de 1824 ser inspirada pelos ideais iluministas e liberais da Revolução Francesa.

²⁵ Cf. LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42. : O casamento religioso ficou destituído de qualquer efeito civil. A Constituição de 1891 assim enunciou: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art. 72, § 4º). Para reduzir a interferência religiosa na vida privada, também estabeleceu que os cemitérios tivessem caráter secular, que nenhum culto gozaria de subvenção pública e que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo.

²⁶ Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.6, p. 15. : No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando o direito dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal.

O marco regencial do Direito de Família brasileiro por quase todo século XX foi o Código Civil de 1916, ele rompeu com as normas do período colonial e pôs fim a grande parte da tradição romana e canônica.²⁷

O modelo de família idealizado no Código de 1916 foi o da “grande família”, neste modelo a família era reconhecida como uma instituição relevante, patriarcal, patrimonial e sem nenhuma preocupação com a realização individual dos seus integrantes, o Código fundamentava a família sobre dois pilares: o casamento formal e solene e a consanguinidade.²⁸

Em 1988 tem início o período do Direito de Família igualitário, a promulgação da Constituição Federal quebrou paradigmas, revolucionou o Direito de Família e trouxe uma nova visão sobre as relações familiares. No que diz respeito ao Direito de Família a Constituição de 1998 foi um divisor de águas, tornando-se o ponto alto da evolução normativa das relações de família e de parentesco, consolidou de forma definitiva direitos que já haviam sido concedidos em leis anteriores, mas que na prática geravam controvérsias.²⁹

Sem sombra de dúvida a Constituição Federal de 1988 garantiu novos direitos e reafirmou outros outrora concedidos, elevando de forma inovadora a tutela das relações familiares e de parentesco a um patamar constitucional.

É de 1975 o Projeto de Lei original do Código Civil de 2002, este diploma tinha o objetivo de substituir o Código de 1916 implementando as mudanças legislativas que

²⁷ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. : Sem desconsiderar o valor e o avanço do processo de codificação em relação ao anacronismo da legislação portuguesa até então dominante, o Código Civil reproduz em muito as condições socioeconômicas do final do século XIX. As características do novo Código estavam mais próximas de um perfil conservador do que inovador, em razão da ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas, admitindo um pátrio poder rigoroso, que foi diminuindo posteriormente com a gradativa concessão de outros direitos à esposa.

²⁸ Cf. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 230-231. : No modelo patriarcal adotado, a prevalência do homem era quase absoluta, exercendo todas as funções públicas da família, restando para a mulher apenas a administração do lar, sempre de forma relativa e secundária. [...]. Vigia a definição da paternidade com base nas presunções da legislação (*pater is est*) e, em paralelo, vedava-se a averiguação de paternidade extramatrimonial. Assim, praticamente inexistia espaço para o reconhecimento de vínculos parentais afetivos (muito menos extramatrimoniais). A família seguia um modelo único, formado exclusivamente a partir do matrimônio, restando excluídas do sistema as demais formas de união, que simplesmente não eram reconhecidas pelo direito.

²⁹ Cf. LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44-45. : Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. [...]. Consolidando a natureza igualitária e solidária da família e das pessoas que a integram, após a Constituição, foram editados importantes diplomas legais, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as leis sobre união estável de 1994 e 1996, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso de 2003.

refletiam a sociedade da época, passou muito tempo em tramitação e a promulgação da Constituição de 1988 revelou que as mudanças que integrariam o novo Código estavam aquém da realidade social brasileira. Apenas em janeiro de 2003 entra em vigor o novo Código Civil, adequado às diretrizes constitucionais, mas não tão sincronizado com a realidade social de 15 anos pós Constituição e estruturalmente desorganizado.³⁰

Apresentando anacronismos, o Código Civil não ousou, deixou de tratar de questões necessárias e aguardadas pela sociedade, a exemplo da união de pessoas do mesmo sexo, a guarda compartilhada, a superação da culpa como regra jurídica, a filiação socioafetiva e a família monoparental. Para aperfeiçoá-lo foram apresentadas várias propostas de reforma, porém uma significativa alteração no Direito de Família se deu no texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que pôs fim a separação judicial e aos requisitos objetivos e subjetivos para a execução do divórcio.

1.2 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Como no direito grego, o direito romano não reconhecia o afeto, pois esse sentimento não era um fundamento da formação familiar, é sabido que nem mesmo o nascimento era fundamental para compor a base da família. O fator preponderante e que possuía reconhecimento jurídico era o religioso.³¹

Além do fator religioso as uniões matrimoniais eram regidas por interesses sociais, patrimoniais e econômicos que, de algum modo, refletiam na concepção de família. O contexto social, o modo e as condições de vida não deixavam espaço para que o afeto existisse como algo fundamental para a formação e manutenção da família, dentro da família não se buscava a felicidade individual ou a realização pessoal. Não por imposição do ente masculino, pai ou marido, mas tudo era pensado e realizado para a coletividade e não para realização individual de cada integrante, a família possuía um caráter transpessoal e que desconsiderava a subjetividade de seus membros.

³⁰ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31. : Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada na nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, regras de direito material preexistentes. Assim o Código Civil já nasceu velho. Daí o papel dos lidadores do direito para aperfeiçoá-lo, nem que para isso precisem realizar, quem sabe, verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece.

³¹ Cf. COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. : O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontra na religião do lar e na dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é desse modo mais uma associação religiosa do que uma associação da natureza.

“O marco pragmático do direito brasileiro que confere reconhecimento jurídico à afetividade, de maneira implícita, é a Constituição Federal de 1988.”³²

A Constituição Federal de 1988 ao elevar o princípio da dignidade da pessoa humana a um patamar de princípio maior, tornando-o balizador de suas disposições, pode ser considerada o marco inicial do reconhecimento jurídico do afeto, outros princípios constitucionais como o da liberdade, solidariedade e igualdade influenciaram sobremaneira o Direito de Família, contribuindo para esse reconhecimento, ainda que implícito.³³

A afetividade, enquanto princípio do Direito de Família, defende as relações intersubjetivas e reveste as relações biológicas e patrimoniais de um caráter socioafetivo. Hodiernamente, o afeto justifica a formação da família, pois é ele que determina e estrutura a identidade familiar. O reconhecimento jurídico do afeto é exigência que resulta da própria evolução da família e das mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo.³⁴

Não estando expresso na Constituição Federal de 1988, o seguimento majoritário da doutrina aponta que o princípio da afetividade encontra guarida no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e no princípio da convivência familiar. A afetividade enquanto princípio jurídico nasce do princípio da solidariedade, e este tem seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. A afetividade se traduz no dever de cuidado, que exige a concretização da assistência material, assistência moral e dever de convivência.³⁵

³² CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 242.

³³ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. : A Constituição de 1988, partindo dos princípios da igualdade e inocência, vedou o tratamento discriminatório dos filhos, consolidou o afeto como fundamento de maior importância no que diz respeito ao estabelecimento da paternidade. A Constituição incorporou o que já restava reconhecido na lei especial, na doutrina e na jurisprudência.

³⁴ Cf. LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71. : 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 prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

³⁵ Cf. ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, nº 9, Porto Alegre: Magister, abr./mai., 2009. : Literalmente não se menciona o afeto no art. 227 da Carta Magna. Sabe-se, todavia, que a primeira interpretação é a literal. De forma límpida, o texto constitucional, ao mencionar o princípio da convivência familiar, demonstra que sua efetivação abrange dois aspectos: proximidade e convivência física. Entretanto, interpretação sistemática da própria Constituição, especialmente tomando em conta o art. 226, § 8º, que consagra a família-função de cunho eudemonístico, revela que há uma faceta substancial inerente ao princípio da convivência familiar que consiste precisamente no acolhimento jurídico do afeto. Registre-se, novamente e por oportuno, que a regulação jurídica infraconstitucional revelou esta faceta no art. 28, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há ainda doutrinadores que defendem que o princípio da afetividade desdobra-se da interpretação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, também considerado como o da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares, pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226, §§ 3º e 6º e 227, *caput* e § 1º, ambos da Constituição Federal.³⁶ Os princípios trazem o propósito para as normas, adéquam o mundo jurídico ao mundo real e às mudanças sociais, de certo, a Constituição Federal traz a imposição do dever do exercício da afetividade dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, em relação aos cônjuges ou companheiros o dever de afetividade impõe-se enquanto houver comunhão de vida.³⁷

No Código Civil de 2002 a palavra “afeto” era encontrada no art. 1.583, § 2º, I, que dizia que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar³⁸. O parágrafo 2º foi alterado e o inciso I revogado pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, publicada com a finalidade de estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”.³⁹

Já o termo “afetividade” é encontrado uma única vez no Código Civil, em seu art. 1.584, § 5º, que afirma em sua redação que verificando o juiz que o filho não deve permanecer sob a guarda dos pais passará a guarda a outra pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, devendo, para isto, considerar, preferencialmente, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.⁴⁰ Essas disposições adotam a afetividade

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁷ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55. : “[...] há princípios gerais aplicáveis a todos os ramos do Direito, como os da igualdade, da liberdade, da proibição do retrocesso social, da proteção integral a crianças e adolescentes, ao lado dos princípios especiais, próprios das relações familiares, “que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, despontando entre eles o princípio da afetividade”.

³⁸ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

³⁹ BRASIL, Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília. Brasília, 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

⁴⁰ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. : “O Código Civil também não utiliza a palavra afeto, ainda que, em alguns dispositivos, se possa entrever esse elemento para caracterizar situação merecedora de tutela. Invoca somente o laço de afetividade como elemento indicativo para a definição da **guarda** do filho quando da separação dos pais (CC 1.584, parágrafo único)”.

de modo expresso no ordenamento jurídico brasileiro, consagrando – ainda que timidamente – um percurso há muito iniciado.⁴¹ É de se observar que o fator biológico não é essencialmente formador da relação familiar, entretanto, a legislação não o despreza.

O art. 1.593 do Código Civil confere a possibilidade do reconhecimento da afetividade como fator relevante nas questões de parentesco.⁴²

O art. 1.596 reproduz o conteúdo do § 6º do art. 227 da Constituição Federal, vedando qualquer discriminação entre filhos biológicos e socioafetivos, sendo, ambos, merecedores e dignos do afeto familiar. No inciso V do art. 1.597 vislumbra-se mais uma referência ao afeto como fundamento da família, ao trazer em seu texto a afirmação de que os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga são filhos presumidos do marido, desde que haja uma prévia autorização deste. Sendo esta a forma de inseminação em que o doador do material genético masculino é uma terceira pessoa que não o marido. Ao manifestar seu consentimento para a realização da inseminação heteróloga o marido anuiu em acolher o fruto desse procedimento, espera-se que lhe dê seu afeto.

Resta evidente que, apesar de não trazer explicitamente a afetividade como princípio do Direito de Família, o Código Civil de 2002 reconhece e atribui valor jurídico à afetividade, trazendo-a em suas disposições e conciliando-as com os ditames constitucionais, sendo este fato indiscutível entre os operadores do Direito. O ponto de discórdia ocorre em relação às sentenças que fixam o pagamento de indenização pelo abandono afetivo. Deve-se observar que a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, foi editada justamente para regulamentar a aplicabilidade desse instituto. Diferentemente, o ordenamento jurídico ainda não foi agraciado com uma lei que dê o significado e defina o abandono afetivo, assunto, este, que será abordado mais adiante.

⁴¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 252.

⁴² Cf. FACHIN, Luiz Edson. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXERA, Sávio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII. *Apud* CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da Afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 248 – 249. : Uma das passagens do Código que alberga a afetividade, ainda que implicitamente, é a que reconhece a possibilidade de parentesco afetivo, eis que o legislador admite parentesco de *outra origem* (conforme redação do art. 1.593, CC). Ao definir o parentesco, a legislação faz remissão ao vínculo natural, civil, consanguíneo e de *outra origem*, o que envolve claramente o parentesco decorrente da socioafetividade.

Na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha⁴³, o reconhecimento e a valoração jurídica do afeto surge no inciso II do art. 5º, onde a família é referida como uma comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Esta lei traz como novo elemento do vínculo familiar parental o termo “vontade expressa”, que tem o objetivo de definir outros vínculos que não os biológicos, mas de caráter afetivo. É o caso daquele que registra um filho sabendo que com ele não possui vínculo biológico, este pai, ao registrar o filho, expressa sua vontade de constituir um vínculo registral, que possivelmente tornar-se-á, também, um vínculo socioafetivo, de forma que lhe é admissível defender sua paternidade em face do pai biológico, mesmo que a paternidade biológica tenha sido ocultada a este. Mesmo ausente o fator genético, a realização espontânea do registro civil firma a filiação socioafetiva. Esse fato também acontece quando uma mãe solteira tem seu filho registrado pelo companheiro, circunstância na qual se consolida uma relação baseada no afeto, possuidora de amparo e reconhecimento jurídico. É perceptível uma clara referência ao afeto na caracterização das relações protegidas por esta lei. Mesmo possuindo uma natureza essencialmente penal a Lei Maria da Penha trouxe essa inovação no tocante à socioafetividade no Direito de Família.

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴, surge para consolidar e registrar a responsabilidade do Estado e da sociedade com fins a proteção dos direitos da criança e do adolescente. O Estatuto não poderia deixar de fora das suas disposições a questão da afetividade, especialmente por ter a criança como objeto de seu conteúdo. O parágrafo 4º do art. 19 traz a garantia de convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade por meio de visitas periódicas, visando tão somente a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, que para isso prescinde de autorização judicial. O art. 20 do Estatuto expõe o mesmo texto do art. 1.596 do Código Civil e do parágrafo 6º do art. 227 da Constituição Federal, que proíbe a discriminação entre filhos biológicos e socioafetivos, pois o que os une é o afeto. No parágrafo único do art. 25 o

⁴³ BRASIL, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

⁴⁴ BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

Estatuto da Criança e do Adolescente traz o seu entendimento do que vem a ser a família extensa ou ampliada, afirmando ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, sendo formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive ou mantém vínculos de afinidade e afetividade. Depreende-se da leitura do art. 25 que afinidade e afetividade normalmente surgem dentro do grupo familiar, são laços que a criança desenvolve quase sempre com quem ela já possui certa convivência, é um elo que se constrói ao longo do tempo. Ao disciplinar a colocação da criança em família substituta, no parágrafo 3º do art. 28, o Estatuto preconiza que se deve levar em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade, tendo por finalidade evitar ou minorar as consequências que podem advir da medida. Mais uma vez o Estatuto ressalta que além do parentesco, seja ele natural, civil ou por afinidade, é importante considerar a afetividade existente entre a criança e a pessoa que realizou o pedido.⁴⁵

No parágrafo 4º, ainda do art. 28, o Estatuto determina que grupos de irmãos sejam colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, tal determinação tem por objetivo a preservação dos vínculos fraternais, que são permeados pelo afeto e que fazem parte da construção da identidade da criança, entende-se que o vínculo afetivo existente entre irmãos que se desenvolvem juntos devem ser protegidos. O parágrafo 1º do art. 41 estabelece que se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro adotante e os respectivos parentes, neste caso materializa-se um parentesco civil fundado no afeto. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no parágrafo 4º do art. 42, a possibilidade de ex-cônjuges adotarem, desde que o período de convivência entre adotantes e adotando tenha iniciado na constância da união conjugal e que haja comprovação de vínculos afetivos e de afinidade com aquele não detentor da guarda. Embora não se descarte que pais possam nutrir afeto pelos seus filhos mesmo antes destes nascerem, o Estatuto claramente leva em consideração o tempo de convivência para surgimento e solidificação dos laços de afinidade e de afeto. O estágio de convivência é na verdade um período de adaptação.

Outros dois casos nos quais o Estatuto da Criança e do Adolescente enaltece a importância do afeto ocorrem ao permitir que a adoção possa ser deferida em favor de

⁴⁵ Cf. MESSENDER, Hamurabi. **Entendendo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80. : É notório que a colocação em uma família substituta sempre traz consequência de ordem psicológica e social à criança, que podem ser positivas ou negativas. Quando levamos em conta o grau de parentesco, possibilitando que a criança fique com o parente mais próximo e cujos laços afetivos são grandes, minimizamos as consequências negativas e potencializamos as positivas.

candidato domiciliado no Brasil não previamente cadastrado. Um dos casos ocorre quando o pedido de adoção for formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade. O outro caso acontece quando o pedido de adoção for formulado por quem detém a tutela ou a guarda legal da criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, entretanto o lapso de tempo de convivência deve comprovar a fixação de afinidade e afetividade. Desta forma o Estatuto leva em consideração os laços afetivos já firmados.

Não resta dúvida do reconhecimento que o Estatuto da Criança e do Adolescente outorga ao afeto, apontando a afetividade como norteadora das relações entre a criança e aqueles que estão a sua volta.

A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, Lei da Guarda Compartilhada⁴⁶, institui e disciplina a guarda compartilhada, traz em seu cerne a preservação dos vínculos afetivos entre o filho menor e seus genitores após a dissolução do vínculo entre os pais, faz clara remissão ao afeto no inciso I do art.2º.

Outra ferramenta jurídica que expressamente tutela o afeto é a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, Lei da Alienação Parental⁴⁷, ela traz o termo “afeto” expresso em seu texto e tem por objetivo coibir atitudes e condutas tipificadas que deteriorem e prejudiquem a relação entre pais e filhos. Em sua forma mais comum, a alienação parental ocorre quando um dos cônjuges, concubinos ou conviventes, após o rompimento do vínculo que os unia, passa a semear sentimentos negativos no coração do filho menor, destruindo assim o afeto entre a criança e o outro cônjuge, concubino ou convivente.

As licenças maternidade e paternidade concedidas ao adotante possuem caráter protetor da afetividade. O Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁸, prevê em seus arts. 392 e 392-A a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, tanto para a gestante como para a adotante. Contudo, a concessão de tais benefícios fez

⁴⁶ BRASIL, Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁴⁷ BRASIL, Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁴⁸ BRASIL, Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *In* PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm#art2>. Acesso em: 10 out. 2017.

eclodirem alguns embates nos tribunais devido ao tratamento discriminatório aplicado às servidoras públicas federais. A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁴⁹, traz em seu texto um flagrante desrespeito à isonomia entre a servidora gestante e a adotante. À gestante é garantida uma licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, enquanto que à adotante é garantida licença-maternidade de 90 (noventa) dias, caso a criança adotada tenha até 1 (um) ano de idade, no caso de o adotando possuir mais de 1 (um) ano de idade a licença passa a ser de apenas 30 (trinta) dias. O Decreto 6.690, de 11 de dezembro de 2008⁵⁰, que institui o Programa “Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante” no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional não reproduz a discriminação entre gestante e adotante, mas discrimina ao estipular a prorrogação da licença-maternidade por períodos diferentes para as servidoras públicas, submetidas à Lei 8.112/1990, e para as empregadas públicas, sujeitas a Lei 8.213/1991⁵¹, e em função da idade do adotando. Em ambos os casos a quantidade de dias de prorrogação é inferior a 60 (sessenta) dias, que é a quantidade de dias estipulada na Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008⁵². O Supremo Tribunal Federal, no exame do Recurso Extraordinário 778.889, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgou com fulcro na Lei 11.770/2008 e nos arts. 7º, XVIII e 227, §6º da Constituição Federal de 1998 a equiparação da licença-maternidade entre gestantes e adotantes. Em seu voto o relator defendeu que patrocinar um tratamento mais gravoso ao adotado de mais idade fere o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for a idade maior será a dificuldade de adaptação da criança à nova família e se o fator mais importante para a adaptação for a disponibilidade de tempo dos pais, não se verifica a possibilidade de estipular uma licença-maternidade menor para as adoções de crianças com mais idade. Afirmou ainda que o prazo de licença para a adotante não pode ser inferior ao prazo para a gestante, 120 (cento e vinte)

⁴⁹ BRASIL, Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵⁰ BRASIL, Decreto 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6690.htm#art2>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵¹ BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm#71a>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵² BRASIL, Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

dias, o mesmo deve ser aplicado às prorrogações, que são de 60 (sessenta) dias, não podendo existir prazos diversos em função da idade da criança.⁵³

No que tange a licença-paternidade a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, afirma em seu art. 71-A que o salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias *é devido ao segurado* ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança⁵⁴ (destaque nosso). A lei não faz distinção entre adotantes do sexo masculino e feminino, garantindo aos homens o mesmo direito que é garantido às mulheres, porém no caso de um casal de adotantes, apenas um deles fará jus ao salário-maternidade, ainda que ambos os adotantes estejam submetidos ao Regime Próprio de Previdência Social. O Decreto 6.690, de 11 de dezembro de 2008⁵⁵, trata apenas da prorrogação da licença-maternidade, tanto da gestante quanto da adotante no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, não estende esta prorrogação ao servidor do sexo masculino, não fazendo qualquer referência à prorrogação da licença-paternidade.

A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁵⁶, garante ao servidor licença-paternidade de 5 (cinco) dias pelo nascimento ou adoção de filhos. Não discrimina filhos biológicos e adotados, porém faz discriminação em relação à idade do filho adotado para a concessão da licença-maternidade.

Na mesma esteira da garantia de direitos fundados não apenas no critério biológico, mas também no afetivo, a Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008⁵⁷, garante que seja concedida

⁵³ BRASIL, STF. RG RE nº 778889/PE, Relator: Min. Roberto Barroso. PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7982176&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20778889%20-%20RG>>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵⁴ BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm#71a>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵⁵ BRASIL, Decreto 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6690.htm#art2>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁵⁶ BRASIL, Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁵⁷ BRASIL, Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In:

também aos pais, biológicos ou adotantes, a prorrogação da licença-paternidade de 15 (quinze) dias, além dos 5 (cinco) previstos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entende-se que a concessão de licenças maternidade e paternidade não visam apenas os interesses dos pais, mas fazem prevalecer o melhor interesse da criança e ajudam a estabelecer as bases para a solidificação dos vínculos afetivos a partir das primeiras interações entre pais e filhos. No caso da adoção as licenças revestem-se de um caráter ainda mais especial, pois garantem um determinado tempo para que a criança adotada tenha na presença exclusiva dos novos pais a segurança para a criação de novos laços afetivos e adaptação a uma nova vida familiar.

Fica evidenciado que o ordenamento jurídico brasileiro possui farta legislação garantidora e protetora do afeto. A preservação dos vínculos afetivos e o reconhecimento da essencialidade do afeto como base para a constituição familiar é uma realidade jurídica. Todas essas normas vieram lastreadas pela Constituição Federal de 1988, que elevou a afetividade ao patamar de princípio constitucional.

1.3 O ABANDONO INFANTIL: FATO HISTÓRICO SOCIAL

Abandonar significa “deixar ao abandono”, “não dar mais atenção ou proteção”, “desamparar”, “desistir de”, “desinteressar-se de”, “deixar de lado”, “renunciar a”⁵⁸. Ao referirem-se à criança abandonada alguns autores utilizam os termos “criança enjeitada” ou “criança exposta”. O abandono de crianças não é um fato recente na história da humanidade, nem tão pouco se encontrou uma padronização nas causas e motivos para esse fato social tão antigo e presente em inúmeras culturas em torno do mundo. A prática do abandono de crianças esteve presente em diversas civilizações e povos antigos, nas civilizações romana e grega o chefe da família possuía sobre seus filhos recém-nascidos o direito absoluto de abandonar, rejeitar, vender ou matar. Em Esparta, cidade grega de cultura militarista, crianças nascidas com malformação eram atiradas ao mar, pois não serviam para ser soldados. Na Babilônia, II milênio a. C., o Código de Hamurabi traz a primeira regulamentação escrita sobre o abandono de crianças: “Se um homem tomou uma criança para adotar com seu

PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁵⁸ ABANDONAR. In: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**, 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/abandonar/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

próprio nome e a educou, esse filho adotivo não pode ser reclamado”.⁵⁹ Algumas outras civilizações matavam os bebês malformados por acreditarem que eles trariam azar ou maldição. O abandono de crianças sempre esteve presente nas muitas culturas e civilizações, são inúmeros os casos de abandono na mitologia grega. Entre os hebreus, em caso de necessidade ou miséria, o pai possuía o direito de vender seus filhos, se no futuro sua situação de miséria chegasse ao fim e ele desejasse reaver seu filho a lei garantia essa possibilidade, porém deveria indenizar àquele que criou seu filho. A historiadora Maria Luiza Marcílio, em sua obra “História Social da Criança Abandonada”, afirma que o ato de expor os filhos foi introduzido no Brasil pelo branco europeu – o índio não abandonava os próprios filhos. Estando aí outro dos lados perversos da colonização.⁶⁰ Porém, discordando da autora, devemos considerar as enormes diferenças entre a sociedade branca européia e a sociedade indígena brasileira da época em que o europeu introduziu o abandono e a adoção de crianças nessas terras tupiniquins. O branco europeu não vivia numa sociedade coletivista, nessa sociedade já existia a propriedade privada, o indivíduo ou o grupo familiar gozavam de certa autonomia e respeito à individualidade, se uma pessoa ou uma família tinham um problema representado por uma criança esse problema era unicamente do indivíduo ou da família e não da coletividade, então se entregava essa criança para a adoção ou a abandonava-se. É sabido que o índio não possuía o costume de adotar ou entregar crianças à adoção, pois viviam em aldeias totalmente coletivistas onde não existia a idéia de individualidade e de propriedade privada. Se um indígena tivesse algum problema representado por um filho esse problema não seria unicamente dele, mas de toda aldeia. Se entregasse o filho para a adoção o problema ainda continuaria a existir dentro da aldeia, atingindo todo o grupo social. Assim, os indígenas davam às crianças enjeitadas destino mais perverso, como serem queimadas vivas, enterradas vivas ou abandonadas na floresta para morrerem lentamente ou serem devoradas por formigas ou algum outro animal. Deve-se considerar que ainda em nossos dias algumas etnias indígenas brasileiras matam suas crianças que nascem com alguma deficiência, infanticídios fundados em antigas tradições e crenças trazem à criança indígena um destino cruel, pois quando não satisfazem a determinados padrões sociais da aldeia são mortas, às vezes por envenenamento. Outras etnias acreditam que filhos de mães solteiras e filhos frutos de adultério podem ser amaldiçoados, quando nascem filhos gêmeos os indígenas acreditam que

⁵⁹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

um representa o bem e o outro representa o mal, mas como não há como distinguir qual deles representa o bem e qual representa o mal, ambos devem morrer.⁶¹

Apenas na fase imperial da antiga Roma, em que o infanticídio torna-se condenável, surgem leis para regulamentar o direito de adoção e para a proteção das crianças rejeitadas. Com a ascensão do cristianismo, a partir do reinado de Constantino I,⁶² a Igreja adotou a postura de condenar o incesto e o infanticídio, mas não contrariava o direito dos pais, quando miseráveis, venderem ou abandonarem seus filhos.⁶³

Em Roma, pobres e ricos abandonavam filhos por causas diversas e as crianças malformadas eram expostas ou afogadas. A adoção foi utilizada como um instrumento da sociedade romana para solucionar o problema de famílias que, por não terem descendentes, poderiam desaparecer.

Na Europa medieval as pessoas abandonavam seus filhos por motivos econômicos e morais, as legislações secular e canônica previam repressão e punição para a prática de métodos contraceptivos, para o infanticídio e para o abandono de crianças. Mosteiros e orfanatos administrados pela igreja tornaram-se refúgio para muitas crianças, onde recebiam cuidados básicos e educação. Algumas crianças eram adotadas formalmente por famílias ricas, outras, sem respeito às normas, por famílias pobres, porém algumas outras eram vendidas como servos.

No século XII, o Papa Inocêncio III⁶⁴ criou em Roma o Hospital de Santa Maria, destinado ao amparo de peregrinos e pobres doentes e às crianças expostas. A inspiração para

⁶¹ INFANTICÍDIO de índios ainda é comum em aldeias da Amazônia, **Folha de São Paulo**. 22 dez. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721455-infanticidio-de-indios-ainda-e-comum-em-aldeias-da-amazonia.shtml>> Acesso em: 20 dez. 2017.

⁶² CONSTANTINO, o grande: o primeiro imperador cristão, **Aventuras na História**. 27 fev. 2020. Flavius Valerius Aurelius Constantinus foi Imperador de Roma do ano 306 ao ano 337, foi o primeiro imperador cristão, desempenhou papel central na história do cristianismo. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-quem-foi-constantino-o-grande-imperador-cristao.phtml>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

⁶³ Cf. MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 59. : Com Constantino, o primeiro imperador cristão, houve profunda alteração dos princípios jurídicos anteriores sobre a exposição de crianças. Seu Édito de 331 mudou a situação legal das crianças abandonadas em todo Império, mudança esta que prevaleceu por mais de um milênio. Por esse decreto não se reconhece mais o direito do *Patria Potestas* (Poder Paternal) para recuperar os filhos abandonados. Passou a vigorar o direito definitivo de quem criou o enjeitado, mesmo que se quisesse transformá-lo em escravo. Uma vez tendo abandonado seu filho, o pai biológico perdia para sempre o direito sobre ele.

⁶⁴ Cf. DUARTE, Magda Rita Ribeiro de Almeida. Inocêncio III (1216 – 2016) oitocentos anos na história e reflexões sobre a Cruzada Albigense. In: **Revistas Unisinos**, 2017, nº 1, São Leopoldo. : Lottario dei Conti di Segni foi Papa de 1198 a 1216, adotou o nome de Inocêncio III, nasceu em Anagni, Itália, em 1160. Disponível

criação do hospital surgiu da Confraria do Santo Espírito, criada por um frei chamado Guy, em Montpellier, França, com a mesma finalidade assistencial do hospital.⁶⁵

A roda dos expostos era apenas um artefato de forma cilíndrica com uma abertura lateral, ficava instalada nos muros dos mosteiros e conventos para recepção de crianças doadas para as obras da igreja e de Deus. Depositada a criança, girava-se a roda e através de uma corda era badalado um sino para avisar que uma criança havia sido colocada na roda, dessa forma, o doador permanecia oculto. A roda foi utilizada para recepção das crianças expostas nos hospitais criados para este fim em toda Europa, assim almejava-se combater o infanticídio.

Além de estar presente nas mitologias grega e romana, o abandono também era retratado em alguns contos infantis ou de fadas, como *Hansel e Gretel* (João e Maria, no Brasil) e o Pequeno Polegar, mostrando que este ato era comum e usual na Europa e com a colonização a forma com que era praticado foi introduzida no novo mundo.

Em terras brasileiras o amparo à criança abandonada iniciou-se no século XVI, ainda no período colonial. Através dos padres jesuítas que chegaram ao Brasil com o objetivo de catequizar os índios, iniciando a construção desse objetivo com as crianças indígenas trouxeram também crianças órfãs de Portugal, que sob seus cuidados os ajudavam na catequese dos jovens índios.⁶⁶

O Reino português, através dos alvarás régios, determinou que fosse competência e dever das Câmaras Municipais prestar auxílio financeiro às criadeiras ou famílias que acolhessem crianças enjeitadas. Porém, as Câmaras Municipais mostraram-se ineficientes, omissas e sem recursos para arcar com as despesas de tal atividade.

em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/historia/article/viewFile/htu.2017.211.06/5950>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁶⁵ Cf. MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Coord.). **História Social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2001. : O papa Inocêncio III, chocado com o número de bebês encontrado mortos no Tibre, transferiu essa irmandade para Roma, criando o Hospital de Santa Maria in Saxia (1201-1204) e nomeando frei Guy seu *Mestre Magister Commendator* (cabeça de ordem). Nascia assim o primeiro hospital destinado a acolher as crianças e assisti-las. Nele foi organizado um sistema institucional de auxílio à criança exposta que logo seria copiado nas principais cidades italianas e em toda Europa. Séculos depois seria exportado para outros continentes.

⁶⁶ Cf. VENÂNCIO, Renato Pinto. Entregues a própria sorte. In: **Nossa História**. n. 9, São Paulo: Vera Cruz, p. 44, jul. 2004. : [...] entre 1550 e 1650 as crianças eram abrigadas em casas de famílias. Os meninos maiores de sete anos eram enviados para Colégios Jesuíticos. Entre 1650 e 1700 além do abrigo das casas de família, havia o auxílio domiciliar mantido pelas Câmaras Municipais. Os meninos maiores de sete anos continuavam a ser mandados para Colégios Jesuíticos.

No século XVIII, na cidade de Salvador, foi estabelecida junto à Santa Casa da Misericórdia a primeira roda dos expostos do Brasil, em pouco tempo estabeleceu-se uma segunda roda na Santa Casa do Rio de Janeiro e outra na Santa Casa da Misericórdia do Recife. O objetivo da implementação das rodas foi de frear o abandono de crianças em ruas, becos e vielas, onde muitas vezes eram encontradas já mortas, outros tantos se viam esmolando nas esquinas das cidades. Existia também uma preocupação religiosa, pois se lamentava o fato das crianças morrerem sem antes terem sido batizadas na fé católica.⁶⁷

Ao todo existiram quinze rodas dos expostos no Brasil, a de São Paulo foi a última a fechar as portas, em 1951. Mesmo hoje, ainda se abandonam crianças nas portas das casas, nos hospitais e até mesmo no lixo.

⁶⁷ Cf. MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 144. : As primeiras instituições de proteção à infância desvalida só surgiram no século XVIII e, até a independência, limitaram-se a apenas três cidades: Salvador, Rio de Janeiro e Recife. [...] destinava-se a proteção dos bebês abandonados. Até os três anos, período da vida a que chamavam de “criação”, eram cuidados, em sua quase totalidade, em casas de amas-de-leite mercenárias. Em seguida, e até os sete anos (período dito de “educação”), essas crianças voltavam para a Casa dos Expostos, que buscava formas de colocá-las em casas de famílias ou meios para criá-las.

2. OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

2.1 O PROJETO DE LEI DO SENADO nº 700/2007 E A TIPIFICAÇÃO PENAL DO ABANDONO AFETIVO

Não há no ordenamento jurídico pátrio legislação que verse expressamente sobre o abandono afetivo, o avanço nesse tema, ou retrocesso, para alguns, deve-se, sobretudo, à doutrina e à jurisprudência.

“A jurisprudência desempenhou um papel fundamental na consolidação da categoria jurídica da afetividade no sistema jurídico brasileiro, eis que, muito antes de qualquer dispositivo legislativo expresso, já reconhecia a afetividade em diversos casos.”⁶⁸

Entretanto, divergências repousam na possibilidade ou não da responsabilização civil decorrente da ausência de afeto, como a doutrina, a jurisprudência não é unânime no reconhecimento dessa possibilidade, nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça demonstra unanimidade, sendo esta corte a principal responsável pelos, ditos, avanços jurisprudenciais nesse campo. O Brasil é um país de cultura jurídica positivista, isso significa que o fim das divergências nos julgados dos tribunais se dará através de uma norma impressa numa folha de papel oriunda do Poder Legislativo ou de uma Súmula Vinculante de Tribunal Superior.

Em 2007 o então Senador Marcelo Crivella apresentou o PLS (Projeto de Lei do Senado) nº 700 que propõe modificações na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, o referido projeto de lei provocou muitos debates e comentários no meio jurídico do Direito de Família. O PLS 700/2007, que não tutela o idoso como sujeito passivo do abandono afetivo, nomina de “abandono moral” o que já se conhecia por abandono afetivo, porém, durante sua tramitação, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a expressão “abandono afetivo” foi posta em substituição à expressão “abandono moral”, sendo esta uma acertada decisão, independente de outras justificativas alegadas deve-se considerar que o artigo 247 do Código Penal Brasileiro tipifica um ilícito penal denominado por abandono moral, o que poderia gerar problemas futuros, uma vez que teríamos dois ilícitos em dois Códigos diferentes com a mesma nomenclatura. Além de tudo, a expressão “abandono afetivo” já estaria sacramentada pela doutrina.⁶⁹

⁶⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 265-266.

⁶⁹ Cf. BICCA, Charles. **Abandono Afetivo. O dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono dos filhos**. Brasília. OWL, 2015, p. 99. : O alusivo Projeto de Lei, que se encontra aguardando votação na Comissão

Em seu artigo 1º o PLS 700/2007 propõe modificar o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁷⁰

O PLS 700/2007 não traz em seu corpo a definição de abandono moral ou afetivo, limita-se, nos incisos I, II e III do parágrafo 3º, proposto a compor o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a definir o que seria a assistência moral ou afetiva, logo, subentende-se que o abandono moral ou afetivo restará configurado no descumprir de um dos referidos incisos.

O artigo 2º do Projeto de Lei, inserindo parágrafo único no artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, caracteriza o abandono moral como ilícito civil sujeito à reparação de danos.⁷¹

Busca-se, assim, a concretização de uma antiga aspiração do Direito de Família que é a previsão legal específica da responsabilização civil dos pais e mães pelo abandono afetivo de seus filhos. Entretanto o que fez surgir toda a polêmica em torno do Projeto de Lei foi a

de Direitos Humanos do Senado desde 2012, teve, no parecer da Comissão de Constituição e Justiça, sua redação alterada no sentido de substituir a palavra *abandono moral* por *abandono afetivo*, com a justificativa de se evitar a confusão com o abandono previsto no Art. 247 do Código Penal (1940). Talvez a utilização da terminologia *abandono afetivo* até não tenha sido a mais adequada, pois poderia conduzir a uma idéia de que alguém teria o direito de receber afeto, ou seja, que amar poderia ser um dever.

⁷⁰ Cf. BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal e dá outras providências. In: SENADO. Brasília, 2007. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2974438&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2018. : Art. 1º. O art. 4º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º.

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art.3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

(NR)”. (destaque nosso).

⁷¹ Cf. BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal e dá outras providências. In: SENADO. Brasília, 2007. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2974438&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2018. : Art. 2º. Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 126, 129 e 130 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º.[...]. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR). “[...]”.

sua proposta de tipificar o abandono moral não apenas como ilícito civil, mas como ilícito penal, estabelecendo como sanção pena privativa de liberdade.⁷²

O PLS alteraria também, assim, o Código Penal Brasileiro, introduzindo o crime de abandono afetivo. Em sua justificativa o então Senador Crivella afirma que, ao elaborar o caráter penal do art. 232-A, preocupou-se de exigir objetivamente o efetivo prejuízo psicológico e social para sua consumação.⁷³

Todavia, a tentativa de responsabilização penal não foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, uma vez considerado que a reparação no âmbito do direito civil seria suficiente para o enfrentamento do abandono afetivo. Pelo seu caráter *última ratio* o direito penal deve ser o último ramo do Direito a interferir na vida privada.

Não é difícil observar que o cumprimento dos incisos I, II e III do parágrafo 3º que o PLS propõe inserir no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente não suprime necessariamente a ausência de afeto. Senão, vejamos: um menor de 18 anos de idade não faz suas principais escolhas todos os dias, nem sempre se vê em dúvidas frente a oportunidades profissionais. A orientação prevista no inciso I pode ser prestada de forma distanciada, fria, sem intimidade, carinho e afeto; quais seriam e quantos os momentos de intenso sofrimento que um jovem vivencia até os 18 anos? Seria a morte do seu animal de estimação? O término do primeiro namoro? A morte de um parente? São coisas que não acontecem todos os dias. A solidariedade citada no inciso II não significa que haverá aproximação entre pais e filhos e poderá ser prestada friamente através de umas poucas palavras de conforto sem o necessário afeto. A simples presença física do pai, exigida no inciso III, não garantirá afeto para o

⁷² Cf. BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal e dá outras providências. In: SENADO. Brasília, 2007. : Art. 3º. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A. : Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de 18 anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2974438&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁷³ Cf. BRAGA, Júlio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo: Da Urgência do Diálogo Entre Direito e Psicanálise**. Rio de Janeiro: 2012. 191f. Dissertação (Mestrado em Psicanálise, Saúde e Sociedade) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, p. 46, 2012. : O citado Projeto de Lei introduziria ainda no Código Penal Brasileiro a previsão de crime por abandono afetivo, punível com pena de detenção de um a seis meses, não obstante o fato de que, contraditoriamente, o autor do Projeto entender que “a simples proximidade física entre pai e filho suprimiria o abandono afetivo”.

relacionamento, de outra forma estaríamos reduzindo o ser humano a carne e osso, sem emoção e sem sentimento.⁷⁴

Acertadamente, os parlamentares decidiram por não tipificar o abandono afetivo como um ilícito penal, não seria sensato colocarmos nas prisões brasileiras, já tão abarrotadas, pais e mães que não são criminosos deliberados ou contumazes. Encarcerar entes familiares por problemas de convivência afetiva relacionada à subjetividade de cada ser humano traria um resultado diverso daquele pretendido pelo Direito. O sentimento das pessoas não será previsto, descrito ou desenhado em leis e códigos normativos, o problema do abandono afetivo não deve ficar restrito ao campo da ciência jurídica, antes, faz-se necessário uma abordagem multidisciplinar para buscar as causas do afastamento de pais e filhos, para então ser implementada uma solução que os aproxime, em vez de uma solução punitivista.

2.2 O SIMPLISMO NA ABORDAGEM DO ABANDONO AFETIVO NO PROJETO DE LEI nº 4294/2008 E NO PROJETO DE LEI DO SENADO nº 470/2013

É inegável que o afeto permeia as relações entre as pessoas, possibilitando uma verdadeira interação sentimental. Para os idosos é o afeto que proporciona sensação de segurança, paz, aconchego e acalento, para as crianças o afeto proporciona tudo isso e muito mais, ele serve de suporte para a formação do ser que se constrói, contribuindo para que a criança adquira empatia, torne-se um adulto psicologicamente equilibrado e sentimentalmente estável. A presença ou ausência do afeto poderá gerar, respectivamente, consequências positivas ou negativas para o indivíduo e para o meio social no qual ele está inserido.⁷⁵

Os direitos da personalidade são constituídos por direitos essenciais e irrenunciáveis do ser humano, integram o próprio ser em si, formando sua identidade, construindo sua aparência social, destacando sua origem, seus vínculos e determinando seu interagir com o

⁷⁴ Cf. CAMPOS, Andrea Almeida. Justiça: Virtude orquestrada pelo Afeto. In: **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte: mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=408>>. Acesso em: 13 mar. 2018. : Antes de sermos *homo sapiens* ou seres humanos que pensam somos *homo affectus*, ou seres humanos que sentem. Sentimos não apenas frio, calor, sede e fome como os outros animais, mas também sentimos medo, ódio, amor: sentimos saudade. Somos seres afetivos na acepção mais profunda do que seja possível sentir.

⁷⁵ Cf. BICCA, Charles. **Abandono Afetivo. O dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono dos filhos**. Brasília. OWL, 2015, p. 57. : A criança abandonada pode apresentar deficiência no seu comportamento social e mental para o resto da vida. A dor da criança que esperava por um sentimento, ainda que mínimo, de amor ou atenção, pode gerar distúrbios de comportamento, de relacionamento social, problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, inclusive problemas de saúde, entre outros devidamente comprovados por estudos clínicos e psicológicos. [...] Em meio século de pesquisa internacional, nenhum outro tipo de experiência demonstrou um efeito tão forte e consistente sobre a personalidade e o desenvolvimento da personalidade como a experiência da rejeição, especialmente pelos pais na infância.

mundo. As relações afetivas desenvolvidas na tenra idade no seio familiar e na comunidade são de suma importância para a edificação de uma personalidade social e emocionalmente saudável. Soma-se a essas relações o desenvolvimento educacional, social e cultural que tornam o indivíduo fruto de sua própria história.⁷⁶

É indiscutível que os elementos axiológicos e os primeiros conceitos morais e éticos são ensinados pelos pais, filhos abandonados podem se tornar carentes desses ensinamentos e isso, de fato, afetará o meio social, abala o ideal de sociedade que buscamos. É, portanto, no seio da família que se inicia o processo de socialização de uma criança, bem como o desenvolvimento de sua personalidade. Sendo a família base da sociedade, deve o Estado junto a esta propiciar condições para a estruturação das famílias no afeto e lhes garantir proteção a fim de se evitar futuros adultos agressivos, inseguros e emocionalmente instáveis.⁷⁷

A afetividade possui reflexos no campo da cognição, pois ambos estão entrelaçados. O bom desempenho da capacidade cognitiva e a aquisição do conhecimento se desenvolvem plenamente quando o indivíduo se sente seguro, não apenas materialmente, mas afetivamente. “Não existem estados afetivos sem elementos cognitivos, assim como não existem comportamentos puramente cognitivos”.⁷⁸ O “sentir” e o “pensar” estão associados. Os comportamentos antissociais e reprováveis, em determinada dimensão, são exteriorizados não simplesmente porque foram aprendidos, mas, também, por serem reflexo de falta de afetividade.

Resta claro que é de suma importância a convivência da criança com as mães e os pais, sendo esta convivência uma contribuição imprescindível para um desenvolvimento pleno

⁷⁶ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte: abr. 2007. Disponível em:<www.ibdfam.org.br/art.s288>. Acesso em 25 abr. 2018. : O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que essa personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

⁷⁷ Cf. CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto**. 8ª Ed. São Paulo. Gente, 2001. : [...] a família tem a responsabilidade de formar o caráter, de educar para os desafios da vida, de perpetuar valores éticos e morais. Os filhos se espelhando nos pais e os pais desenvolvendo a cumplicidade com os filhos. A preparação para a vida, a formação da pessoa a construção do ser são responsabilidades da família. É essa a célula mãe da sociedade em que os conflitos necessários não destroem o ambiente saudável.

⁷⁸ PIAGET, Jean Willian Fritz. **A Equilíbrio das Estruturas Cognitivas**. Traduzido por Marion Merlone dos Santos Penna. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

emocional, social e cognitivo. O amparo advindo da afetividade familiar proporciona a segurança necessária para explorar e interagir com o mundo que vai se projetando com o passar do tempo. Para uma criança crescer ela precisa descobrir o mundo a sua volta, explorar o que, para ela, ainda é desconhecido, nessa jornada de descobrir e explorar, os pais no exercício do seu direito-dever de participarem da vida dos filhos menores, proporcionam segurança e confiança para que os primeiros passos se sucedam.⁷⁹

Não há dúvidas de que o abandono afetivo é um tema de alta relevância e seus efeitos atingem não apenas o sujeito vítima do abandono, mas as pessoas que com ele interagem e, em certas proporções, todo grupo social. Suas consequências estendem-se por muito tempo, podendo tornar-se permanentes.

Contudo, diante da exposição do quão é importante o afeto na formação de uma criança, também importa deixar claro que a ausência do pai não necessariamente trará danos psicológicos para a criança.

“O afeto necessário ao pleno desenvolvimento de uma criança é uma afetividade entendida em sentido *lato*. A ausência de um pai representa a falta de um dos componentes familiar, mas não automaticamente um filho que crescerá sem afeto”.⁸⁰ Poderíamos afirmar que uma criança fruto de uma “produção independente”, realizada através de inseminação artificial, quando não se sabe a identidade do pai e criado apenas pela mãe será uma pessoa desequilibrada ou com problemas psicológicos? É claro que não.

Fazendo uma leitura do Projeto de Lei nº 4294, de 2008, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra e do Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata, é possível concluir que os legisladores pátrios não deram a devida importância ao tema do abandono afetivo. Não houve esmero na elaboração dos projetos,

⁷⁹ Cf. REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho como violação aos direitos da personalidade. In: **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, 2012, n. 2, v.12, Maringá: Cesumar, p. 503-523, set./dez. 2012. : O afeto, como restou demonstrado, constitui emoção positiva no ambiente familiar. É um direito da personalidade, sendo considerado como um dos seus predicados – talvez, o mais importante deles partindo da consideração de que o ser humano se encontra essencialmente ligado uns aos outros através dos laços da afetividade. No núcleo familiar, “onde se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoas, entre outros” [...] o afeto desenvolve uma poderosa influência de agregação entre as pessoas. No momento em que esse nexos relacional desaparece, as famílias tendem a se desagregar e os seus componentes a perder seu núcleo referencial, com sérias e traumáticas consequências no âmbito pessoal, social e profissional.

⁸⁰ XAVIER, Lucas Bittencourt e. **Da (im)possibilidade de responsabilização civil por dano moral no abandono afetivo**: uma abordagem da natureza jurídica da afetividade. 2012. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

passando, assim, a impressão de que faltou um estudo multidisciplinar, faltou ouvir pessoas abandonadas e pessoas que abandonaram.

O Projeto de Lei nº 4294, de 2008, propõe acrescentar parágrafo ao artigo 1.632 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil e ao artigo 3º da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, tendo por finalidade estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.⁸¹

Ao artigo 1.632 do Código Civil o Projeto de Lei 4294/2008 pretende acrescentar o seguinte parágrafo: “Parágrafo único. O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”. Já, na Lei 10.741, Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, o parágrafo único passa a ser parágrafo 1º e acrescenta-se o parágrafo 2º com a seguinte redação: “O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”.

O Projeto de Lei 4294/2008 limita-se a acrescentar um mandamento ao Código Civil e ao Estatuto do Idoso, sem mais especificidades sobre um tema tão polêmico, demonstrando que o assunto não passou por um debate ou estudo mais aprofundado. No ano de 2008, ano de criação do referido projeto, ainda não havia uma jurisprudência maciça no sentido de acolhimento da tutela jurídica do abandono afetivo, a doutrina ainda debatia o tema e caminhava para a construção de um entendimento majoritário.

Na época da propositura do Projeto de Lei ações judiciais requerendo indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo eram raras e o entendimento dos tribunais era, em sua maioria, contrário ao deferimento dos pedidos. O referido Projeto deveria, de forma específica, descrever em sua justificativa causas e consequências e em seu núcleo os elementos, as ações ou omissões que constituiriam o abandono, porém é bastante simplório na sua justificativa em fundamentar o dever de indenização e também vago e genérico em descrever as consequências do abandono e, ainda, não traz elementos caracterizadores do dano.⁸²

⁸¹ BRASIL, Projeto de Lei nº 4294, de 2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil e ao artigo 3º da lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. *In*: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

⁸² Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 757.411 – MG (2005/0085464-3), 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2018. : A questão da

Não se busca um excessivo formalismo, mas sim a apropriada aplicação do Direito com sensibilidade social e garantia da segurança jurídica.

O Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata, também aborda o tema com pouca profundidade. Este, em muito se parece com o PLS 700/2007, do Senador Marcelo Crivella, já citado neste trabalho, propõe poucas mudanças em comparação com o PLS 700/2007 e substitui o termo “assistência moral” por “assistência afetiva”.⁸³

De forma muito genérica o PLS 470/2013 define o que vem a ser abandono afetivo: “Art. 108. Considera-se conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou a omissão que ofenda *direito fundamental da criança ou do adolescente.*”⁸⁴. (destaque nosso). O Projeto define como sujeito passivo do abandono afetivo a criança ou o adolescente, excluindo de sua tutela os idosos. Ora, os direitos fundamentais da criança e do adolescente evidenciam-se no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.⁸⁵

O artigo 227 da Constituição, com seus parágrafos e incisos, carrega o princípio da prioridade absoluta. É verdade que a Constituição não pode ser vista como um mero documento programático de intenções políticas e os princípios gozam de autoaplicabilidade. Entretanto, os princípios são genéricos e as regras, por sua vez, são específicas para disciplinar determinados fatos jurídicos e por isso estão mais próximas da realidade social das pessoas. O PLS 470/2013 não se mostra capaz de dar ao sistema normativo uma regra que discipline o abandono afetivo. O Legislador ordinário deu à luz o Estatuto da Criança e do

indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

⁸³ Cf. BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. *In*: SENADO FEDERAL. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 16 mai. 2018. : Art. 109. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos estabelecidos em lei especial de proteção à criança e ao adolescente, prestar-lhes assistência afetiva, que permita o acompanhamento da formação da pessoa em desenvolvimento.

Parágrafo único. Compreende-se por assistência afetiva:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – cuidado, responsabilidade e envolvimento com os filhos.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Cf. BRASIL, Constituição Federal da República Federativa do Brasil. *In*: SENADO FEDERAL. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_227_.asp>. Acesso em: 16 mai. 2018. : 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.

Adolescente como regra para concretização dos princípios que emanam do artigo 227, mas o referido diploma silencia no que diz respeito ao abandono afetivo. A Constituição Federal de 1998 é analítica, dogmática e principiológica. O Direito pátrio é formado por princípios e regras e as normas constitucionais sobre justiça e direitos são predominantemente princípios.⁸⁶

Normalmente, os princípios trazem claramente em si o seu sentido linguístico, porém, apenas às regras são aplicados os vários métodos de interpretação do texto da lei, da mensagem deixada pelo legislador ordinário. As regras traduzem com melhor precisão os preceitos legais estabelecidos pelo legislador, pois estão mais intimamente ligadas às minúcias e à realidade da sociedade. Neste sentido, assim como o PLS 700/2007, o PLS 430/2013 peca em descrever o abandono afetivo simplesmente como a ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança e do adolescente. O projeto deveria, sim, tipificar o abandono afetivo descrevendo sua conduta, caracterizá-lo através de uma regra que o apontasse com precisão. Desta forma, a sociedade teria critérios específicos para entender a prática delituosa e buscar formas eficientes de combatê-la, por sua vez, os tribunais teriam parâmetros objetivos quando da aplicação da lei.

2.3 A NECESSIDADE E A DIFICULDADE DE UMA DESCRIÇÃO LEGAL DO ABANDONO AFETIVO

O Direito para se materializar na vida das pessoas necessita de interpretação, pois o enunciado, ou seja, o texto legal que nasce do legislador não traz em si a norma, esta nasce da hermenêutica ou interpretação quando da aplicação do Direito ao caso concreto.

Entretanto, ao interpretar a regra o aplicador do Direito não deve se utilizar de manobras para legislar, para inventar ou recriar o Direito, agindo segundo suas vontades, ideologia ou convicções políticas, praticando o ativismo judicial.⁸⁷

⁸⁶ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2008. : Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

⁸⁷ Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. : Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, além mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída a outros Poderes.

Cabe ao Poder Judiciário com fiel observância promover a aplicação das leis. Ao agir de outra forma o juiz exorbita suas competências, furta as funções do legislador, invade a esfera de outro Poder e traz insegurança jurídica. Faz-se necessário que a Lei seja interpretada respeitando-se seu objetivo e buscando o que ela estabelece, nem mais, nem menos. O magistrado deve ter em mente uma frase atemporal expressada por Mirabeau: “a justiça é uma necessidade de todos e de cada um; e assim como deve exigir o respeito, deve inspirar confiança”.⁸⁸

Não se busca aqui um Direito aprisionado pelo formalismo excessivo da Escola da exegese, porém, defende-se limites à atuação do magistrado, a justiça perde credibilidade com a descrença, o ceticismo e a desconfiança das pessoas de decisões judiciais com fundamentações intelectualizadas, onde o objeto de reflexão não possui ligação com fatores concretos do mundo real dos fatos. Talvez, para o advogado, para o promotor público ou para o juiz não exista tal necessidade, mas para o cidadão comum existe, sim, a necessidade da clara delimitação e tipificação da conduta delituosa. O Direito deve ter previsibilidade para produzir segurança jurídica.

Outro ponto considerável é a tradição positivista do direito brasileiro, a nossa cultura jurídica vem do direito romano-germânico e isso incide sobremaneira na criação e interpretação das normas. Nas leis positivadas, ou escritas, e nos códigos encontramos as fontes mais importantes para solucionar os conflitos, através dessas legislações as pessoas tomam conhecimento das sanções e das imposições, proibições e permissões para as condutas.

A Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014⁸⁹, lei integrante das normas de Direito de Família, é um claro exemplo, pois estabelece e define a guarda compartilhada, não deixando dúvida sobre sua interpretação e aplicabilidade e sem espaço para abstrações.

Outro exemplo, mesmo sendo um diploma do Direito Penal, é a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006⁹⁰, lei Maria da Penha, que em seus artigos 5º e 7º traz a configuração de violência doméstica e familiar, bem como suas formas e a descrição da conduta criminosa.

⁸⁸ MIRABEAU, Honoré Gabriel Riqueti *Apud* FABREGUETTES, M. P. **A Lógica Judiciária e a Arte de Julgar**. Traduzido por Henrique de Carvalho. São Paulo: C. Teixeira e Ca., 1914.

⁸⁹ BRASIL, Lei 13.058, de 11 de dezembro de 1990. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, da Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

Destaca-se, ainda, a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010⁹¹, que dispõe sobre a guarda compartilhada. A lei trata o tema de forma detalhada, inclusive exemplifica a alienação parental de forma não exaustiva, abrindo espaço para entendimento e interpretação do julgador, bem como descreve a conduta e prevê as sanções de forma clara.

As decisões nas ações indenizatórias de dano moral por abandono afetivo são dotadas de um alto grau de abstração em suas fundamentações, consequência da falta de uma norma específica para o abandono afetivo. Não se ignora que os fenômenos sociais influenciam a elaboração e a aplicação das normas para que atendam os anseios da sociedade em dado momento, de forma imediata isso é realizado pela jurisprudência, e esta normalmente prevalece até que o Poder Legislativo discipline e estabeleça norma sobre determinado fenômeno social. Contudo, precisam os legisladores ser atuantes e rápidos para positivar na norma as respostas aos fenômenos da sociedade. Legislar é a função primordial do Poder Legislativo, os parlamentares são democraticamente eleitos para debaterem e criarem as leis, porém a faina de legislar precisa ser célere para acompanhar a dinâmica social, o contrário do que aconteceu com o Código Civil de 2002, que só passou a vigorar vinte e sete anos após o início dos trabalhos para sua elaboração.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, verificou a possibilidade de indenização compensatória por abandono afetivo e reconheceu a condenação de um pai a indenizar sua filha. Este julgamento tornou-se célebre e o voto da relatora tornou-se um mantra para os que defendem a possibilidade de responsabilização civil para os casos de abandono afetivo.⁹²

⁹⁰ BRASIL, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁹¹ BRASIL, Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁹² Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistência de restrições legais á 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 reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente

Em qualquer dicionário que se busque, as palavras “afeto” e “amor” são sinônimos, ambas representam personificações com elevado grau de abstração, talvez aí resida o motivo pelo qual não temos uma lei que descreva, defina e tipifique de forma específica e objetiva a conduta do abandono afetivo. Parece ser grande a dificuldade do legislador em trazer para o mundo jurídico concreto, de forma clara e bem delimitada, figuras metafísicas, que transcendem a materialidade das coisas. Não é difícil encontrar na literatura o entendimento de que amor e afeto confundem-se, entrelaçam-se. Quem nutre sentimentos como amor, dedicação e amizade, nutre também o afeto, porém este não se confunde com sentimentos como consideração, gratidão ou respeito, que a grande maioria das pessoas sente umas pelas outras, estes são virtudes morais.

A frase “Amar é faculdade, cuidar é dever” possui certo chamariz e tornou-se um mantra doutrinário, mas afeto tem haver com amar e não com cuidar. É possível cuidar de uma pessoa sem ter afeto por ela, mas não se pode ter afeto sem amar.

O afeto quando exigido tem seu propósito desvirtuado, é um sentimento que se caracteriza essencialmente pela espontaneidade. A afetividade integra todas as relações familiares, à família é endereçada grande atenção do campo jurídico, porém, convém que a afetividade seja alvo de imposição? Pode o Direito exigir reciprocidade do amor entre pais e filhos?

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, 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. [...] **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.** O amor diz respeito à motivação, questão que refoge aos lindes legais, situando-se, pela sua e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** (Destaque no original). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 28 mai. 2018.

“O amor é uma matéria do sentir, não do querer e não posso amar porque o quero e, ainda menos, porque o devo (não posso ser constrangido a amar); por conseguinte um dever de amar é um absurdo.”⁹³

De certo, o terreno familiar é ambiente fértil para o cultivo do amor, mas e quando o amor não brota? O afeto simplesmente não nasce onde deveria nascer. O amor existir no ambiente familiar é uma regra geral, porém, não absoluta.⁹⁴

Até que ponto a presença paterna ou materna sob imposição estatal é benéfica para o filho e atende o melhor interesse da criança?

Quando o Estado determina que uma pessoa tenha afeto por outra pode fazer com que onde não existia afeto passe a existir ódio, aversão e repulsa. A afetividade reveste-se de subjetividade, pois integra processos da personalidade e não se sujeita a vontades externas.⁹⁵

Desta feita, resta claro a necessidade de tipificar o abandono afetivo, porém verifica-se que há dificuldade do legislador em fazê-lo e mesmo que o faça não produzirá o resultado esperado, pois o Direito estará invadindo uma área da vida privada permeada pela subjetividade e pelo sentimento humano. Alegria e tristeza, prazer e dor, sabores e dissabores, sonhos e desilusões fazem parte da vida e o Direito nunca terá soluções para todos os problemas da vida humana.

⁹³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

⁹⁴ Cf. BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Traduzido por Waltersin Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. : [...] a autora constata a extrema variabilidade desse sentimento, segundo a cultura, as ambições ou as frustrações da mãe. Não pode então fugir a conclusão de que o amor materno é apenas um sentimento humano como outro qualquer e como tal incerto, frágil e imperfeito. Pode existir ou não, pode aparecer e desaparecer, mostrar-se forte ou frágil, preferir um filho ou ser de todos. Contrariando a crença generalizada em nossos dias, ele não está profundamente inscrito na natureza feminina.

⁹⁵ Cf. RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas. Entre el derecho y no derecho**. Traduzido por Andrea Grippi. Madrid: Editorial Trotta, 2010. : Atribuir ao Direito a responsabilidade por solucionar determinados problemas da vida faz com que corramos o risco de ficarmos à mercê de uma política de princípios, ou fortemente condicionada por um unilateralismo religioso, ideológico ou econômico, que esconde as razões da vida.

3. O ABANDONO AFETIVO E A SOLUÇÃO JUDICIALIZADA

3.1 A EXISTÊNCIA DO DANO E A (IM) POSSIBILIDADE DE INICIAR OU REATAR A CONVIVÊNCIA

Não é objetivo desse trabalho, incluindo a descrição do significado ou origem da palavra “responsabilidade”, estudar e esmiuçar o tema da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio. A responsabilidade civil será tratada tão somente em relação ao abandono afetivo. De forma geral, ela importa no dever jurídico de indenizar alguém por um dano que lhe foi causado por outro alguém, ou seja, consiste a responsabilidade civil numa obrigação legalmente imposta ao agente causador de um fato danoso decorrente de ato comissivo ou omissivo. Esse instituto tem seu nascedouro no direito das obrigações e apresenta como requisitos a conduta humana, o dano e o nexos causal, na ausência de um desses pressupostos não existe o dever de indenizar. A conduta humana decorre de ato lícito, neste caso excepcionalmente, ou ato ilícito, sendo este a conduta humana dolosa ou decorrente de negligência, imperícia ou imprudência que cause um resultado danoso. O nexos causal demonstra a relação entre a ação ou omissão e o dano, sendo essa relação fundamental para a responsabilização civil. Portanto, não se mostra suficiente apenas a confirmação do resultado danoso para a responsabilidade civil, torna-se imprescindível o liame entre o ato ilícito e o dano. O dano é o resultado da lesão ao bem ou direito juridicamente tutelado. Sem a comprovação da existência, certeza e efetividade do dano não há que se falar em responsabilização civil. A indenização tem o objetivo de recompor o patrimônio atingido, restituindo a vítima ao estado anterior à ocorrência do dano.

Entretanto, o dano decorrente do abandono afetivo é extrapatrimonial ou moral e de natureza psíquica, atinge valores íntimos da vítima, como personalidade, dignidade, sentimentos, honra, etc.⁹⁶

Este tipo de dano é insuscetível de mensuração econômica, neste caso a indenização possui natureza compensatória, pois visa compensar a vítima pela injustiça que lhe foi infligida. É importante ressaltar que numa ação de responsabilidade civil por abandono

⁹⁶ Cf. SILVA, Wilson Melo da *apud* CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. : Os danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. [...] é imprescindível para a caracterização do dano moral “a dor, tomando o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos”.

afetivo os prejuízos decorrentes do abandono devem ser comprovados, normalmente através de perícia, não bastando apenas reclamações e alegações sem provas.

Como afirmado anteriormente neste trabalho a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é um tema não pacificado, os doutrinadores contrários argüiram argumentos que são levantados contra esse polêmico instrumento jurídico.

Entre eles existe o pensamento de que o Estado não deveria exigir a obrigação de o indivíduo fazer nascer dentro de si um sentimento e externá-lo. De fato, em breve se estará julgando a forma com que os pais criam seus filhos. A criação dos filhos muda de acordo com a época, as tradições e as culturas das diversas sociedades. Há pais e mães que são mais rigorosos na criação de seus filhos e deixam poucos espaços para sentimentos, sentimentalismos, emoções e demonstrações de carinho, no entanto nem por isso deixam de ser pais presentes em todos os momentos da vida dos filhos, dedicam a seus filhos o que julgam ser uma boa criação e, no futuro, podem sofrer ações judiciais de um filho que não recebeu abraços e que entende ter tido uma má criação.⁹⁷ Nas pesquisas para a realização deste trabalho verificou-se que nas ações julgadas pelo Poder Judiciário por abandono afetivo os pais que figuraram no polo passivo tinham em comum o fato de não residirem com os filhos, ou seja, entre pais e filhos existia um distanciamento físico. Quando o abandono afetivo acontece entre pais e filhos que moram juntos os casos não são levados à justiça. Talvez devêssemos acreditar que o pouco afeto ou a falta dele seja mais comum do que se imagina, simplesmente, ao que parece, os tribunais ainda não se depararam com um caso de responsabilização por abandono afetivo onde pai e filho moraram ou moram juntos.⁹⁸

A indenização decorrente do abandono afetivo pode ser apenas o início da total judicialização da entidade familiar, o Estado determinando como as pessoas devem ser em sua intimidade. O inciso IX do artigo 1.634 do Código Civil afirma que compete aos pais exigir dos filhos que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade e

⁹⁷ Cf. LOMEU, Leandro Soares. **Direito Civil: Atualidades na perspectiva civil-constitucional**. Pará de Minas: Virtual Books, 2008. : Existem pais biológicos que residem no mesmo lar com os filhos e nunca conseguiram abraçar seus filhos, nunca participaram dos seus aniversários ou formaturas, nem tão pouco lembraram de questionar acerca do dia-a-dia do filhos ou suas necessidades inexistindo, portanto, qualquer laço afetivo com o filho.

⁹⁸ Cf. BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo: Da urgência do diálogo entre direito e psicanálise**. 2012. 191f. Dissertação (Mestrado em Psicanálise, Saúde e Sociedade) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, p. 20, 2012. : A prática advocatícia confirma que os filhos carentes da presença paterna, quando indagados sobre a conduta do pai antes da separação conjugal, na maioria das vezes, respondem que o distanciamento afetivo e a falta de interesse nos seus assuntos eram preexistentes à separação. Queixam-se de não serem ouvidos, vistos e nem tocados pelos pais em plena convivência familiar. Portanto, nem sempre o distanciamento afetivo se dá em razão do afastamento físico decorrente da separação da família.

condição.⁹⁹ Será que teremos em um futuro próximo pais exigindo indenizações de seus filhos, quando esses atingirem a maioridade, por não terem obedecido e respeitado aqueles durante sua vida pré-adulta? Os filhos podem alegar que não podem responder por não terem cumprido as exigências de obediência e respeito dos pais, e com isso lhes causado danos emocionais, pois eram incapazes à época dos fatos. Os pais dirão que seu poder de família não era absoluto e ilimitado e os anos de desobediência e desrespeito violaram a sua dignidade humana, causaram perturbação psíquica, danos emocionais, frustrações, etc. Enfim, a comprovação da existência do dano e do nexos causal faz surgir uma obrigação compensatória, porém, acredito que o Estado-juiz não responsabilizaria alguém por ter descumprido o mandamento de prestar respeito e obediência aos pais, contido no inciso IX do artigo 1.634 do Código Civil, tornando esta uma regra meramente moral, sem conseqüências jurídicas.

Outro argumento considerado versa sobre a natureza principiológica da afetividade, tendo os princípios força normativa e sendo geradores de direitos subjetivos, estabelecem padrões que devem ser considerados por uma exigência equânime de justiça, incorporando o dever-ser e sendo subjetivamente exigíveis. De acordo com a ciência da psicologia a afetividade é um conjunto de fenômenos psíquicos que são vivenciados e experimentados na forma de sentimentos e emoções.¹⁰⁰ Destarte, sendo a afetividade um sentimento humano espontâneo, inexigível e que não nasce artificialmente por vontades externas outorgar-lhe *status* de princípio jurídico descaracteriza-a como sentimento natural, como um atributo de subjetividade e convivência humana.¹⁰¹ Já se comentou neste trabalho acerca da dificuldade do legislador em positivar e tipificar o abandono afetivo por ser este um tema metafísico. “O que se sustenta é a total falta de adequação do valor do afeto em uma norma jurídica, dada a

⁹⁹ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁰⁰ Cf. XAVIER, Lucas Bittencourt e. **Da (im)possibilidade da responsabilização civil por dano moral no abandono afetivo: uma abordagem da natureza jurídica da afetividade**. 2012. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 66, 2012. : No estudo da afetividade pelas ciências psicológicas, todas as doutrinas analisadas concluíram que a afetividade, do mesmo modo que a racionalidade, é inerente a todo ser humano, de forma que todas as pessoas apresentam a capacidade para afetar e serem afetadas. É um atributo do ser humano indispensável à formação da personalidade; uma potencialidade humana. Refere-se, portanto, a uma subjetividade nata por se tratar de processos interiores da personalidade, que não se submetem a uma vontade externa.

¹⁰¹ Cf. *Ibidem*, p. 84. : Tratar afetividade como um comando principiológico seria considerá-la obrigação imposta a toda sociedade, assim como as demais regras positivadas nos diplomas legais vigentes. Contudo, o afeto não pode ser considerado um dever nas relações paterno-filiais, mas apenas um valor que se agrega às unidades familiares. Embasando-se nas ciências psicológicas, vislumbra-se a afetividade como uma potencialidade humana que se desenvolve em diferentes graus nos indivíduos [...].

natureza subjetiva deste sentimento humano. Portanto, inconcebível a existência do preceito normativo.”¹⁰².

O dano causado pelo abandono afetivo é contínuo. Se havia amor e a expectativa desse amor ser correspondido e não o foi, haverá um dano emocional que trará a tristeza ao coração, a sensação de abandono e de perda será permanente e nenhuma retribuição pecuniária compensará ou cessará o dano, este apenas chegará ao fim quando o vazio deixado for preenchido. Será que as pessoas que receberam indenizações por abandono afetivo ficaram satisfeitas, se sentiram compensadas, tiveram o vazio preenchido? Não há estudos que respondam a essas questões e tragam à luz a eficácia ou não das indenizações em compensar ou reparar o dano. “Compensar” pode ser sinônimo de “equilibrar”, “corrigir”, “igualar” e “restituir”, entre outras palavras. Imaginamos que nas indenizações compensatórias por abandono afetivo o dinheiro não traz equilíbrio à falta do afeto, não corrige sua ausência, não se iguala ao afeto e não o restitui. Depois de ler tantos textos e artigos de doutrinadores berrando aos ventos pela “despatrimonialização do Direito Civil”, deparei-me com muitos desses doutrinadores pregando a patrimonialização e a precificação de sentimentos humanos no Direito de Família, clara falta de coerência. Outro absurdo é a defesa que esses doutrinadores fazem de um excesso de intervencionismo estatal na vida das pessoas, pois defendem que o Estado tenha poder de intervir e regular até mesmo nossos sentimentos e emoções. O dano moral no Direito de família, quando este existir, não deve estar atrelado apenas e unicamente ao aspecto patrimonial e traduzido em cifras.

Decerto que os cuidados afetivos são valores inestimáveis, entretanto não devem ser objeto de obrigação jurídica, pois a aceitação do dever de indenizar decorrente da falta de afeto produziria a precificação e a patrimonialização de algo que não possui características e valor econômicos.

O Direito passou por uma transformação humanizadora que resultou na sua despatrimonialização e na constitucionalização do Direito Civil, trazer de volta a patrimonialização configura um verdadeiro retrocesso jurídico. A não correspondência ou a não satisfação de uma expectativa pessoal, e até mesmo moral, de afeto não configura um ato ilícito e não fundamentaria a reparação por supostos danos. Portanto a falta do afeto entre pais e filhos ou entre quaisquer outros entes da família não configuraria motivo suficiente e

¹⁰² XAVIER, Lucas Bittencourt e. **Da (im)possibilidade da responsabilização civil por dano moral no abandono afetivo: uma abordagem da natureza jurídica da afetividade**. 2012. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 114, 2012.

necessário para produzir danos carentes de reparação pecuniária. Entretanto, faz-se necessário deixar claro que as relações familiares podem e devem ser protegidas pelo instituto da responsabilidade civil, desde que exista o ato ilícito que lhe dê causa.¹⁰³

O Direito de Família evoluiu para reconhecer outras formações familiares baseadas no afeto e não apenas nos laços biológicos. Os doutrinadores do Direito de Família sobrepõem o laço afetivo ao biológico e os vínculos fundamentados no afeto não se restringiram aos limites legais, entretanto as ações que pleiteiam indenizações por abandono afetivo ocorreram entre partes que são ligadas apenas pelo laço biológico. A filiação, ou qualquer outra união, fundada no afeto precisa de tempo para florescer e firmar o laço afetivo, como pode o Estado impor o afeto entre pessoas simplesmente porque elas possuem consanguinidade se essa mesma consanguinidade pode ser desconsiderada frente à afetividade para reconhecimento da paternidade? “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue.”¹⁰⁴. Sendo assim se não houve convivência não haverá afeto.

É pertinente evocar o artigo 22 da Lei 8.069, de 1990: “Aos pais incumbe o **dever de sustento, guarda e educação** dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.¹⁰⁵ (destaque nosso).

Deve-se salientar que volitividade para o fiel cumprimento do artigo 22 do supracitado diploma não depende da existência de afeto entre os agentes ativo e passivo do mandamento legal, pois dever e amor não se confundem, um não depende do outro para existir. O dever surge de uma obrigação legal ou moral, o amor surge ignorando fronteiras e independe de tempo e lugar, ao contrário do Direito e seus mandamentos, que são limitados e delimitados pelo tempo e pelo espaço.

Quando se trata de guarda de filho o pai, há pouco tempo, era coadjuvante. Antes da instrumentalização da guarda compartilhada a mãe tinha preferência para deter a guarda do

¹⁰³ Cf. ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. : Nessa ordem de idéias, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. [...]. Até porque a indenização pecuniária não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. In: **jus.com.br**, abr. 2004. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em 11 mai. 2019.

¹⁰⁵ BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

filho. Não há ou não se divulga dados sobre quem mais comete o crime de alienação parental, se o ex-marido ou a ex-esposa, porém existe atualmente um movimento de mulheres para acabar com essa tipificação, sob o pretexto de que pais (homens) abusadores sexuais estão se valendo da Lei que dispõe sobre a alienação parental para conseguirem a guarda do filho e continuarem abusando desses, entrando numa generalização e criando um estereótipo de que todos os homens, ou a maioria deles, são potenciais abusadores. Em trabalho acadêmico durante o curso de Direito visitei a Delegacia Especial da Criança e do Adolescente – DECA, localizada no Bairro do Jacintinho, Maceió, foi-me relatado por agentes e comissários de polícia que são muitos os casos de falsas denúncias de abuso sexual cometido contra crianças feitas por ex-esposas contra seus ex-maridos, essas mulheres induzem os filhos a relatarem coisas horríveis que na verdade não aconteceram. Perguntei o que acontecia quando o psicólogo não detectava a mentira. A resposta do agente foi direta e certa: “O pai se fode” (sic). Acrescentou, ainda, que já prenderam pais que, através do seu olhar clínico e de sua vasta experiência na carreira policial, julgavam ser inocentes, mas tiveram prisão decretada pelo juiz com base num laudo expedido por psicólogo e apresentado pela mãe.¹⁰⁶

Então, o pai que era coadjuvante na questão da guarda do filho passa a ser, de repente, na questão do abandono afetivo o grande responsável por todas as agruras e mazelas do mundo, pois o terrorista, o homicida, o latrocidista, o estuproador, o traficante, etc., assim o são porque sofreram abandono afetivo por parte do pai. Mesmo não havendo base científica para tais afirmações. “Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles deriva de pais (*stricto sensu*) que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.”¹⁰⁷. Depreende-se da frase proferida pelo respeitável Desembargador Sérgio Chaves que crianças criadas apenas pela mãe, ou melhor, sem a presença do pai, são um

¹⁰⁶ Cf. SILVA, Maria Denise Perissini da. A Nova lei da alienação parental. In: **Âmbito Jurídico**, ano 14, nº 88, Rio Grande: mai 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9277#_ftn3>. Acesso em 18 mai. 2019. : As falsas acusações de abuso sexual têm sido cada vez mais identificadas nas delegacias de polícia. Consiste em sabotar a aplicabilidade da Guarda Compartilhada através das acusações falsas de abuso sexual, induzindo-os a formularem relatos incoerentes, mas que pela repetitividade são fixados como falsas memórias. E para isso a alienadora perde a noção do bom-senso, faz “peregrinação” com a criança por profissionais até encontrar quem emita laudos que “atestam” a ocorrência do abuso.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na AC nº 70032449662, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Publicado no DJ de 04/06/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70032449662&num_processo=70032449662&codEmenta=3544259&temintTeor=true>. Acesso em: 18 mai. 2019.

perigo em potencial para a sociedade. Uma verdadeira falácia que constrói estereótipos fantasiosos.

Uma vez ajuizada a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo a questão passa a compor o escopo do campo processual e sob esse aspecto passa a ser considerada.

Quando o autor da demanda expressamente requer uma indenização pecuniária como retribuição compensatória pelo dano moral que alega ter sofrido, o magistrado, por força do artigo 492 do Código de Processo Civil¹⁰⁸, fica limitado pelo princípio da congruência e deve ater-se ao pedido da exordial, deferindo-o ou não.

Diante de tal impedimento legal, à primeira vista, o juiz não tem o condão de propor solução de natureza diversa da peticionada pela parte. Todavia, a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo orbita em torno de questões de ordem existencial e, muitas vezes, envolvendo crianças, nesse caso deve-se considerar a supremacia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O impedimento para que o juiz promova solução diferente e não adstrita à reparação em dinheiro tem seu tûmulo no próprio Código de Processo Civil, nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º¹⁰⁹. Isso legitima uma solução focada na autocomposição, estando essa busca inserida num conceito mais humano de justiça, onde as partes participam ativamente na busca da solução negociada e discutida que ponha termo ao litígio.

Como demonstrado no capítulo 2 desse trabalho, alguns doutrinadores consideram que os efeitos do abandono afetivo ultrapassam a pessoa do abandonado e projetam-se na sociedade, pois interferirão na sua convivência com as demais pessoas, contribuindo para a formação de adultos antissociais, frustrados e violentos. Deve-se considerar, ainda, que a pecúnia recebida a título de indenização e gasta com psicanálises e tratamentos psicológicos pode não resgatar a saúde e o equilíbrio mental e emocional do abandonado. Tais afirmações,

¹⁰⁸ Cf. BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019. : Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

¹⁰⁹ Cf. BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019. : Art. 3º [...]. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

somadas ao artigo 8º do Código de Processo Civil¹¹⁰, reforçam o apelo para que, mesmo depois de ajuizada a ação reparatória, o juiz tente restabelecer a convivência e reatar os laços afetivos entre pai (ou mãe) e filho, pois assim o magistrado estará atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum.

O magistrado encontra amparo na lei para patrocinar solução diversa da cômoda e conformista entrega de dinheiro. Uma vez ajuizada a ação e mesmo que comprovada a existência do dano há, sim, a possibilidade de se iniciar ou reatar a convivência entre pais e filhos, consagrando-se uma solução reparatória em vez de uma indenização compensatória.

O julgador da ação de responsabilidade civil por abandono afetivo pode impor ao pai ou mãe que cometeu o abandono algumas medidas e compromissos com o objetivo de criar ou restabelecer o vínculo entre as partes, como por exemplo: levar e buscar o filho na escola, participar das reuniões escolares, participar da festa de aniversário, passar o dia das crianças com o filho, prestigiar apresentações escolares, artísticas e esportivas, etc. Nem todos os pais possuem patrimonialidade para pagarem pomposas indenizações de duzentos mil reais, como a que foi sentenciada no emblemático julgamento do Superior Tribunal de Justiça citado nesse trabalho.¹¹¹

Devemos ter sempre em mente que o campo do Direito de Família é um campo jurídico permeado de questões sentimentais e existências, diferente do Direito das Obrigações, que é tipicamente patrimonial.

A indenização pecuniária encerra qualquer possibilidade de se iniciar um vínculo, mas não põe fim ao dano e às mágoas. Esses permanecem para sempre.

¹¹⁰ Cf. BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019. : Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹¹¹ Cf. SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária. In: MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-49. : Muito melhor seria que – ao lado da indenização pecuniária ou, a depender das circunstâncias do caso, até em substituição a essa indenização – o magistrado condenasse o pai omissor a adotar certas condutas específicas (*facere*) como modo de evitar novas violações dos seus deveres parentais. Por exemplo, a partir da análise das omissões perpetradas pelo pai omissor no caso concreto, a corte judicial poderia condená-lo, por exemplo, a freqüentar, no mínimo, três quartos das reuniões de pais na escola, a participar das festas de dia dos pais ou mesmo a passar um maior número de dias com o filho. O que a vítima do abandono afetivo pretende – ou deveria pretender – não é dinheiro, mas sim o efetivo cumprimento dos deveres parentais.

É certo que na seara do Direito de Família as decisões judiciais devem ser interpretadas e julgadas tendo como fundamento principal o afeto, todavia esse sentimento não deveria ser judicialmente exigido de ninguém.

3.2 ORIENTAÇÃO E CONSCIENTIZAÇÃO PARA DIMINUIÇÃO DOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO.

Qual o papel da sociedade, não apenas do Estado, na prevenção de algumas das muitas mazelas que afligem as pessoas? Existem algumas campanhas como as que atribuem uma cor a um determinado mês do ano, como maio amarelo, outubro rosa, etc. O problema dessas campanhas é que não se sabe o alcance de sua eficácia, parecem mais ações de marketing, sem contar que temos apenas 12 meses no ano para uma infinidade de cores existentes e outra infinidade de problemas dos quais as pessoas precisam ser conscientizadas e orientadas.

É verdade que não temos uma cultura de prevenção e conscientização para evitar situações, problemas e conflitos que abarrotam delegacias e tribunais. Muitas das ações preventivas e conscientizadoras são campanhas caracterizadas por um curto período de tempo de ação, não são perenes, surgem no calor da hora, quando determinado problema ganha as manchetes da mídia e logo em seguida desaparecem e o problema sobre o qual a ação pretendia conscientizar as pessoas permanece.

A inexistência de um laço afetivo entre um pai ou uma mãe e seu filho não possui necessariamente como causa a simples falta de vontade desse pai ou dessa mãe em dar afeto à sua cria. A origem do problema pode estar relacionada a uma gama de fatores complexos como problemas de relacionamento, psicológicos, emocionais, etc., nesses casos quase sempre as soluções imperativas não produzem uma solução socialmente satisfatória.

Exemplo incômodo que grita aos ouvidos é o problema da violência doméstica, essa modalidade de violência é pinçada de dentro de um problema real e maior, que é a violência endêmica que assola toda nossa sociedade com número de mortos digno de conflitos bélicos. No ano de 2017 tivemos mais de 65.000 (sessenta e cinco mil) vítimas de mortes violentas no Brasil e dessas mais de 90% (noventa por cento) era do sexo masculino¹¹². Muitos desses mais de 58.000 (cinquenta e oito mil) homens vítimas da violência deixaram filhos que foram

¹¹² ATLAS da Violência 2019. Brasília: IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Atlas (116p). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019.

privados da presença e do afeto do pai. Muitas crianças não entendem a diferença entre a subtração do pai e seu desaparecimento voluntário.

O genocídio de homens repete-se a cada ano, é constante e, a despeito de não haver números, muitos desses homens, como dito, deixam filhos. Faz-se necessário observar que diante de tais números somados aos casos de abandono voluntário deveríamos ter um exército de desequilibrados nas ruas. Não temos. Não há estudo que comprove que as crianças que sofrem a ausência do pai, este vítima fatal de violência, tenham tornado-se problemáticos, antissociais, nocivos, desequilibrados ou violentos em função do abandono afetivo causado pela subtração do pai. Para a criança em algumas faixas etárias não importa se o pai se foi por vontade própria ou se lhe foi tirado. Será que se deve concluir que quando o pai se vai espontaneamente a criança sente-se abandonada e quando o pai lhe é tirado a criança aceita o abandono naturalmente?

Como antes argumentado neste trabalho não se pode obrigar uma pessoa a amar outra, mas um trabalho de prevenção focado na conscientização e orientação pode fazer com que as pessoas despertem para a importância dos laços familiares, mudem a forma de convivência dentro de suas casas e percebam que numa família o mal que atinge a um atinge aos demais.

No passado tivemos algumas campanhas sociais que, infelizmente, desapareceram quando deveriam permanecer indefinidamente. Um caso que deveria servir de modelo para a causa da prevenção do abandono afetivo é a campanha de prevenção à violência doméstica. Essa campanha visava orientar as pessoas sobre a violência presente na convivência dentro do lar. Participaram União, Estados, Municípios, Tribunais de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública e outras entidades públicas e privadas. Palestras foram ministradas em presídios, canteiros de obras, empresas, universidades e escolas.¹¹³

Devem-se criar projetos pedagógicos orientados para a educação dos adultos e que alcancem onde quer que estejam. Nas creches e escolas as crianças devem ser constantemente acompanhadas por psicólogos através de conversas individualizadas, independente de indícios de abandono ou maus tratos.

¹¹³ JUSTIÇA usa educação para reduzir machismo e violência doméstica, **Justificando**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/05/16/justica-usa-educacao-para-reduzir-machismo-e-violencia-domestica/>>. Acesso em: 10 ago. 2019. : Juízes e promotores já não esperam reduzir a violência doméstica por meio de prisões, processos judiciais ou medidas protetivas. Munidos de informação e empatia, equipes do Judiciário e do Ministério Público miram nos trabalhadores de áreas específicas, com grande concentração de funcionários do sexo masculino, para ajudá-los a refletir sobre violência de gênero e diminuir os episódios de agressão familiar.

Para o combate eficaz do abandono afetivo há de se observar suas causas e a origem de suas raízes. As pessoas iniciam a vida sexual cada vez mais cedo e às vezes o sexo acontece de forma casual durante ou após uma festa, sem orientação, sem proteção e sem cuidado. Assim, de forma despreziosa e não planejada nasce um filho não desejado de duas pessoas que não estavam preparadas para se dedicarem à criação de uma criança e não pretendiam formar uma família.

O abandono afetivo pode e deve ser enfrentado preventivamente através da orientação e da conscientização, estes surgem da educação. Não existem atalhos para alcançarmos a sociedade saudável e estruturada que almejamos. Existe um caminho: a educação.

Seminários e conferências são uma boa oportunidade para um intercâmbio de idéias, experiências e conhecimentos entre os operadores do Direito, mas para alguns males sociais, como o abandono afetivo, existe a necessidade de palestras com linguagem simples, objetiva e direta dentro das comunidades, dos bairros, das associações de moradores, onde quer que tenha uma família. O Estado não deve obrigar uma pessoa a amar outra, mas nada impede que o Estado fale de amor com as pessoas. A felicidade já é disciplina ministrada em curso superior.

Conscientização e informação são também os principais meios de engajamento nas ações de proteção do meio ambiente, sendo, inclusive, a educação ambiental instituída e regulamentada por lei. Os mais variados seguimentos e setores da sociedade se utilizam da conscientização como ferramenta preventiva poderosa na busca de soluções para muitos problemas sociais.

No julgamento do Recurso Especial 1.159.242, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, já citado neste trabalho, o pai abandonador foi condenado ao pagamento de uma indenização de R\$ 200.000 (duzentos mil reais). Porém, observando a realidade do Brasil devemos considerar que a imensa maioria dos homens e mulheres desse país não possuem condições de pagar nem 3 (três) por cento desse valor a título de indenização. Nenhuma sentença judicial fará uma pedra jorrar leite.

Sendo o abandono afetivo um produto da falta de amor e que os danos resultantes desse abandono perduram por toda vida do abandonado, com reflexo sobre aqueles que de alguma forma com ele interagem, cabe ao Estado agir de forma preventiva com informação e conscientização, uma vez que não conseguirá obrigar as pessoas a amarem umas as outras.

3.3 A MEDIAÇÃO NA BUSCA DE UMA SOLUÇÃO RESTAURADORA.

Quando um homem e uma mulher envolvem-se em um enlace sexual eles assumem o risco e a possibilidade de gerarem outra vida. Não será objeto de discussão desse trabalho o momento em que a vida gerada se inicia, pois juristas, filósofos, religiosos e biólogos nunca chegaram a um consenso sobre tal questão. Busca-se afirmar que a vida gerada da união entre homem e mulher, união algumas vezes casual e momentânea, nem sempre é desejada. A mulher luta pelo direito de realizar o aborto do ser indesejado, luta pelo direito de ser única e exclusivamente sua a decisão de permitir ou negar a existência de outro ser. A mulher está bem próxima de conseguir o direito pleno e quase absoluto de não querer ser mãe, mesmo já tendo unido seus genes aos genes de um homem e iniciado a geração de um novo ser. O homem ainda não acordou para essa questão, a ele é negado o direito de não querer ser pai, uma vez unidos seus genes aos genes de uma mulher e iniciada a formação do novo ser ele será considerado pai e sofrerá todas as conseqüências desse fato, podendo, ainda, ser responsabilizado caso não expresse amor. Se o homem deseja ter o filho e a mulher não tê-lo, prevalece a decisão da mulher. Se o homem deseja não ter o filho e a mulher deseja tê-lo, prevalece a decisão da mulher e ao homem cabe apenas a figura de provedor do filho indesejado e, ainda, de acordo com os Projetos de Lei que tratam do abandono afetivo o homem será obrigado a amá-lo.¹¹⁴

Há algum tempo os relacionamentos, fosse por questões morais, religiosas ou sociais, possuíam como característica o propósito de serem duradouros, mesmo os extraconjugais. Entretanto, o dinamismo da sociedade contemporânea, o advento das redes sociais, os relacionamentos virtuais e a velocidade com que as informações chegam às pessoas nos trouxe efemeridade aos relacionamentos. Há relações amorosas, se é que assim se pode chamá-las, que se iniciam e terminam na mesma noite, surgem apenas para uma “transa” ou uma “ficada” depois de uma noite de festa, até aí tudo normal, nada mais do que pessoas exercendo sua liberdade. Entretanto, sem guardar o devido cuidado, pode surgir, de tal panorama, uma criança não planejada fruto de duas pessoas que mal se conhecem. Ambos os

¹¹⁴ PAI conquista na justiça proibição do aborto de filho no Uruguai, **Correio Braziliense**. 16 mar. 2017 Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2017/03/16/interna_mundo,581351/pai-conquista-na-justica-proibicao-do-aborto-de-filho-no-uruguai.shtml>. Acesso em 28 nov. 2019. : Pai conquista na justiça a proibição do aborto de filho no Uruguai. O aborto é legalizado no país até a 12ª semana de gestação. A juíza Pura Concepción Book Silva impediu a realização do aborto após um pedido do progenitor do feto. O homem afirmou em audiência ter tentado de todas as formas convencer a ex-companheira a desistir do aborto, mas não obteve sucesso. Disse, ainda, estar arcando com as despesas da gestação e que depois que a criança nascer não exigirá nada da mulher, dispensando-a totalmente da função de mãe e de participação nos cuidados e na criação do filho. Assim, o pai foi visto como sujeito de direito em relação ao seu filho em gestação e não apenas como sujeito de obrigação, que não possui o direito de fazer valer sua vontade, ou como sujeito inexistente.

“ficantes” festeiros descuidados verão o fruto do relacionamento casual como um verdadeiro e grande problema. Essa criança terá grandes chances de sofrer o abandono do pai e da mãe, a possibilidade de abandono será ainda maior em relação ao pai. Este poderá até arcar com a assistência material do filho, porém, a presença e a assistência afetiva tornam-se uma possibilidade bem remota. Pode até ser que floresça afeto entre pai e filho, mas diante da hipótese apresentada é improvável que isso aconteça.

As separações conflituosas, cercadas de hostilidades, complicadas e dolorosas, são terrenos férteis para a ocorrência do abandono afetivo de crianças. Nessas situações existe um turbilhão de sentimentos, revoltas, mágoas, causas ocultas e até mesmo desconhecidas de ambas as partes. A criança representa um meio para uma parte atingir a outra. Algumas vezes a disputa pela guarda de uma criança dá-se pelo simples interesse de atingir a outra parte, então, como uma possibilidade de solução, surgiu o instrumento da guarda compartilhada, que foi seguida da alienação parental.

Pode-se observar que as causas do abandono afetivo podem ser muito diversificadas: a criança ser fruto de uma gravidez não planejada ou acidental, a inexistência de vínculo afetivo entre os pais, separação traumática dos pais, etc. A verdade é que problemas de cunho existencial, afetivo e de relacionamentos sempre acompanharam as famílias, vejamos as riquíssimas histórias das lendas gregas que envolvem questões éticas, morais, amorosas, de ódio e de afeto que orbitam em torno das famílias dos deuses e dos mortais.

Não podemos crer na utopia de que o Estado resolverá todos os nossos problemas. O século XX nos mostrou que onde as pessoas permitiram que o Estado determinasse o que elas deveriam plantar, qual profissão cada um deveria exercer, onde deveriam trabalhar, quais livros poderiam ler e quantos filhos poderiam ter, resultou em autoritarismo, tortura, mortes e genocídio, tudo justificado em nome da revolução e do bem estar do povo.

As pessoas não devem permitir que o Estado adentre suas casas, se aposses da autonomia familiar e avoque para si o direito de decidir o que é melhor para todos.

Nos casos de abandono afetivo o Estado deve atuar como mediador, através de profissionais capacitados, ajudando as pessoas a se darem uma chance, a enxergarem o que não conseguem ver sozinhas, a resolverem seus conflitos e suas mágoas. Os conflitos são próprios da natureza humana e sempre existirão, inclusive dentro das famílias. O mundo politicamente correto, maravilhoso e encantado prometido por alguns seguidores da política mundial é uma imensa utopia. Não subsistiria um mundo onde alguém não frustrasse ou magoasse

outro alguém, onde uma pessoa não ofenda ou não se ofenda com outra, pois seria um mundo que vai contra a natureza humana. Nem toda ofensa ou desvio devem ser punidos sob o pretexto de se evitar que voltem a ocorrer, pois criaremos um mundo altamente punitivista. Devemos dialogar e resolver nossos problemas. O simples fato de existir mais de uma pessoa no mundo significa que os conflitos sempre poderão acontecer. Duas pessoas já são suficientes para que em algum momento surja um problema de convivência ou relacionamento. Aceitemos que tudo isso é inerente à vida.¹¹⁵

Mas, o que seria a mediação? O que para muitos é novidade, a mediação é uma técnica de solução de conflitos que possui raízes históricas profundas e é ferramenta utilizada em muitos países.¹¹⁶ Foi a principal forma de solução de controvérsias em antigos grupos tribais e clãs familiares. No século XIX a mediação passou a integrar a estrutura jurídica estatal nos Estados Unidos e no século passado a estrutura jurídica na Inglaterra.

Entre as partes do causídico surge a figura do mediador, que deve ser imparcial (não deve ter interesse pessoal na forma que se dará a solução e nem privilegiar uma ou outra parte) e imparcial (não podendo ser parte no conflito e nem atuar como parte), devendo incentivar a comunicação e estabelecer um diálogo construtivo na busca de uma solução negociada e afetiva. O mediador não impõe uma solução, apenas faz sugestões e ajuda as partes a caminharem para um acordo, para uma solução negociada por ambos.

Os antagonistas devem estar de boa-fé e inclinados a desistir de posições e rever atitudes antes adotadas, que possivelmente agravaram o conflito e dificultaram as soluções. No processo de mediação os próprios querelantes acordam uma solução e põem termo ao conflito.

Os conflitos familiares normalmente envolvem sentimentos e carga emocional, por isso são delicados, nesse tipo de conflito o mediador deve identificar as mágoas e ajudar as

¹¹⁵ Cf. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 20. : Portanto, o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas, que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns. O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente.

¹¹⁶ Cf. BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. In: BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Coleção Saberes do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81. : [...] pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre as pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo se qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam.

partes a encontrar uma solução pacificadora. É de suma importância que cada integrante da família, seja pai, mãe ou filho (mesmo menor), exponha o que sente, o que deseja que o outro saiba e pergunte tudo o que deseja perguntar ao outro. O mediador pode solicitar a ajuda de um profissional específico de outra área do conhecimento, como um psicólogo, por exemplo. É de suma importância que a mediação consiga pôr fim às animosidades e estabeleça condições para uma futura relação pacífica e com um mínimo de confiança.

A mediação transcende o contexto das partes mediadas, na proporção em que pode estabelecer novos laços entre uns e outros, sanar e reatar ligações que se distenderam ou se romperam ou administrar rupturas de ligações e dissensões.¹¹⁷

A principal característica da mediação talvez seja a consensualidade, pois através da facilitação e do estímulo ao diálogo a solução deve ser consensual. Ademais, além de ser ferramenta de garantia do acesso à justiça, a mediação traz celeridade na busca da solução para o conflito, pois sendo um meio alternativo de solução não se encontra adstrita às formalidades do processo judicial. Some-se a isso o fato de que a solução da querela é acordada entre as partes, não havendo motivos para a interposição de recursos.

Não resta dúvida de que a mediação carece ainda de ampla difusão no Brasil, todavia, onde implantada obtém ótima aceitação. Quando utilizada em conflitos familiares possibilita recontar uma história, criar reencontros e, talvez, dar um novo significado à vida, revelando-se ferramenta de indiscutível relevância social.

Ao ver-se como parte em um processo de mediação o indivíduo toma conhecimento de que ele é influenciado pelo ambiente, pela cultura e pelo meio social a sua volta, entretanto, a mediação lhe possibilitará atuar diretamente para trabalhar e mitigar as conseqüências dessa influência. O indivíduo terá, junto ao seu antagonista, a oportunidade de propor alternativas e construir a solução para o conflito que os opõe.

Diante de um caso de abandono afetivo, o mediador deve trabalhar para buscar a percepção e o reconhecimento dos erros cometidos no passado pelos integrantes da família. O mediador deve ser assertivo, deve utilizar uma conotação positiva, não fazer julgamentos e priorizar o relacionamento familiar. Deve-se ter em mente que nos dois pólos do conflito poderemos encontrar ambos os genitores em oposição (no caso do filho abandonado ser

¹¹⁷ SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Traduzido por Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

menor, representado ou assistido por um deles) ou o filho abandonado, maior, em oposição a um ou ambos os genitores.

Buscando a raiz do conflito no passado o mediador ajudará na compreensão do conflito no presente. O foco deverá ser a aproximação das partes, o que não existe na jurisdição tradicional, por esta não primar por soluções que preservem ou restaurem os vínculos familiares. No processo judicial o Estado-Juiz atende a demanda de forma superficial, pois a subjetividade das partes não é considerada na decisão. Diferente de um divórcio, onde duas pessoas adultas, por inúmeros motivos, decidem romper o vínculo e não mais formar um casal, em um caso de abandono afetivo o vínculo não se rompe facilmente, apesar das mágoas e frustrações. As pessoas podem ser magoadas ou sentirem-se frustradas por quem elas nutrem algum sentimento positivo, algum afeto. Sendo assim, a mediação apresenta um cenário com grande possibilidade de sucesso, considerando a subjetividade das partes para curar as mágoas e as frustrações, reaproximando pais e filhos. Em um processo judicial comum o abandono afetivo é julgado como um divórcio entre pais e filhos. As decisões judiciais se baseiam num verdadeiro maniqueísmo, numa dualidade excludente onde uma parte está certa e a outra está errada, onde uma parte é boa e a outra é má, onde um é inocente e o outro é culpado. De fato, essa dualidade é inafastável em algumas situações, como no direito penal quando temos as figuras de agressor e de vítima e esta não provocou ou não contribuiu para o resultado, estaremos diante de uma parte culpada e outra inocente. Todavia, as relações familiares, especialmente as relações entre pais e filhos, não deveriam ser submetidas a julgamentos maniqueístas. No particular das relações familiares, os conflitos familiares, antes de serem conflitos jurídicos inerentes ao direito, são de essência afetiva, psicológica, relacional, antecedidos de sofrimento, de questões de foro íntimo de cada pessoa.¹¹⁸

Não se busca afastar as relações pessoais da apreciação do direito, por constituírem fatos sociais as relações interpessoais importam ao direito. Nos conflitos de âmbito familiar a mediação traz a possibilidade de se construir uma solução autocompositiva que respeita a privacidade familiar e a autonomia dos indivíduos, consagra a liberdade e a individualidade das pessoas e dá vida ao princípio da não intervenção. Princípio este, que se tornou uma mera formalidade diante da incômoda presença do Estado impondo regras no seio familiar.

¹¹⁸ FERREIRA, João Bosco Dutra. A constitucionalidade da mediação familiar e o Estado Democrático de Direito. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manuel de direito das famílias e das sucessões**. São Paulo: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 797-827.

Decerto que ante o fato do abandono afetivo a mediação propicia o resgate dos laços afetivos ou a oportunidade de sua construção, se antes não existiam. Claramente, nos conflitos paterno-filiais, a mediação representa uma porta para recuperação das relações.

Através do processo de mediação é possível enxergar com certa proximidade a realidade vivenciada pelo filho e pelo pai, ou mãe. Em se tratando de pessoas simples, estas vêem na figura do juiz um semideus inquisidor com olhar amedrontador, essas pessoas estariam mais propensas ao diálogo e à aceitação de uma solução pacificadora e restauradora estando diante de uma figura exclusivamente dedicada à mediação, com menos formalidades e rituais, que são próprios do processo jurídico.

Considerando que a responsabilização civil nas relações paterno-filiais não proporciona a efetivação de uma cultura de paz e harmonia e preservação de laços afetivos ao mesmo tempo em que procura culpados dentro da estrutura familiar, desconsiderando toda sua complexidade e que todos os integrantes podem ser vítimas de uma sucessão de ações e omissões perpetradas por cada um e por todos, muitas vezes inconscientemente ou movidos por emoções, a mediação parece ser o caminho mais racional para se chegar ao porto seguro das relações entre pais e filhos: o afeto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que o abandono afetivo é um problema de grande complexidade por envolver questões sentimentais, emocionais e a própria individualidade humana. Quando existem questões como essas o arbítrio fica comprometido. Podemos escolher assistir ou não assistir determinado programa de televisão, ir ou não ir à praia, comprar ou não comprar uma camisa, mas não temos o poder de escolher amar ou não amar alguém.

O relacionamento entre os adultos e suas crianças acompanha a época e a cultura. Na Cidade-Estado de Esparta, na Grécia antiga, aos sete anos de idade as crianças do sexo masculino eram afastadas dos pais e levadas pelo Estado para iniciarem o treinamento militar. Nas monarquias européias, em muitas ocasiões, os filhos eram criados sem a presença dos pais. O infanticídio existiu em muitas culturas e ainda existe em algumas etnias indígenas do Brasil, em pleno século XXI.

De fato, ainda há problemas na forma como os adultos lidam com as crianças, mas houve também avanços, decorrentes das mudanças das sociedades que proporcionaram novos modos de vida. Hoje, uma família não precisa sair em fuga no meio da noite carregando seus filhos para se proteger de uma invasão de um povo inimigo. É bem menor o risco de um monarca aparecer no lar de uma família, executar os pais, confiscar-lhes os bens e escravizar-lhes os filhos. O Estado ainda é uma ameaça para a família, não mais na pessoa de um monarca, mas representado por leis invasivas, que não respeitam a individualidade humana e o limite entre o público e o privado.

Enfatizou-se que os Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional revelam um despreparo do legislador em propor soluções para a problemática do abandono afetivo, foram apresentados Projetos superficiais, genéricos e até mesmo radicalizadores, ao ponto de propor a judicialização do tema na seara do direito penal. Restou claro que as tratativas legislativas sobre o abandono afetivo carecem de discussão aprofundada e multidisciplinar, o que evitaria, assim, a apresentação de Projetos rasos e imprecisos. Nenhum dos Projetos aqui discutidos conseguiu tipificar o abandono afetivo, parece árdua a missão de tipificar a falta de amor. Dessa forma, os jurisdicionados se vêem a mercê de promotores públicos e julgadores ativistas que, na omissão da lei, e até mesmo na existência dela, recorrem ao subterfúgio argumentativo maleável das fundamentações de sentenças baseadas em princípios. Essas fundamentações são convenientemente adaptadas à militância desses operadores do Direito.

Integra, ainda, o escopo deste trabalho a discussão sobre a responsabilidade civil por dano moral decorrente do abandono afetivo. A inexistência de legislação específica sobre o tema gerou debates no meio jurídico, uns enxergam na responsabilização civil a monetização do afeto, outros uma função reparatória pedagógica. Alguns autores consagrados, como Rolf Madaleno¹¹⁹ e Maria Berenice Dias¹²⁰, mudam seu entendimento e a sua concepção de afeto conforme lhes convém, despindo-se de toda e qualquer coerência. O trabalho mostrou que há visões jurisprudenciais e doutrinárias divergentes, inclusive com ocorrências de doutrinadores com opiniões ambíguas sobre o afeto no contexto da família.

Aludiu-se que não se descarta a possibilidade de dano psicológico causado pelo abandono afetivo, pois qualquer abandono ou rejeição traz sofrimento ao abandonado, mas que isso não configura um ilícito, vindo a constituir, apenas, um fato natural do viver. Se acreditarmos que a ausência do pai ou da mãe é suficiente e necessária para gerar um adulto problemático, um monstro insensível que adentrará uma escola para matar crianças, então

¹¹⁹ Cf. MADALENO, Rolf. Multa afetiva. *In: Revista Especial Del Rey IBDFAM – Instituto brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: mai. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/52/novosite>>. Acesso em: 18 dez. 2019. : No artigo intitulado “Multa afetiva”, o autor põe-se contra a mensuração da afetividade, dentro do contexto familiar, por critérios financeiros: **“Afeto que deve ter manifestação espontânea, gerada por impulso natural de sentimentos que se estreitaram apenas por amizade, por vínculos de parentesco ou por qualquer outra modalidade com semelhante origem. Mas, sobretudo, afeto que jamais cogita qualquer forma de tarifação, porque respeita o afeto mecânico, com proteção sociocultural, envolvido por cristalina redoma, a permitir a visão ingênua e translúcida, do modo simples e milenar de o ser humano expressar os seus sentimentos de amor.”** Contudo, em sua obra **“Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320.”, Madaleno afirma: “Ao filho choca ter transitado pela vida, em tempo mais curto ou mais longo, sem a devida participação do pai em sua história pessoal e na formação moral e psíquica, desconsiderando o descendente no âmbito de suas relações, causando-lhe irrecuperáveis prejuízos que ficarão indelevelmente marcados por toda a existência do descendente, socialmente execrado pelo genitor, suscitando insegurança, sobressaltos e um profundo sentimento de insuportável rejeição, e que **o ressarcimento pecuniário não terá a função de compensar, mas cuidará apenas de certificar, no tempo, a nefasta existência desse imoral e covarde abandono do pai.**” (Destaque nosso).

¹²⁰ Cf. DIAS, Maria Berenice. A estatização do afeto. *In: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: jul. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/58/A+estatiza%C3%A7%C3%A3o+do+afeto>>. Acesso em: 18 dez. 2019. : No artigo intitulado “A estatização do afeto”, ao defender o divórcio condicionado apenas na ausência de afeto e vontade de um dos cônjuges, Dias afirma: “O Estado, com sua onipotência, não se limita a cancelar o casamento e atribuir responsabilidades ao casal. Interfere na sua vida íntima, impondo deveres [...]. A vontade dos nubentes pouco vale. [...]. No momento histórico em que o formato da família cedeu à sua democratização, **não mais existem razões que justifiquem essa excessiva ingerência do Estado na vida das pessoas. A esfera privada das relações conjugais tende cada vez mais a repudiar a interferência do Poder Público, não se podendo deixar de concluir que está ocorrendo uma verdadeira estatização do afeto.**” No entanto, em sua obra **“Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 408-409.”, ao tratar do abandono paterno-filial, Dias aduz: “Mesmo que os pais estejam separados, a **necessidade afetiva passou a ser um bem juridicamente tutelado**. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de estabelecer-se um vínculo afetivo. **Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar um filho no sentimento do abandono**. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos, que não pediram para nascer, **imperioso que a Justiça imponha coativamente esta obrigação.**” (Destaque nosso).

devemos nos preocupar, pois muitos filhos são criados apenas por um dos pais. Outro argumento que refuta a responsabilização civil diz respeito à violência endêmica no Brasil, onde cerca de noventa por cento das vítimas são homens, muitos destes são pais que são tomados de seus filhos pela violência. Ora, esses órfãos da violência passarão por sofrimento emocional e psicológico, terão problemas de relacionamento e serão adultos problemáticos porque não tiveram o afeto do pai que lhes foi tirado. Em casos assim os órfãos são vítimas de uma espécie de abandono afetivo involuntário, onde encontramos os pressupostos para a responsabilização civil, quais sejam: a omissão do Estado, representada pela ineficiência em cumprir seu dever de evitar a violência estratosférica; o resultado, que se traduz na falta do afeto do pai, gerando dor e sofrimento ao filho e, por último, o nexo causal entre omissão e resultado. Ou seja, de forma voluntária ou involuntária o pai estará ausente e o filho crescerá sem o afeto do pai. Entretanto, são inexistentes ações de responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo contra o Estado.

Com efeito, ante a impossibilidade de tipificar a falta de amor, quantizar, configurar e provar o dano sofrido e, ainda, considerando que a rejeição gera revolta e rancor a ação de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo se constitui em instrumento de vingança para o abandonado. Foi demonstrado que o Estado não pode impor um vínculo afetivo em função da consanguinidade e nem em função de qualquer outra coisa. O afeto não configura obrigação jurídica, pois ele se submete à lei dos desejos e não aos desejos da lei.

O trabalho destacou que a educação e a informação são instrumentos para a conscientização das pessoas da importância da manutenção dos laços familiares, especialmente os laços paterno-filiais, que muitas vezes se desfazem durante a separação dos cônjuges.

Conclusivamente, foi demonstrada a relevância da mediação de conflitos como uma ferramenta extremamente útil no trabalho de propor soluções à problemática do abandono afetivo paterno-filial. Através de uma comunicação simples, direta e construtiva a mediação permite efetivação de uma justiça restaurativa, que não serve como instrumento de vingança e faz com que as partes enxerguem o conflito uma pelo prisma da outra. Frisou-se a sugestão de que, no âmbito do Direito de Família, a mediação seja acompanhada por uma equipe multidisciplinar por envolver relacionamentos, sentimentos e emoções humanas. Nesse tipo de conflito todos são vítimas.

Foi demonstrado que através do instituto da mediação as partes conflitantes deliberam sobre o problema que os atinge e participam ativamente da solução. Como exposto, a

mediação permite a construção de uma solução conjunta que sane as mágoas e mantenha ou estabeleça vínculos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANDONAR. *In*: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**, 2017. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/abandonar/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

ATLAS da Violência 2019. Brasília: IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Atlas (116p). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019.

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. *In*: BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Coleção Saberes do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Traduzido por Waltersin Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo. O dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono dos filhos**. Brasília. OWL, 2015, p. 57 e 99.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo: Da urgência do diálogo entre direito e psicanálise**. 2012. 191f. Dissertação (Mestrado em Psicanálise, Saúde e Sociedade) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2012, p. 46.

BRASIL, Constituição Federal da República Federativa do Brasil. *In*: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_227_.asp>. Acesso em: 16 mai. 2018.

BRASIL, Decreto 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. *In*: PLANALTO. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6690.htm#art2>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL, Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *In* PLANALTO. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm#art2>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL, Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm#71a>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL, Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL, Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília,

2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL, Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL, Lei 13.058, de 11 de dezembro de 1990. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, da Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *In*: PLANALTO. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

BRASIL, Projeto de Lei nº 4294, de 2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil e ao artigo 3º da lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. *In*: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. *In*: SENADO FEDERAL. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal e dá outras providências. *In*: SENADO. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2974438&disposition=inline>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RG RE nº 778889/PE, Relator: Min. Roberto Barroso. PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7982176&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20778889%20-%20RG>>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 757.411 – MG (2005/0085464-3), 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 14 mai. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 230 e seg.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Andrea Almeida. Justiça: Virtude orquestrada pelo Afeto. In: **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte: mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=408>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto**. 8ª Ed. São Paulo. Gente, 2001.

CONSTANTINO, o grande: o primeiro imperador cristão, **Aventuras na História**, 27 fev. 2020. Flavius Valerius Aurelius Constantinus foi Imperador de Roma do ano 306 ao ano 337, foi o primeiro imperador cristão, desempenhou papel central na história do cristianismo. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-quem-foi-constantino-o-grande-imperador-cristao.phtml>>. Acesso em: 01 mar. 2020

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Traduzido por Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 13 - 57.

_____. **A Cidade Antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29 - 31.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Magda Rita Ribeiro de Almeida. Inocência III (1216 – 2016) oitocentos anos na história e reflexões sobre a Cruzada Albigense. *In: Revistas Unisinos*, 2017, nº 1, São Leopoldo. Lottario dei Conti di Segni foi Papa de 1198 a 1216, adotou o nome de Inocência III, nasceu em Anagni, Itália, em 1160. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/historia/article/viewFile/htu.2017.211.06/5950>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

EIRAS, Natália. Ele se veste como cachorro e diz não ser humano; o que é um transespécie?. *In: UOL*, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/11/30/ele-se-veste-como-cachorro-e-diz-nao-ser-uma-pessoa-o-que-e-transespecie.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Traduzido por Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 37.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. *In: TEIXERA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERREIRA, João Bosco Dutra. A constitucionalidade da mediação familiar e o Estado Democrático de Direito. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). Manuel de direito das famílias e das sucessões*. São Paulo: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 797- 827.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 15.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: abr. 2007. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/art.s288>. Acesso em 25 abr. 2018

INFANTICÍDIO de índios ainda é comum em aldeias da Amazônia. **Folha de São Paulo**, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721455-infanticidio-de-indios-ainda-e-comum-em-aldeias-da-amazonia.shtml>> Acesso em: 20 dez. 2017.

JUNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTIÇA usa educação para reduzir machismo e violência doméstica, **Justificando**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/05/16/justica-usa-educacao-para-reduzir-machismo-e-violencia-domestica/>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Traduzido por Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac Naify, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40 e seg.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. *In: jus.com.br*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em 11 mai. 2019.

LOMEU, Leandro Soares. **Direito Civil: Atualidades na perspectiva civil-constitucional**. Pará de Minas: Virtual Books, 2008.

MADALENO, Rolf. Multa afetiva. *In: Revista Especial Del Rey IBDFAM – Instituto brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: mai. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/52/novosite>>. Acesso em 18 dez. 2019.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 12 e seg.

_____. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. 1726-1950. *In: FREITAS, Marcos Cezar de (Coord.). História Social da Infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2001.

MESSENDER, Hamurabi. **Entendendo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80.

MIRABEAU, Honoré Gabriel Riqueti *Apud* FABREGUETTES, M. P. **A Lógica Judiciária e a Arte de Julgar**. Traduzido por Henrique de Carvalho. São Paulo: C. Teixeira e Ca., 1914.

MORGAN, Lewis Henry. **A Sociedade Antiga**. Traduzido por Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 9-10.

PAI conquista na justiça proibição do aborto de filho no Uruguai, **Correio Braziliense**. 16 mar. 2017 Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2017/03/16/interna_mundo,581351/pai-conquista-na-justica-proibicao-do-aborto-de-filho-no-uruguai.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PIAGET, Jean Willian Fritz. **A Equilíbrio das Estruturas Cognitivas**. Traduzido por Marion Merlone dos Santos Penna. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho como violação aos direitos da personalidade. *In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, 2012, n. 2, v.12, Maringá: Cesumar, p. 503-523, set./dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na AC nº 70032449662, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Publicado no DJ de

04/06/2010. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70032449662&num_processo=70032449662&codEmenta=3544259&temintTeor=true>.

Acesso em 18 mai. 2019.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas. Entre el derecho y no derecho**. Traduzido por Andrea Grippi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

ROSENVOLD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, nº 9, Porto Alegre: Magister, abr./mai., 2009.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária. *In: MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-49.

SILVA, Maria Denise Perissini da. A Nova lei da alienação parental. *In: Âmbito Jurídico*, ano 14, nº 88, Rio Grande: mai 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9277#_ftn3>.

Acesso em: 18 mai. 2019.

SILVA, Wilson Melo da *apud* CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Traduzido por Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TRANSIDADE ou “não me identifico com esta idade”. **CONIPSI – Conselho Internacional de Psicanálise**, 2019. Disponível em: < <http://www.conipsi.com/transidade-ou-nao-me-identifico-com-esta-idade/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 20.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Entregues a própria sorte. *In: Nossa História*. n. 9, São Paulo: Vera Cruz, p. 44, jul. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.6, p. 15.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

XAVIER, Lucas Bittencourt e. **Da (im)possibilidade da responsabilização civil por dano moral no abandono afetivo: uma abordagem da natureza jurídica da afetividade**. 2012. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 66 - 114.