



SHEYLA CRISTINA GONÇALVES DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

BRASÍLIA

2016

SHEYLA CRISTINA GONÇALVES DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do curso de Direito da Faculdade Mauá de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Sidney Amorim dos Santos.

BRASÍLIA

2016

SHEYLA CRISTINA GONÇALVES DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do curso de Direito da Faculdade Mauá de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Sidney Amorim dos Santos.

Aprovada em 19 de abril de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que até aqui tem me ajudado a ultrapassar todas as barreiras. Dedico-o também à minha querida e amada avó Ana Luiza Gonçalves, que por intermédio dela e do meu tio Marcos Gonçalves estou seguindo bons caminhos. E a todos os meus familiares, mestres e amigos que sempre me incentivaram para esta grande conquista e assim chegar a realização do sonho de ser uma advogada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre estar em meu caminho e iluminar meus pensamentos para a realização de um grande sonho.

Agradeço à minha família que é a parte mais essencial nesta conquista, bem como aos amigos e professores que sempre se dispuseram em meu aprendizado.

Ao meu querido orientador pela paciência e dedicação demonstrada durante a orientação.

EPÍGRAFE

“Os sonhos trazem saúde a emoção, equipam os frágeis para serem autores da sua história, renovam as forças do ansioso, animam os deprimidos, transformam os inseguros em seres humanos de raro valor. Os sonhos fazem os tímidos terem rompantes de ousadia e os derrotados serem construtores de oportunidades”.

(Augusto Cury)

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo trazer à discussão a possibilidade de responsabilização dos pais no abandono afetivo de forma voluntária e injustificada para com os seus filhos. No intuito de compreender esse fenômeno, que cada vez mais está presente no ambiente familiar, é necessário analisar vários outros institutos de suma importância. Primeiramente, será discutida a constitucionalização do Direito Civil, haja vista que causou mudanças na entidade da família. Serão analisados os princípios do Direito de Família pertinentes ao caso como: a dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, afetividade e melhor interesse da criança. Faz-se, ainda, a análise das obrigações e deveres impostos pelo ordenamento jurídico aos pais em relação aos filhos, bem como a incidência do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono deliberado. Finalizando, fará a análise das decisões proferidas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça ao julgarem, dois processos relativos ao abandono afetivo.

Palavras-chave: Direito de Família. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This research has the objective to bring to the discussion the possibility of parental responsibility in affective abandonment voluntary and unjustified with their children. In order to understand this phenomenon , which is increasingly present in the home environment , it is necessary to analyze several other institutes of paramount importance. First, we discuss the constitutionalization of Civil Law, considering that caused changes in the organization of the family. We will analyze the principles of family law relevant to the case such as the dignity of the human person, family solidarity, affection and best interests of the child . It is also the analysis of the obligations and duties imposed by the legal parents to their children, and the incidence of the institute of civil liability in cases of deliberate abandonment . Finally, we will analyze the decisions made by ministers of the Superior Court judge two processes related to emotional distance .

Keywords: Family Law. Affective abandonment. Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DIREITO DE FAMÍLIA EM ASPECTO SOCIAL/LEGAL	13
1.1 O instituto da família no direito brasileiro e sua sistematização.....	13
1.2 A constitucionalização do direito civil e do direito de família	16
1.3 A filiação no direito brasileiro	17
1.4 Princípios constitucionais aplicados ao direito de família	20
1.4.1 Princípio da prioridade absoluta.....	21
1.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
1.4.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	23
2 ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
2.1 O afeto.....	28
2.2 Caracterização do abandono afetivo.....	32
2.3 As consequências do abandono afetivo	34
2.4 Da responsabilidade civil	35
2.4.1 Natureza Jurídica da responsabilidade civil	37
2.4.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	39
2.4.3 Conduta culposa	41
2.4.4 Nexo causal	42
2.4.5 Dano	44
3 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STJ	47
3.1 Recurso Especial n. 757411/MG STJ	47
3.2 Recurso Especial n. 1159242/SP STF	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A família sofreu transformações ao longo do tempo. Seu ideal tradicional, que perdurou vários séculos, estava influenciado pelas questões de cunho econômico, político, religioso e procracional. A estrutura do ambiente familiar era caracterizada pela forma patriarcal, onde os poderes masculinos vigoravam em detrimento dos poderes da mulher e dos filhos.

Todavia, esse cenário da entidade familiar não é mais compatível com os valores sociais, políticos e jurídicos inseridos na evolução da nossa sociedade. Com o advento da Constituição Federal de 1988 a família adquire um novo *status*, a carta Constitucional a considera base da sociedade, tendo a proteção estatal.

Com a modificação ocorrida na família, há um acréscimo de obrigações e deveres dos seus membros e uma participação mais intensa na vida de cada ente, principalmente na relação entre pais e filhos, haja vista a proteção especial que os filhos adquiriram com a atual Constituição e pelas leis do ordenamento jurídico.

Neste sentido, a função da família atualmente, pauta-se na solidariedade, ou seja, baseia-se em um vínculo de sentimento entre os integrantes da família com o intuito de oferta de ajuda, desta forma, haveria na família a superação do individualismo sobre o coletivismo.

Apesar dos valores e conceitos atualmente agregados na família, o ambiente familiar nem sempre é saudável. Cada vez mais crescem os números de casos em que os genitores se desobrigam no seu dever de convivência para com seus filhos, deixando-o desamparado, prejudicando o seu desenvolvimento e sua formação.

Partindo dessa premissa, o presente estudo procura trazer à discussão a questão do abandono afetivo por aquele pai ou mãe que, colocando seus interesses e conveniências acima das necessidades de seu filho, o abandona afetivamente negando-lhe o direito à convivência familiar e indo de encontro aos princípios basilares da Doutrina Sócio Jurídica da Proteção Integral, contemplada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, diante de todo o exposto, buscar-se-á, como futura pesquisa responder a seguinte pergunta: Pode existir punição aplicada aos pais sobre o aspecto da responsabilidade civil, se verificado o descumprimento da obrigação dos mesmos em manter convivência com os filhos, sob o enfoque emocional?

O objetivo geral do presente trabalho monográfico é verificar se o abandono afetivo pode gerar responsabilidade civil aos pais negligenciadores. Os objetivos específicos são: examinar a evolução histórica do direito de família, analisar o afeto como valor jurídico e verificar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a responsabilidade civil diante do abandono afetivo.

Com um sentido de propiciar um panorama geral acerca do abandono afetivo, bem como sua correlação com a responsabilidade civil, este trabalho será desenvolvido pelo método de abordagem hipotética-dedutiva, que consiste na construção de conjecturas, que devem ser submetidas a testes, os mais diversos possíveis, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade crítica e ao confronto com os fatos, para ver quais as hipóteses que sobrevivem como mais aptas na luta pela vida, resistindo, portanto, às tentativas de refutação e falseamento.

Os métodos utilizados são os histórico e comparativo. O método histórico é aquele no qual a abordagem do que ocorre hoje é feita por meio de levantamento de dados sobre como aquilo ocorreu no passado e de que maneira o que ocorreu no passado influencia o que ocorre nos dias de hoje. Já o método comparativo pretende explicar as semelhanças e diferenças entre diversos tipos de temas por meio da comparação dos mesmos.

Desta forma, a linha de pesquisa foi executada por meio de procedimentos que se aproximam ao texto legislativo, para a necessária adequação ao problema jurídico ora apresentado, bem como a necessidade de discussão das diversas contribuições doutrinárias formuladas sobre a responsabilidade civil no abandono afetivo e coleta de dados realizada por consultas em artigos e *internet*. Os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, *internet*, teses e dissertações com dados pertinentes ao assunto.

A técnica de pesquisa escolhida para a presente pesquisa foi a da observação. Essa é uma técnica que deve ser sistematicamente planejada, registrada e ligada ao contexto de levantamento que está sendo realizado. Sem estes cuidados, pode resultar apenas em um conjunto de curiosidades interessantes, mas que pouco agregam ao conhecimento do observador.

Tendo em vista os objetivos propostos, inicia-se o presente trabalho a partir de uma breve análise da evolução histórica do direito de família, tanto no âmbito legal quanto no social, com uma abordagem sobre o tratamento de institutos civilistas, e especialmente do direito de família na Constituição Federal. Em seguida faz-se um estudo acerca da filiação antes e após a promulgação da Carta Magna. Neste capítulo serão analisados também os princípios constitucionais aplicados ao direito de família, com base nos valores sociais dominantes ou fundamentais, amparados na Constituição Federal.

Será abordado no segundo capítulo o tema central do presente trabalho, um exame acerca da repercussão, no âmbito jurídico e social, do comportamento dos pais ao romper os laços de afetividade com os filhos, apresentando à discussão as consequências advindas pelo não cumprimento dos deveres que a lei impõe aos pais de prestar assistência emocional e afetiva, bem assim, o posicionamento dado pelo Judiciário a esse lamentável fenômeno social. Outrossim, será apresentado o estudo da responsabilidade civil e dos elementos essenciais para a configuração do dever de indenizar: conduta culposa, nexos causal e dano.

O terceiro e último capítulo faz uma análise dos votos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 757.411/MG e 1159242/SP. Com a ajuda dos conhecimentos dos conceitos explicados nos capítulos anteriores, serão desenvolvidos argumentos demonstrando que razão assiste aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1159242/SP em reconhecer a possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DIREITO DE FAMÍLIA EM ASPECTO SOCIAL/LEGAL

Neste capítulo será apresentada uma breve visão da evolução histórica do direito de família em seu aspecto social e legal. O mesmo se inicia com a apresentação do instituto da família no direito brasileiro e sua sistematização. Em seguida será abordada a constitucionalização do Direito Civil e do Direito de Família. Posteriormente será apresentada a filiação no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O instituto da família no direito brasileiro e sua sistematização

O direito, enquanto fenômeno social passou por inúmeras mudanças. Isso implica dizer que o direito de família também está pautado em transformações. No plano constitucional, Lôbo (2004) afirma que o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família. No entanto, este interesse só se consolidou efetivamente ao longo do século XX.

Inicialmente, a união entre o homem e a mulher era vista como um dever cívico. Dever este utilizado tão-somente para fins de procriação e desenvolvimento de novas pessoas para servirem aos exércitos de seus países. Por este motivo, a prole masculina era muito mais esperada do que a feminina.

Com as profundas mudanças de função, natureza, composição e concepção da família, ao decorrer do tempo tal conceituação aos poucos foi sendo substituída pelos ideais de continuidade da entidade familiar. Esta nova vertente – e porque não dizer compreensão – do instituto da família encontra-se claramente exemplificada na Declaração Universal de Direitos, proclamada no ano de 1948 pela Organização das Nações Unidas, na qual está declarada a paridade plena entre homens e mulheres, bem como a proibição de distinção entre os filhos (TERRA, 2013).

Os textos constitucionais anteriores ao Código de 1916 não se preocupavam em cuidar das relações familiares. Além disso, afirma Washington de Barros que o Código Civil de 1916 não estava adaptado à Lei Maior e, várias leis regulavam, isoladamente, muitas vezes de forma contraditória, institutos jurídicos de ordem civil. (BARROS, 2004) A Constituição de 1824 tratava das relações imperiais. Já a Carta de 1891 destinou apenas um parágrafo reconhecendo validade exclusiva ao casamento civil.

A partir de 1930, numerosas leis asseguraram a proteção da família. Em 1934, a Constituição preocupou-se com os filhos naturais e a família passou a ser considerada como um organismo social e jurídico de importância. A Constituição de 1937 veio reafirmar e ampliar a preocupação com os filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento e, ainda, assegurando-lhes direitos e deveres e igualdade com os filhos legítimos. E a Constituição democrática de 1946 estimulou a prole numerosa e assegurava assistência à maternidade, à infância à adolescência. (ELAINE, 2007)

Lôbo (2008) afirma que as constituições de 1824 a 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. E Fachin (1996) complementa que, nas Constituições após 1937 até 1988 houve ausência de referências à família: Em que pese constarem normas acerca do casamento e ligeira referência à família, praticamente emudecem as cartas magnas após 1937 até 1988 acerca dos filhos naturais.

As constituições brasileiras posteriores ao Código Civil de 1916, deferiam, até recentemente, tratamentos pontuais à família a qual era matrimonializada e à filiação. Cuidavam de aspectos isolados, sem construir um conjunto sistemático de regras. Contudo, a evolução dos costumes conduziu ao conseqüente avanço das instituições sociais e jurídicas, culminando no teor do art. 226, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal de 1988. Estes equipararam a entidade familiar resultante da união estável, tendente ao casamento, e aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, e a família constituída pelo casamento (BRASIL, 1988).

A família do início do século XX, patriarcal e hierarquizada, era fundada exclusivamente no casamento. A mulher e os filhos ocupavam uma posição de inferioridade no âmbito familiar e, por isso, deviam respeito e obediência ao marido, chefe da família. O matrimônio tinha um caráter monogâmico e indissolúvel. Era um sacramento e somente através dele poderia advir prole legítima. As relações consideradas ilegítimas eram menosprezadas pelo ordenamento jurídico e pela igreja, que naquela época tinha uma influência ímpar. (LÔBO, 2008)

O conceito de família, tal como conhecido atualmente, não foi disposto no Código Civil de 1916, seja textualmente ou até mesmo sistematicamente. O conteúdo normativo inicial foi alterado por diversas leis especiais, que cuidaram de

revogá-lo explicitamente e levavam o jurista a um complexo de leis, imprecisas e desprovidas de um princípio identificador único. Destaque-se ainda que em tal codificação, a família tinha sua constituição unicamente pelo matrimônio.

Por sua vez, o Código Civil de 1916 era fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu-o. Àquela altura o valor fundamental era o indivíduo, pelo que o direito privado tratava de regular a atuação dos sujeitos de direito (contratante e proprietário) (TEPEDINO, 2006). E, tinha-se desta forma, o CC/1916 normatizando por completo o âmbito do direito privado, juntamente com o então vigente Código Comercial.

Ocorre que, ante uma evolução social e política, vivenciada no mundo ocidental, notadamente na primeira metade do século XX, as constituições assumiram um papel demarcador de limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens. A Constituição brasileira de 1946 é um bom exemplo desta tendência. (TEPEDINO, 2006) O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado, tornando-se, assim, necessária a reformulação de nossa Codificação Civil.

A tramitação do projeto do novo Código Civil teve início anteriormente à CF/88, que introduziu os apontados princípios reformuladores do direito de família. No entanto, em razão das emendas realizadas, especialmente na fase final dessa tramitação, perante a Câmara dos Deputados, o novo CC foi adequado à Lei Maior. (BARROS, 2004).

Nas disposições gerais sobre o casamento foram eliminadas todas as referências à legitimidade da família oriunda de casamento civil. Não há mais na família a qualificação de legítima ou ilegítima. A família tanto pode ser constituída pelo casamento como pela união estável, como, ainda, por um dos genitores e sua prole (BARROS, 2004). Sendo assim, ocorreu a eliminação das discriminações existentes entre filhos, inclusive no que se refere ao seu reconhecimento.

Barros (2004) afirma que no Código Civil de 2002 o direito de família passou a regular não só as relações oriundas de casamento, mas também aquelas originárias de união estável.

No Código Civil vigente, amplia-se a noção de parentesco, que pode ser natural, quando oriundo de relação consangüínea, ou civil, conforme resulte de outra origem, na expressão utilizada pelo art. 1.593, cuja interpretação pode abranger outras relações além daquelas da adoção. (BARROS, 2004)

Na evolução do direito de família verifica-se que, a família passou a ser tratada como centro de preservação do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares.

1.2 A constitucionalização do direito civil e do direito de família

Com as profundas transformações ocorridas na sociedade no decorrer do século XX surgiu a ideia de constitucionalização do direito civil, a resultar da substituição do Código Civil de 1916 pela Constituição Federal, ou, ao menos a servir de ponto de referência e salvaguarda do sistema legislativo.

Para Lisboa (2002, p. 3):

A introdução de um direito civil constitucional, primado em uma concepção principiológica e menos normativa, indica os novos rumos do Direito Privado e o realce que se passa a conferir à pessoa e sua dignidade, como elemento nuclear da relação jurídica.

Barros (2004, p. 11) afirma que:

As Constituições da República Federativa do Brasil passaram a versar sobre matérias de direito privado, sendo que a CF de 1988 chegou ao ápice desse movimento, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e princípios que tutelam várias relações de direito privado, dentre os quais destacam aqueles referentes às relações de família.

As profundas transformações ocorridas na sociedade no decorrer do século XX receberam a devida atenção no plano constitucional, tendo em vista a almejada

e merecida proteção aos membros da família, como se pode verificar, por exemplo, no princípio da total isonomia entre filhos, independentemente de sua origem.

Não havia uma constitucionalização do direito civil; “o que ocorria era o tratamento pela Constituição Federal de institutos de direito civil, sem uma unidade hermenêutica, que viabilizasse a interpretação das regras de direito civil de acordo com os princípios constitucionais” (BARROS, 2004, p. 12).

Por sua vez, a legislação civil brasileira ainda adotava como paradigma o modelo da família patriarcal, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX e, tais conceitos entraram em derrocada e culminaram com a sua exclusão de nosso sistema legal com a promulgação da CF/88.

Contudo – e segundo entendimento esposado por Tepedino (2006) –, a promulgação da CF/88 e edição do novo Código Civil ainda não foram suficientes para compatibilizar a legislação existente sobre o Direito de Família em nosso País, permanecendo, portanto, pendente tal iniciativa por parte dos operadores (legisladores e civilistas pátrios); ainda, na opinião de citado jurista, torna-se imprescindível e urgente à releitura do CC e das leis especiais à luz da Constituição.

1.3 A filiação no direito brasileiro

Segundo a sistematização vigente antes da atual Constituição Federal, os filhos eram classificados como legítimos, legitimados, adotivos e ilegítimos. Aqueles concebidos na vigência do casamento regular dos seus pais correspondiam aos filhos legítimos, sendo equiparados a estes o filho nascido do casamento putativo ou aparente.

Em relação aos filhos legitimados, entendia-se como aqueles concebidos a partir de uma união ilícita, mas posteriormente regulamentada pelo casamento válido e eficaz. Dava-se a legitimação nos casos em que os pais não eram casados entre si, mas, após o nascimento do filho convolvavam núpcias.

Lisboa (2002, p. 184) afirma que: “a legitimação é o reconhecimento da filiação, feito conjuntamente ou em separado, pelos genitores do filho concebido de uma relação ilícita. A legitimação na ata do casamento era usual, no entanto, atualmente é proibida”.

Os filhos adotivos decorriam do procedimento de adoção, sendo esta parcial ou plena. No caso de ter havido adoção plena, os filhos adotivos tinham seus direitos comparados aos dos filhos legítimos; caso contrário haveria a discriminação devido a distinção da filiação.

Finalmente, aqueles não originados do casamento, isto é, concebidos fora da relação conjugal, eram chamados de filhos ilegítimos ou bastardos, uma vez que eram filhos de pessoas não casadas.

Nos tempos atuais, independente da origem da filiação, não importando ser a mesma decorrente ou não do casamento, vigora o princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre os filhos. A aplicabilidade de tal princípio se estende ainda aos filhos adotivos.

Desde a Constituição de 1988, aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, são concedidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Eliminou-se toda a referência à filiação legítima, legitimada, adulterina, incestuosa ou adotiva, visto que, a partir do novo ordenamento constitucional a filiação é uma só, sem discriminações.

Segundo Wald (1999, p. 182):

Com o advento da nova Constituição e a revogação do art. 358, CC (que impedia o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos) pela Lei 7.841, de 17.10.1989, a jurisprudência tem admitido que o reconhecimento de todos os filhos ilegítimos pode ocorrer, inclusive, na vigência da sociedade conjugal do pai ou da mãe e que também pode ser intentada a ação de investigação de paternidade ou maternidade, em virtude de terem desaparecido todas as restrições existentes no direito anterior.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, novo paradigma, no que tange ao Direito de Família, foi estabelecido. Com a intenção precípua de regular a boa convivência entre pais e filhos e para proteger integralmente o menor, o constituinte inovou, trazendo uma proteção abrangente às crianças e aos adolescentes nas mais diversas esferas. Diante disso, torna-se necessária a análise

pormenorizada do texto constitucional, como se segue, *verbis*:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A Carta Magna de 1988, ao assegurar os direitos supracitados às crianças e aos adolescentes, estabeleceu ferramentas de relevante destaque na busca por uma relação familiar baseada nos princípios a ele inerentes. Embora o referido artigo 227 tenha repartido a responsabilidade com a sociedade e o Estado, a família destaca-se nessa frente, uma vez que incumbe a ela, diretamente, a realização de direitos, como a alimentação, a educação e o lazer, bem como o afastamento desses indivíduos de práticas violentas, cruéis e opressivas.

A Constituição Federal, em corolário a toda a evolução jurisprudencial e legislativa, trouxe a expressa proteção do Estado à família, a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre a filiação e o entendimento que a união estável e a monoparentalidade também são espécies de família. Portanto, a moderna concepção jurídica de família alcança aspectos pessoais e igualitários.

Por sua vez, ao examinar-se os arts. 226 a 230 da Constituição Federal, observa-se que o centro da tutela constitucional deslocou-se do casamento para as relações familiares dele decorrentes (BRASIL, 1988).

A isonomia entre os cônjuges ou companheiros foi outro ponto essencialmente importante garantido pela Constituição de 1988 e, ainda, dentro da instituição familiar, garantiu-se o fim das desigualdades entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

Todas as disposições contrárias a este novo Direito Constitucional, as quais estabeleciam desigualdades, privilégios e discriminações entre os cônjuges e os filhos, foram automaticamente revogadas e excluídas do mundo jurídico.

O modelo igualitário da família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da CF/88. (LOBÔ, 2008).

A Constituição Brasileira inovou, reconhecendo não apenas as entidades matrimonializadas, mas outras duas explicitamente (união estável e monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas. Constata-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações marcantes. Cuidando, em capítulo destacado, da família, da criança, do adolescente e do idoso (DIAS, 2010).

1.4 Princípios constitucionais aplicados ao direito de família

A Constituição Federal amparou em seu texto valores sociais dominantes, normatizando-os como fundamentais, sendo que é no Direito de Família que se sente os maiores reflexos de tais princípios.

Dias (2007) divide estes em categorias distintas: princípios gerais e princípios especiais. Os princípios gerais podem ser aplicados em todos os campos do Direito. No entanto, os princípios especiais são próprios das relações familiares e devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões de família.

Ainda segundo essa autora (2007, p. 56), os princípios funcionam “como conexões axiológicas e teológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e dado cultural e, de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”.

Em relação ao tema deste trabalho, destacam-se os princípios: do melhor interesse da criança e do adolescente, da prioridade absoluta, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.4.1 Princípio da prioridade absoluta

Verifica-se que, justamente por não ter concluído seu processo de desenvolvimento, deve ser assegurada ao público infante-juvenil uma proteção prioritária, préstimo este instituído pelo princípio da Prioridade Absoluta.

É de notória clareza a considerável vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes quando comparados a um adulto. Por estarem em processo de desenvolvimento, não tendo completado a formação de sua personalidade e não amadurecido minimamente suas potencialidades humanas, mostra-se perceptível que essas crianças e adolescentes são mais frágeis que os indivíduos na idade adulta, que já concluíram sua fase de desenvolvimento (MACHADO, 2003).

O princípio em comento possui caráter constitucional, expressamente estabelecido no art. 227 da Carta Magna. É também previsto na legislação infraconstitucional, conforme se depreende do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A regra da prioridade, segundo Amin (2009c. p. 20), estabelece em favor do público infante-juvenil primazia em todos os campos de interesse, tais como “judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar”. O interesse das crianças e dos adolescentes deve, então, sempre prevalecer.

O ECA, no parágrafo único do dispositivo supra mencionado, elencou um rol não taxativo – por se tratar de norma aberta – de situações compreendidas pelo princípio da prioridade, sendo elas:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Nota-se, naturalmente, que a garantia de prioridade estabelecida pela Carta Magna e aprofundada pela legislação infraconstitucional busca genuinamente efetivar a proteção integral de crianças e adolescentes.

1.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Determinou o legislador constituinte, no art.1º, III, da atual Constituição Federal, o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio da dignidade é, portanto, uma norma constitucional que interfere em todo o ordenamento jurídico pátrio.

A dignidade não pressupõe troca ou alienação. É algo inestimável e insubstituível. A dignidade da pessoa humana, então, deve ser vista como valor intrínseco de cada indivíduo, como algo essencial e inseparável de todo ser humano.

A criança e o adolescente, enquanto pessoas humanas e sujeitos de Direito, devem ter assegurada uma vida digna, exercendo direitos que lhe garantam um desenvolvimento saudável, livre de qualquer forma de crueldade e opressão.

O art. 227 da Carta Constitucional outorgou diversos direitos à infanto-adolescência e determinou que essa parcela da população fosse colocada “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. O Estatuto infanto-juvenil repete essa determinação em seu art. 5º e vai além, ao dispor no art. 18 que: “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1988).

A vedação constitucional e legal de tratamento degradante ou desumano e o consequente respeito à dignidade da pessoa humana é uma norma que abrange todo e qualquer ser humano, sem discriminações. No que tange à criança e ao adolescente essa regra se mostra o sustentáculo da Proteção Integral, abrangendo todos os demais princípios e valores decorrentes da mencionada doutrina jurídica.

Ressalta-se ainda, a importância da família na observância do princípio em comento. Segundo os ensinamentos de Lôbo (2009. p. 38-39), atualmente a família é vista como um *locus* onde seus integrantes exercem sua realização existencial e afirmam suas dignidades. Afirma o autor que a família se tornou um espaço

comunitário para “realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas”. Verifica-se, então, o papel fundamental da família de assegurar o respeito à dignidade de todos os seus membros, notadamente suas crianças e adolescentes.

Para finalizar as breves considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, mostra-se pertinente transcrever sucinto trecho dos ensinamentos de Tânia da Silva Pereira (2008. p. 166), no qual se constata a importância dessa norma no âmbito da infância e juventude:

Ao incluir no elenco de Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente o direito à dignidade, procurou o legislador estatutário ressaltar que a prioridade absoluta prevista no art. 4º deve compreender procedimentos indispensáveis a proporcionar à população infanto-juvenil vida digna que lhe permitirá ser no futuro um adulto não marginalizado, nem portador de carências.

1.4.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Segundo se extrai dos ensinamentos da jurista, Pereira (2003), o princípio do Melhor Interesse infanto-juvenil teve sua origem no instituto inglês do *parens patriae*, por meio do qual o Estado outorgava para si a prerrogativa de proteger aqueles não poderiam fazê-lo em causa própria – indivíduos juridicamente incapazes –, incluindo-se, assim, as crianças e os adolescentes.

O Estado Norte Americano, de acordo com a autora (PEREIRA, 2003), recepcionou o princípio *best interest of the child* e atualmente aplica-o considerando-se, em cada caso, as necessidades da criança em detrimento dos interesses paternos.

No Brasil, o referido princípio foi consagrado pelo art. 5º do revogado Código de Menores, Lei n. 6.697/1979, o qual dispunha que “na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. (BARBOZA, 2000).

Comenta Barboza (2000. p. 205) que “a ideia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso

ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças”.

Note-se, entretanto, que na vigência do Código de Menores, o princípio do melhor interesse somente era aplicado a crianças e adolescentes em situação irregular, em observância à doutrina jurídica da época (AMIN, 2009).

Conforme acentuado anteriormente, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, mudou o paradigma da situação irregular do menor para a doutrina da proteção integral de crianças e de adolescentes e, além disso, confirmou expressamente o princípio do melhor interesse, o qual passou a ser aplicado a toda população infanto-juvenil, sem discriminações. Observe-se o que estabelece a convenção (BRASIL, 1990): “art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O dispositivo retro transcrito transformou-se em Direito Fundamental no sistema jurídico pátrio. O art. 5º da Carta Constitucional brasileira prevê, em seu parágrafo 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, o Brasil, ao ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, incorporou, em caráter definitivo, o princípio do melhor interesse em seu ordenamento jurídico (PEREIRA, 2008).

Ademais, cumpre salientar que a própria Constituição Federal de 1988, já sob a égide da doutrina da proteção integral, incorporou, em seu art. 227, direitos fundamentais especiais às crianças e aos adolescentes, que devem ser assegurados com absoluta prioridade. O princípio em comento ganhou amplitude e passou a aplicar-se a toda criança e todo adolescente, indiscriminadamente, com atenção especial aos litígios familiares (AMIN, 2009).

Para Barboza (2000. p. 206), o bem-estar e os interesses infanto-juvenis – cláusulas genéricas incorporadas pelo Código de Menores –, transformaram-se nos referidos e específicos direitos fundamentais constitucionais. Esclarece, também,

que a garantia de prioridade absoluta aponta para primazia dos interesses das crianças e dos adolescentes e conclui:

Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.

Pode-se afirmar, então, que o supracitado art. 227 passou a constituir o fundamento nacional do princípio do melhor interesse da infante-adolescência. Anote-se, por oportuno, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, está em perfeita adequação com a primazia do interesse infante-juvenil, vez que seus arts. 4º e 5º basicamente reproduzem a norma constitucional (BARBOZA, 2000).

Não há orientação uniforme ou elementos definidos sobre o teor do princípio em comento, muito embora os primeiros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente venham a proporcionar uma compreensão do instituto do melhor interesse (PEREIRA, 2003).

Como base doutrinária, pode-se recorrer ao ilustre professor Paulo Lôbo (2009. p. 53) para buscar interpretar de forma mais adequada o conteúdo do princípio garantista em análise. Esclarece ele:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluindo o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Por sua vez, a autora Amin (2009c. p. 28) define o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente da seguinte forma:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Utilizando-se desses conceitos e somando a eles a determinação contida no art. 3.1 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pode-se entender que o objetivo do princípio do melhor interesse é solucionar conflitos que envolvam o público infante-juvenil, sobrepondo-se seu interesse e bem-estar aos dos demais indivíduos e instituições, inclusive no âmbito familiar, observando-se sempre o caso concreto.

No que se refere às relações familiares, importa ressaltar que houve significativa alteração nas prioridades da instituição. Anteriormente, o pátrio poder se baseava exclusivamente na conveniência dos pais, enquanto que no poder familiar – implementado pela Constituição Federal de 1988 – o que se busca é o interesse e bem-estar dos filhos (LÔBO, 2009).

Corroborando com o acentuado acima, comenta Fachin que o princípio do melhor interesse pode ser definido como (*apud* PEREIRA, 2008. p. 47):

[...] um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.

Em regra, nosso ordenamento jurídico prega a independência, liberdade e absoluto respeito à vida íntima no âmbito familiar, autorizando os pais a criarem os filhos como entenderem ser mais adequado e impedindo a interferência externa nas relações familiares.

Essas prerrogativas, no entanto, não são absolutas, vez que pode ocorrer a interferência Estatal quando se verificar que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes estão sendo violados, causando danos sociais, morais e materiais. Caso não haja acordo entre os membros da família, deve o sistema de justiça atuar como árbitro nos litígios familiares, colocando os filhos sempre em primeiro lugar (PEREIRA, 2003).

Observa Amin (2009c. p. 28) a necessidade de os “atores da área infante-juvenil” terem consciência que os destinatários finais de sua atuação são as crianças

e os adolescentes e que é o direito deles que deve ser protegido em primazia, mesmo que colidente com os direitos de sua família.

Cumprir mencionar que o princípio do melhor interesse é considerado uma norma garantista, já que deve garantir o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua efetivação (AMIN, 2009c). É, portanto, uma forma de se concretizar a proteção integral da infância-adolescência.

Note-se, ainda, que interpretar um princípio é descobrir seu sentido apropriado em cada caso concreto (PEREIRA, 2003). O princípio busca a prioridade de interesses infanto-juvenis, mas isso não significa a exclusão de outros direitos, nem da criança e do adolescente nem dos demais indivíduos. O princípio deve ser aplicado de forma a alcançar um balanceamento dos interesses, na vida real (LÔBO, 2009).

Para finalizar o estudo sobre o princípio do melhor interesse vale mencionar que não se trata de “uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (LÔBO, 2009. p. 55). É “o norte que orienta aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos” (AMIN, 2009c. p. 29).

2 ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL

No ordenamento jurídico brasileiro, são vários os dispositivos que evidenciam a existência do direito-dever dos pais de cuidar e proteger o filho, não apenas em seu aspecto físico, mas também psíquico (SANTOS, 2013). Afinal, ter a companhia de sua mãe e de seu pai, ter o amor de um pai ausente, de gozar da presença decisiva do pai e de minorar os efeitos sempre nefastos de uma ruptura inconfortável são direitos da criança e um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho (LEITE, 2003).

Os arts. 227 e 229 da Constituição Federal refletem a obrigação da família e posteriormente especifica a obrigação dos pais ante a seus filhos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

[...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O art. 227 preceitua a garantia à convivência familiar. Esta garantia existe, pois há uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de criança no seio da família, devendo prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho (DIAS, 2007).

2.1 O afeto

Conforme explicitado anteriormente, nota-se a despatrimonialização do direito civil somente na Constituição de 1988, pois cada membro familiar passou a exercer o princípio da autonomia da vontade em suas relações íntimas, buscando como valor supremo o alcance da felicidade, sendo assim, as relações carecedoras de laços afetivos não mais se justificavam.

Diante de tal fato, questões econômicas e de sobrevivência passaram a ter uma importância secundária, fazendo com que a ordem jurídica não mais valorize a entidade familiar como uma instituição, mas sim cada membro familiar, trazendo a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana para as relações familiares (PEREIRA, 2006).

Cunha (2006, p. 183) afirma em síntese:

Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família.

Ou seja, hoje o afeto é tido como um princípio jurídico, necessitando ser observado e encarado à luz da Constituição, já que ela deu um novo olhar para a sexualidade, tendo reconhecido a pluralidade de formas para a constituição de uma entidade familiar, o que refletiu diretamente na prole, sendo hoje tratada pela Constituição de forma igualitária, independente da sua origem (LOBÔ, 2008).

Perante a atual realidade social, tornou-se impossível o não reconhecimento da existência do afeto nas diversas relações cotidianas do ser humano. Tentando justificar tal existência, Campos (IBDFAM, 2013) sabiamente disse que:

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.

Barros (IBDFAM, 2013) define o afeto como aquele que:

[...] enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

Lôbo (2008, p. 48) ensina que:

O afeto sob a perspectiva psicológica ou anímica, em nada se confunde com a afetividade como um princípio jurídico, já que o afeto poderá ser presumido mesmo quando estiver ausente na realidade das relações, entretanto, a afetividade é um dever imposto, mesmo nas relações de desamor ou desafeição existentes entre pais e filhos, extinguindo-se apenas com o falecimento de um dos sujeitos ou nos casos de perda do poder familiar.

Ademais, o art. 1.597, V, CC/2002 ao admitir a presunção da paternidade de filho sucedido de reprodução artificial – cujo material genético é de terceiro – o ordenamento jurídico acolheu o afeto como valor jurídico, uma vez que privilegiou o círculo afetivo, ao invés do vínculo biológico. De acordo com Pereira (2006, p. 62):

A autorização do pai que garante a filiação e todas as responsabilidades a ela inerentes, inclusive, advindas do poder familiar. Tem-se, portanto, a parentalidade como certa, desde a concepção, com o conseqüente início de gravidez, conjugando-se a liberdade, a autonomia privada, com a afetividade.

No âmbito da psicopatologia que a afetividade nada mais é que o estado psíquico global com que a pessoa vive em relação às outras pessoas, sendo compreendido pelo estado de ânimo ou humor, pela gama de sentimentos, emoções e paixões, demonstrando perfeitamente sua capacidade de experimentar diversas emoções e sentimentos (PSIQWEB, 2013).

Pode-se inferir que quando o afeto é analisado à luz da psicanálise e da Psicologia, muitas são as definições encontradas devido às diversas teorias sobre a compreensão da natureza psíquica do homem. Contudo, de forma geral e resumida, é entendido como aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que do decorrer de sua vida acaba por atribuir significados e sentidos à sua existência, construindo assim, diante das relações com outros indivíduos o seu psiquismo (IBDFAM, 2013).

O direito ao selecionar os fatos da vida que necessitam de uma incidência de norma jurídica, abrange este fenômeno, sem a menor contradição, referindo dever

jurídico na afetividade oponível a pais e filhos, em caráter permanente, em nada importando os sentimentos nutridos entre si (LÔBO, 2008).

É através do direito que as relações podem se tornar harmoniosas quando se trata de seres humanos, já que se busca dar a cada um o que é seu. No momento em que o direito se afasta de tal objetivo, fazendo-se expressar através de normas frias e não se baseando no afeto, sua razão de ser vai se perdendo e com ela a justiça (IBDFAM, 2013).

O fato é que não se encontra previsto no Código Civil de 2002 de forma expressa o afeto como um direito, mas sim de forma implícita quando se fala de direito da personalidade que é conceituado segundo Rodrigues (2003, p. 61) como: “aqueles que fazem parte da pessoa humana, e como tal, estão ligados de forma eterna e constante, não sendo possível existir um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade e aquilo que ele crê ser a sua honra”.

O direito à personalidade é um direito inalienável, merecendo uma proteção integral, pois tem sido reconhecida pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, como prerrogativa individual de todo o ser humano, sendo assim, é intransmissível e irrenunciável (GONÇALVES, 2003).

A capacidade de se afeiçoar faz parte da personalidade dos indivíduos, porém, o afeto tem sido abordado de formas diferentes entre os doutrinadores, onde muitas vezes o compara a um contrato, o que é um erro, pois se tratando de contrato, existe vontade bilateral na realização do negócio jurídico, um pacto de vontades. Já na relação afetiva, nem sempre existe o interesse de ambos se afeiçoarem. O que assemelha o contrato da afeição, portanto, é a liberdade existente em expressar sua vontade. Seguindo tal entendimento discorre Sérgio Rezende (SRBARROS, 2013):

A liberdade de afeiçoar-se a um outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com o outro. Daí, não raro, confundir-se afeição com contrato, ensejando a patrimonialização contratual do afeto. Não se deve reduzir o afeto a um contrato, para o fim imediato e ora até exclusivo de retirar dessa redução e impor às “partes contratantes” efeitos patrimoniais, às vezes nem sequer desejados por ambas. Mas a analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostra que, como a liberdade de contratar, também a

liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição Brasileira de 1988, cujo § 2º do art. 5º não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados. É o que ocorre com a liberdade de contrato e a liberdade de afeto.

O Direito de Família tem se tornado um direito humanizado, observando os aspectos pessoais das relações humanas, não deixando de dar a devida atenção às questões patrimoniais. Contudo, não mais faz dela núcleo de sua estruturação (IBDFAM, 2013). A família passa a ter como elemento primordial de sua estruturação o sujeito, e é através da relação cotidiana que os membros vivem suas primeiras experiências, a ponto de se desenvolverem e se prepararem para as relações sociais. Apesar da aparente fragilidade da afetividade, é ela que possui força suficiente para manter as pessoas unidas nas relações familiares, uma vez que a vida sem os outros nada mais é do que uma abstração afastada da realidade (PEREIRA, 2006).

Fachin (IBDFAM, 2013) entende que a doutrina e a jurisprudência acolhem o valor jurídico do afeto, onde tenta justificar tal posicionamento argumentando ser a vida real, responsável por alimentar o Direito, pois é desprovida de conceitos estéreis, abstratos e equações lógicas, naturalmente incapazes de demonstrar a realidade social e principalmente individual do ser humano.

Fica evidente que não só a sociedade tem dado maior importância à estrutura familiar, como também o Estado tem se valido desse novo contexto familiar para promover políticas públicas de inclusão social, desde o momento que considerou o afeto e a solidariedade como elementos que caracterizam o núcleo familiar.

2.2 Caracterização do abandono afetivo

O abandono afetivo, conforme Hironaka, pode ocorrer devido a diferentes situações, primeiramente há a situação na qual os pais se mostram presentes, porém eventualmente, diante do mal desempenho de sua função e do descumprimento de suas obrigações, podem configurar o abandono afetivo. Outra situação é aquela em que os pais se encontram separados e os filhos ficam com a guarda atribuída a um deles, existindo o direito de visita ao outro, que não sendo cumprido gera o abandono afetivo. Existem também as situações decorrentes do

desconhecimento da existência de prole e ainda as situações de abandono deliberado (IBDFAM, 2013).

O abandono afetivo caracteriza-se com o descumprimento pelos pais da garantia constitucional previsto no art. 227, *caput* da Constituição Federal de 1988, ou seja, o dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade [...], à dignidade, [...] e à convivência familiar e comunitária [...]”.

Com o fundamento de que o descumprimento de tais obrigações acarretam danos aos filhos e configura na forma do art. 186 do Novo Código Civil de 2002, ato ilícito, já que segundo o dispositivo, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Além disso, o disposto no art. 927 do mesmo dispositivo legal prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Iniciou-se, assim, uma procura ao Judiciário para pleitear ações de danos morais por abandono afetivo.

O ingresso desta Ação trata da possibilidade de um filho poder obter indenização pelo fato de ter sido abandonado afetivamente pelo pai ou pela mãe e deste abandono ter decorrido um dano. Este é um tema relativamente novo no Direito Brasileiro e devido a isto existe uma grande discussão sobre o assunto, como também decisões em ambos os sentidos.

Para Dias (2007, p. 113) “[...] é só isso que o amor deveria gerar: o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz [...]”, mas infelizmente não é assim, isto porque há uma tendência atual de o instituto da responsabilidade civil ser ampliado devido ao desdobramento dos direitos de personalidade que geram conseqüentemente o aumento de ofensas a tais direitos.

Seguindo este raciocínio, para tal autora e para a corrente majoritária a ampliação do instituto da responsabilidade civil acaba por ampliar o conceito de abalo moral, alastrando-se, tal tendência, até mesmo para o Direito de Família.

Segundo a autora (DIAS, 2007, p. 113) “[...] a busca de indenização por dano moral transformou-se na panacéia para todos os males [...]”, e explica que a

tendência é tentar migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito das relações de afeto, já que no direito de família o objeto não é a vontade e sim o afeto.

Entretanto, foi com o Recurso Especial n. 757.411 de Minas Gerais que a Ação de Danos Morais por Abandono Afetivo tomou maior visibilidade, já que foi o primeiro caso, acerca deste assunto, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.3 As consequências do abandono afetivo

O abandono afetivo tem consequências tão gravosas que podem gerar doenças não só psicológicas como também físicas, devido ao fato de muitas crianças não conseguirem se reconhecer como pessoa, conforme explica Costa (*JUS NAVIGANDI*, 2013):

Assim, recorrendo-se à metáfora da folha de papel, o ser humano é como tal, de um lado o plano físico-orgânico, de outro lado, o plano psicológico. Dois lados de uma mesma pessoa, duas óticas conexas de um mesmo ente. Tanto que, se houver a perfuração de um lado do papel, entenda-se perturbação psicológica do ser humano, prontamente o outro também será afetado, pois conexas, compõem-se em partes de um todo. Com isso é possível demonstrar que a vida da pessoa é uma díade, e que, não pode ser compartimentalizada sob pena de se perder o humano em sua integração pessoal [...].

Canezin (2006, p. 77) acrescenta:

[...] O filho se orienta e se espelha no pai que sabe, que pode, que faz. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado talvez de forma permanente para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhe o rumo da vida e debilita-lhe a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

Forçar um convívio não seria a solução, mas também tratar com naturalidade uma separação entre pais e filhos, não pode ser facilmente aceitado, já que eles sofrem imensamente quando seus pais não lhe dão afeto (*JUS NAVIGANDI*, 2013).

A Psicanálise e a Psicologia há muito tem demonstrado como é importante para o fortalecimento do afeto, a convivência, bem como, sua ausência gera diversas consequências no desenvolvimento e sobrevivência até mesmo dos recém nascidos (GROENINGA, 2005).

Visando exemplificar Câmara cita Spitz (*Apud*, HIRONAKA, 2005, p. 402-403):

Inúmeras são as experiências nesse sentido. Para citar algumas, temos a síndrome do hospitalismo, observada por René Spitz, em que bebês hospitalizados morriam pela falta de afeto, a despeito da satisfação de suas necessidades físicas; a importância do apego estudada por John Bowlby e o clássico experimento realizado por Harlow com macacos que desenvolviam maior ou menor sociabilidade conforme a amamentação fosse realizada por bonecos com mais textura ou menos semelhante a um animal verdadeiro.

Ressalta Souza (ARPENRJ, 2013):

A dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera tais sentimentos e atitudes, naturalmente, são capazes de desmoronar o ser em formação e a lógica, (tão ilógica) que permeia suas indagações mais íntimas. É o querer saber por que “todos” têm pai presente, e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro. Mas, que o seu caso é “abandono premeditado”, por não ser digno, por exemplo, de ser amado. As consequências são distúrbios de comportamento, com baixa auto-estima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação da perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz.

A criança um dia negligenciada, quando chega à fase adulta, urge por aprovação social e nem sempre a encontra. Chega então o momento em que o apoio psicológico é fundamental e que o ressarcimento do dano muitas vezes nem dá pra mensurar, tendo em vista o tamanho do prejuízo causado pelo abandono.

2.4 Da responsabilidade civil

A responsabilidade civil conquistou inegável importância prática e teórica do direito moderno e nas suas variadas ramificações, como o caso do direito de família.

A amplitude de seu campo de atuação torna a jurisprudência extremamente abundante e dinâmica, dificultando uma sistematização doutrinária a cerca do que seja responsabilidade civil.

A palavra “responsabilidade” tem sua origem latina do verbo *respondere* (AURÉLIO, 2013) que significa a obrigação de assumir com as consequências da atividade realizada. A responsabilidade, para o Direito, é a obrigação derivada, um direito sucessivo que leva a assumir as consequências do ato lesado. (DINIZ, 2010)

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1995, p. 679) define responsabilidade como sendo: “RESPONSABILIDADE. S.f. (lat., *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito”.

A responsabilidade civil é abordada nos arts. 927 a 954 do Código Civil Brasileiro, examinando-se a obrigação de indenizar (a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade), e a indenização propriamente dita. Primeiramente, a palavra responsabilidade deve ser analisada como um aspecto de obrigação (NETO, 2008). Sob a perspectiva etimológica, responsabilidade manifesta a ideia de encargo, contraprestação, compromisso. Já no sentido jurídico, o vocábulo não foge deste juízo, uma vez que designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico (FILHO, 2009).

Os autores não chegam a um consenso no sentido doutrinário sobre uma definição de responsabilidade civil, e procuram na maioria das vezes apenas justificar o ato, buscando o causador de um mal que deverá reparar a lesão sofrida por outrem, ensejando restabelecer o equilíbrio jurídico lesado (ARPENRJ, 2013). A responsabilidade civil é uma parte do direito civil em que se busca reparar dano causado injustamente. Não se trata de reparar qualquer dano, ele tem que ser injusto.

É importante preencher uma demanda de amor e afeto que é inerente ao ser humano, principalmente daqueles que está em fase de crescimento, de firmar seus valores, de desenvolvimento da sua personalidade. Assim, diante da autoridade parental, e a previsão jurídica em que se prevê não apenas obrigações materiais, mas também espirituais aos pais seria o Direito um instrumento legítimo para obrigar

os pais a amarem seus filhos? Havia, portanto, uma forma de fazê-lo? E, se isso não acontecer espontaneamente, há alguma sanção correspondente? (IBDFAM, 2013)

Relativo aos poderes-deveres inerentes às autoridades parentais, pautado, sobretudo, na responsabilidade dos pais, não há dúvidas de que o descumprimento de tais funções é gerador de responsabilização civil, desde que causem um dano ao filho, principalmente na sua integridade psíquica (IBDFAM, 2013).

Hironaka (IBDFAM, 2013) afirma que:

O risco de o abandono afetivo transformar-se em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto certamente existe, mas o Poder Judiciário pode evitá-lo, desde que, a cada caso concreto, se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno, ou materno. Afinal, o perigo da banalizar-se a indenização reside em não se compreender, exatamente, na exposição concreta de cada pretensão, o verdadeiro significado da noção de abandono afetivo, o verdadeiro substrato do pedido judicial em questão. É por isso que as corajosas e inovadoras decisões analisadas – que têm tudo para exercer a sua função maior de alterar paradigmas e valorações no Direito contemporâneo – bem podem, infelizmente, abrir um precedente nefasto, se os seus fundamentos forem utilizados em casos dessemelhantes e mal intencionados, o que pode gerar odiosa avalanche a desencadear uma verdadeira indústria indenizatória do afeto.

No que tange à obrigação dos pais em cumprir os deveres impostos, trata-se de um relacionamento que envolve responsabilidade dos pais em relação à vida do filho. E para que isso aconteça, faz-se necessário a presença, o afeto, o limite, a segurança, a proteção - enfim, atributos que não se esgotam no dever de sustento e no pagamento de alimentos. É necessário o exercício de paternidade e de maternidade em grandeza, com tempo, determinação, dedicação, disponibilidade, trabalho, etc.

2.4.1 Natureza jurídica da responsabilidade civil

Sobre a natureza jurídica da obrigação de indenizar Filho (2009, p. 03) tem o seguinte posicionamento:

Segundo certa nomenclatura as obrigações podem repartir-se em voluntárias e legais. As primeiras são aquelas criadas por negócios jurídicos, trata-se de contratos ou não, em função do princípio da autonomia da vontade. Obrigações, em suma, que existem porque as partes quiseram que elas existissem e que têm justamente o conteúdo que lhe quiseram imprimir. As segundas são as obrigações impostas pela lei, dados certos pressupostos; existem porque a lei lhes dá vida e com o conteúdo por ela definido. A vontade das partes só intervém como condicionadora, e não como modeladora dos efeitos jurídicos estatuídos na lei. Pois bem, a obrigação de indenizar é legal, vale dizer, é a própria lei que determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste.

Não há responsabilidade civil sem que ocorra violação a dever jurídico pré-estabelecido, tendo em vista possuir natureza sucessiva. Ademais, é imprescindível identificar o agente causador do dano para obter a reparação do ato por meio da indenização.

O ato que causa o rompimento do equilíbrio jurídico econômico existente que enseja a recomposição ao estado anterior (*status quo ante*) é o ato ilícito, que tem por definição ser o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente, ensejando para este, quando acarreta dano para outrem, o dever de responder pelas consequências jurídicas daí decorrentes (FILHO, 2009).

Na intenção de responder suficientemente à tutela invocada, a forma encontrada pelo Estado-Juiz é a indenização pecuniária, mais no sentido sancionatório do que precisamente reparador, visto que, dificilmente, após ter se estabelecido o litígio, as partes tenham probabilidade de estabelecerem laços de afetividade. (SCHUH, 2006).

Pressupõe-se, que o autor da ação antes de “bater à porta do Judiciário”, já bateu, sem obter êxito, “à porta do seu genitor”. Nestas situações, a condenação do réu ao pagamento da pecúnia terá menos o cunho de reparação do prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório, de modo a desmotivar toda e qualquer atitude semelhante. Seria uma resposta à sociedade e serviria de alerta àqueles pais quem não cumprirem a sua paternidade responsável (SCHUH, 2006).

2.4.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

A responsabilidade subjetiva extracontratual funda-se na culpa ou dolo do agente, mediante atos comissivos ou omissivos que causem dano a alguém, caso em que a sua prova “[...] será necessária para que surja o dever de reparar [...]” (DINIZ, 2003, p. 120).

Esse tipo de responsabilidade somente se configura se presentes três elementos indispensáveis, quais sejam: a culpa, caracterizada por uma conduta voluntária, dolosa ou culposa do agente; o dano, pois só haverá a obrigação de reparação se houver um dano efetivo; o nexo causal entre ambos.

A culpa em sentido amplo compreende o dolo, que consiste em uma ação ou omissão voluntária danosa, uma “[...] vontade consciente de violar o direito [...]” (DINIZ, 2003, p. 42) e a culpa em sentido estrito, que consiste na imprudência, imperícia e negligência, caracterizada pela “[...] inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento [...]”. (DINIZ, 2003, p. 42).

Segundo Filho (2008, p. 18), “a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar”. Maria Helena Diniz (2003, p. 40) discorre sobre a responsabilidade subjetiva:

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente.

O art. 186 do Código Civil de 2002 prevê a configuração de ilicitude quando decorrente de atos comissivos ou omissivos voluntários, negligentes ou imprudentes que causem dano a alguém, “[...] ainda que exclusivamente moral”. Já o art. 927 do mesmo diploma legal declara que o dano causado a outrem cometido por ato ilícito deverá ser compensado.

Cumpra ressaltar a importância do nexo de causalidade para que se verifique se há efetiva ligação entre a conduta do agente e o resultado danoso. Afirma Cavalieri (2008, p. 83) não basta “que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso ter esse dano sido causado pela conduta ilícita do agente, existindo entre ambos uma necessária relação de causa e efeito”.

Vale esclarecer que o dano é uma lesão a um direito protegido. Afirma Cavalieri (2008) que o dano moral nada mais é do que agressão à dignidade humana, só devendo ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, “fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”. (CAVALIERI, 2008, p. 83-84)

Ademais, dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal estão a honra, a intimidade, a imagem e a vida privada. Para tanto, o inciso X do art. 5º assegura a todos “[...] o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, funda-se no risco, configurando-se igualmente se presentes a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade. Ocorre que não há que se falar em culpa, isto é, o agente responderá pelo dano independentemente de culpa.

Como afirma Cavalieri (2008, p. 136), “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”. Para Diniz (2003, p. 51), a responsabilidade objetiva incide na:

[...] obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.

Há também a hipótese em que uma outra pessoa, diversa da que causou o dano, tenha que responder por ele. É o caso da chamada responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, de coisas animadas ou inanimadas, em que excepcionalmente “alguém responderá, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal” (DINIZ, 2003, p. 463), ou “[...] de fato animal e de coisas inanimadas sob sua guarda” (DINIZ, 2003, p. 120).

A responsabilidade objetiva encontra-se expressamente prevista (como por exemplo, os arts. 931, 932, 933, 936, 937 e 938, do Novo Código Civil ou o art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Tem-se rol taxativo, primordialmente quando a atividade do agente implica risco (art. 927, parágrafo único, do mesmo diploma legal e arts. 12 e 14, do Código de Defesa do Consumidor).

Entende-se que, para o caso em que se cogita a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, tem-se a responsabilidade subjetiva, sendo necessária a configuração da conduta culposa reprovável por parte do genitor, qual seja o abandono, para que se apure a existência de dano ao filho e se ambos estão relacionados.

2.4.3 Conduta culposa

Compreende-se a conduta culposa pela inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar, em omissão ou ação, que cause dano a outrem. Possibilita-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, com a realização de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível (FILHO, 2010).

Duas são as modalidades de culpa: *in vigilando* que se trata do dever de vigilância, e *in eligendo*, que se trata do dever de escolher (IBDFAM, 2013). Para a caracterização do dano moral é necessária a comprovação da culpa do genitor, sendo ele guardião ou não. Ela é observada quando o genitor deliberadamente se nega a conviver com o filho, não participando de seu desenvolvimento de forma negligente, quando o deveria fazer, pois são deveres oriundos do poder familiar (HIRONAKA, *Apud*, PEREIRA, 2006).

A negligência dos pais não só tortura o filho como lhe privam de suas condições de sobrevivência, (*JUS NAVIGANDI*, 2013). Villaça (2004) é taxativo ao dizer que tal comportamento merece punição severa por parte do Poder Judiciário, buscando não a preservação do amor ou a obrigação de amar por ser impossível, mas a responsabilização pelo trauma moral da rejeição e da indiferença gerado pelo descumprimento do dever de cuidado.

Tem se observado uma grande preocupação com a monetarização do afeto, mas Cunha (IBDFAM, 2013) afirma que: será uma vitória da ética sobre a moral quando o Direito de Família conseguir desatrelar de vez a noção de culpa, tão paralisante do sujeito e substituí-la pela noção de responsabilidade.

2.4.4 Nexo causal

O nexos causal é considerado o segundo pressuposto da responsabilidade civil. Em tese, deve ser o primeiro elemento a ser questionado na demanda judicial, tendo em vista que não há responsabilidade civil sem o liame existente entre a conduta do agente e o dano na vítima.

Segundo Filho (2009, p. 45) “ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano”.

Por sua vez, Stoco (2004, p. 146) mostra a importância desse elemento na responsabilidade civil:

Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta, ainda, que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar. É necessário, além desses dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado. O nexos causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.

O nexos causal é um pressuposto indispensável na responsabilidade civil. A sua ausência exige qualquer dever de indenizar. Assim, pode-se dizer que há casos em que não precisa do elemento culpa na responsabilidade, como acontece na

objetiva, mas o nexo de causalidade sempre estará presente para imputar a alguém a obrigação de reparar um dano. (FILHO, 2009, p. 46) Segundo Filho:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal.

Considera-se nexo causal como o vínculo, a ligação da relação de causa e efeito entre a conduta voluntária do homem com o resultado realizado. Apesar de parecer uma questão fácil de ser debatida, a configuração do nexo de causalidade necessita de uma apreciação mais robusta na responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2003).

Diferentemente não é nos casos de responsabilidade por abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. Há certa dificuldade de comprovar que a conduta dos pais ao abandonarem seus filhos causou danos aos mesmos. No entanto, quando o Judiciário e a sociedade apreciarem a demanda desse assunto, devem analisar os fatos que envolvem a questão jurídica e utilizarem todos os instrumentos judiciais quando for necessário como, por exemplo, uma perícia. Esse entendimento é corroborado por Hironaka (IBDFAM, 2013):

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno.

Destarte, analisando os argumentos alhures mencionados conclui-se que o elemento nexo causal está presente no abandono afetivo, sendo a ligação da conduta do pai e o dano causado no filho. Assim, considera-o como pressuposto

indispensável. Por fim, será analisado a seguir o último pressuposto da responsabilidade civil, qual seja: o dano.

2.4.5 Dano

O dano lesão configura quando sofrido pelo ofendido, em seu complexo de valores protegidos no Direito, seja em sua própria pessoa – moral ou física – seja quando à seus bens ou seus direitos. É a perda ou redução, total ou parcial, de componente ou de expressão, elementos de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais (BITTAR, 2010).

Leciona o magistrado Melo (2005, p. 49) que:

Dano é a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo.

Segundo o autor Filho (2010, p. 71): “o dano é uma lesão que uma pessoa sofre em virtude de um evento, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. Já para Venosa (2011, p. 43), dano moral: “é a lesão que afeta o ânimo psíquico, intelectual e moral da pessoa, observando ainda que possa ser apurado mesmo que não percebível em distúrbios psicológicos”.

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto. Então, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

O dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, o dano é a lesão ao patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em

dinheiro. O dano será determinado tendo em vista a diminuição sofrida pelo patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.

Igualmente, nenhuma indenização será devida se o dano não for atual e certo. Atual é o dano que já existe no momento da ação de responsabilidade, e certo, significa que o dano é fundado sobre um fato preciso e não sobre uma hipótese. O requisito da certeza do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar (GONÇALVES, 2009).

Assim, é indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da Responsabilidade Civil. Logo, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja ele patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Note-se que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos ou seja, interesses extrapatrimoniais, a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral (FILHO, 2010).

Para que o dano seja efetivamente reparável, é necessária a conjugação dos seguintes requisitos: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, pois todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito; a certeza do dano, pois somente o dano certo e efetivo, é indenizável, de forma que ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético; e a subsistência do dano, ou seja, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da Responsabilidade Civil.

Desta forma, o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante. Esses são os requisitos básicos para que se possa atribuir o qualificativo “reparável” ao dano (FILHO, 2010).

A problemática do dano causado no abandono afetivo pode ser analisada sob dois ângulos. O primeiro defende as consequências da ausência de um dos genitores na futura personalidade do filho abandonado, pois quando ainda criança, a Psicologia tem defendido que os traumas afetivos, padecidos na primeira infância, só aparecem como manifestações neuróticas, e que ao ingressar na adolescência, os acompanhará até a vida adulta (SANTOS, 2010).

O dano causado pelo abandono afetivo é psicológico, danificando suas esferas afetivas, intelectual e volitiva, limitando sua capacidade de gozo individual, familiar, atividade laborativa, social e recreativa. O ponto seguinte a ser analisado surge do dano sofrido pelo filho humilhado ou pelo fato de ser colocado em situações vexaminosas por rejeição deliberada de seu genitor (SANTOS, 2010).

No fato em que configura o abandono afetivo, cabe ao lesado demonstrar a sua existência, e necessário se faz a comprovação da culpa do genitor não guardião, que por sua vez, deve ter se ocultado à convivência com o filho, e determinadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade de forma negligente ou imprudente (IBDFAM, 2013).

3 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STJ

O tema referente ao abandono afetivo na filiação e o conseqüente dever de reparação é relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, não havendo legislação específica para regulação da matéria. Assim, no momento em que os magistrados e tribunais vão julgar as demandas interpostas perante o Judiciário, a doutrina passa a ser uma importante fonte de auxílio.

Vale salientar, porém, que não há consenso acerca da sanção a ser aplicada aos pais que, por omissão, descumpriram alguns dos deveres decorrentes do poder familiar. Diante disso, há duas decisões do Superior Tribunal de Justiça que merecem destaque.

3.1 Recurso Especial n. 757411/MG STJ

A questão da Responsabilidade Civil por abandono afetivo é tema recorrente em nossos tribunais. No Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial n. 757.411-MG, é considerado paradigma acerca deste assunto, na medida em que enfrentou o tema em todos os seus aspectos mais importantes.

O processo em espécie tratou de um pedido de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo, sofrido pelo filho em relação ao pai. Alegava o autor que, desde o divórcio dos pais, o genitor não vem cumprindo seu dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando entrar em contato com ele, apesar de cumprir a obrigação alimentar.

Ademais, sustentou o autor que não teve a oportunidade de conhecer e conviver com a irmã unilateral, e que fora ignorado pelo pai quando tentou se aproximar. Aduziu também que o pai não participou de ocasiões importantes de sua vida, e em algumas outras situações, causando-lhe extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa e culposa que ensejaria reparação.

O pai, por sua vez, aduziu ser a demanda judicial fruto do inconformismo da mãe do filho, com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretendia a redução da verba alimentar. Sustentou, ainda, que logo após a separação, chegou a conviver com o filho, permanecendo com ele nos finais de semana.

Entretanto, a mãe do garoto passou a realizar telefonemas insultosos e a dar instruções ao filho para agredir a irmã unilateral, o que tornou o convívio familiar quinzenal insuportável. Informou, por fim, que realizou diversas viagens pelo Brasil e pelo exterior, o que comprometeu ainda mais o convívio entre eles. Ressaltou que embora não tenha participado da aprovação no vestibular ou da formatura do autor, sempre demonstrou incentivo e alegria por telefone, não tendo ocorrido, portanto, nenhum ato ilícito.

Em primeira instância, o Juiz de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial sob o argumento de que o laudo psicológico não estabeleceu correlação entre o afastamento do pai e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo filho, além de não ter detectado, o referido laudo, sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual fracasso do laço paterno-filial.

Por fim, o juízo de primeira instância relatou, ainda, que, em que pese tivesse ocorrido resistência paterna em conviver com o filho e sendo tal situação suficientemente penosa para lhe afetar o estado anímico, não foi o suficiente para comprometer o desempenho do filho em atividades curriculares e profissionais, estando o filho plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó. Ademais, o filho teria demonstrado, no estudo social realizado no processo, indignação quanto à redução da pensão alimentícia solicitada pelo pai judicialmente, o que indicaria o propósito pecuniário do autor de se ver ressarcido por tal situação. Indicou, ainda, que não se colheu do conjunto probatório descaso intencional do genitor para com a criação do filho, de forma a caracterizar o estado de abandono que trata o art. 395, inciso II do Código Civil, que determina a perda do pátrio poder. Lembrou, ainda, o juízo de primeira instância que:

[...] Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais deu provimento ao recurso para condenar o pai a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do pai, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.

Apresentado Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, aduziu o ora recorrente que não estavam presentes os elementos constitutivos do ato ilícito de modo a embasar uma condenação. Afirmou que as dificuldades oriundas da separação conjugal e de sua atividade profissional são fatos normais da vida, não havendo que se falar em dolo ou culpa. Em contrarrazões, o recorrido afirmou ser irretocável a decisão objeto do recurso. O parecer da Subprocuradoria-Geral da República foi pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo não provimento.

O Excelentíssimo Senhor Ministro iniciou seu voto discutindo a defesa do dano moral como indenizável. Explicou que os que defendem a inclusão do dano moral como indenizável, reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que a indenização tem por objetivo atender à função punitiva e dissuasória, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele e para a sociedade que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave.

Em seguida, o relator apresentou sua opinião sobre o tema, discordando da corrente doutrinária que defende a indenização, sustentando que o abandono ou o descumprimento do dever de sustento, guarda e educação dos filhos é uma atitude reprovável e deve, sim, ser punida. Porém, a legislação prevê como punição para tal situação a perda do poder familiar, que é a pena civil mais grave imputada a um pai, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 24), quanto no Código Civil, em seu art. 1.638, inciso II. Desta forma, o ordenamento jurídico já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não concordam com a situação apresentada.

Sobre o tema, Diniz (2009) complementa o ponto de vista do ministro relator, afirmando que se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar

seus filhos perderão o poder familiar (Código Civil, art. 1.638, inciso II), sofrerão as sanções previstas no Código Penal (arts. 244 e 246) para o crime de abandono material e intelectual dos menores e, ainda, arcarão com a responsabilidade civil pelo dano moral causado aos filhos, relativamente aos seus direitos da personalidade.

No processo, o Ministro relator salientou que é preciso levar em conta todo o contexto das situações descritas no processo, pois na situação ora analisada, foi constatado que havia um sentimento de indignação do filho pelo pedido judicial do pai para reduzir a pensão alimentícia, e que a mãe havia influenciado o filho, em tais sentimentos, desde a época da separação.

O doutrinador Gonçalves (2009) relembra, em sua obra sobre responsabilidade civil, que esta questão é sensível, e que os juízes devem ser cautelosos ao analisar cada caso, pois se deve evitar que o Poder Judiciário seja usado como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no cuidado com os filhos.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Barros Monteiro, em que pese tenha sido voto vencido, divergiu do entendimento do ministro relator, não conhecendo do recurso e aduzindo que o Tribunal de origem condenou o réu por entender que houve dano sofrido pelo filho em sua dignidade, além de reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho.

O STJ finalizou que daí decorre uma conduta ilícita por parte do genitor, que além do dever de assistência material, têm o dever de dar assistência moral ao filho, convivendo, acompanhando e dando o necessário afeto. Desta forma, concluiu ser devida a indenização por entender presentes a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, e, entendeu que a destituição do poder familiar não interfere na indenização por dano moral, sendo ambas devidas.

Outro questionamento levantado pelo Ministro relator foi que a condenação à indenização poderia gerar um ambiente familiar ainda mais difícil para qualquer futura reconstrução do relacionamento paterno-filial, criando uma barreira erguida em função do processo litigioso. Questionou, por fim: “Quem sabe admitindo a

indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]”.

Concluiu o Ministro Fernando Gonçalves, que o deferimento do pedido não atenderia ao objetivo da reparação financeira, pois o filho recebia pensão alimentícia, e nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, pois estes são obtidos por meio da punição prevista no Código Civil, ou seja, a perda do poder familiar.

Assim, o Ministro relator concluiu pelo conhecimento e provimento do recurso, para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral, por entender que escapa ao arbítrio do judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, pois nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização.

Em seu voto no Recurso Especial, Ministro Aldir Passarinho Junior ressaltou em seu voto o entendimento de que, nas relações de família, mesmo as questões dolorosas resolvem-se no Direito de Família, exclusivamente. E defende a aplicação da perda do poder familiar, lembrando que tal pedido não foi feito no caso ora analisado, nem mesmo pelo Ministério Público. Disse o Ministro:

Na hipótese de perda do pátrio poder, a tutela é dada em substituição, nos termos do art. 406, I, também do Código Civil anterior. Parece-me, pois, que não é hipótese de ato ilícito. Não é dessa forma que se enfrentaria tal situação. A legislação de família prevê institutos específicos, inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos. Aqui, ressalto, foram prestados os alimentos.

Por sua vez, o Ministro Cesar Asfor Rocha que também acompanhou o voto do relator, alegou que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes mais fortemente a outros ramos do direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações.

Explicou ainda que esta conclusão decorre da compreensão de que tem a família uma importância protegida pela Constituição pois é extremamente importante para a formação do próprio Estado. Desta forma, seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material . Por isso, por maior que tenha sido a dor do filho, a consequência que o pai poderia vir a sofrer seria unicamente referente a alimentos, e no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder.

3.2 Recurso Especial n. 1159242/SP STF

Em recente Decisão proferida pela Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal ocorreu uma alteração na jurisprudência da Corte, uma vez que, segundo tal decisão é possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais.

A autora ajuizou uma ação contra o pai, após ter obtido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, tendo o juiz entendido que o distanciamento se deveu ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), porém, reformou a sentença. Em apelação, afirmou que o pai era “abastado e próspero” e reconheceu o abandono afetivo. A compensação pelos danos morais foi fixada em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

No STJ, o pai alegou violação a diversos dispositivos do Código Civil e divergência com outras decisões do tribunal. Ele afirmava não ter abandonado a filha. Além disso, mesmo que tivesse feito isso, não haveria ilícito indenizável. Para ele, a única punição possível pela falta com as obrigações paternas seria a perda do poder familiar.

Para a Ministra Nancy Andriahi, relatora do processo, não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral:

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções –, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Ainda de acordo com a relatora do processo a interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal balizam o entendimento que o tema dos danos morais é tratado de forma ampla e irrestrita, sendo correto admitir que regula até mesmo o Direito de Família. Segundo a Ministra: “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”.

A Ministra apontou que, nas relações familiares, o dano moral pode envolver questões extremamente subjetivas, como afetividade, mágoa, amor e outros. Isso tornaria bastante difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável: dano, culpa do autor e nexo causal. Porém, deve-se levar em consideração os vínculos objetivos, para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas, como o caso da paternidade, que segundo a ministra, o vínculo, seja biológico ou por adoção, sempre decorrerá de ato da vontade do agente, acarretando para os indivíduos que contribuíram para o nascimento ou adoção a responsabilidade por suas ações e escolhas.

Para a relatora, o afeto e o cuidado são valores que devem repercutir no âmbito da responsabilidade civil, uma vez que é fator essencial para o desenvolvimento da criança. Explica a ministra Nancy Andrichi:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

Finalizando sobre o assunto:

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

A Ministra, em seu relatório, ressaltou que o ato ilícito deve ser demonstrado, assim como o dolo ou culpa do agente. Dessa maneira, não bastaria o simples afastamento do pai ou mãe, decorrente de separação, reconhecimento de orientação sexual ou constituição de nova família. Assim, se evidenciado argumentos e motivos que impossibilitarem o cuidado por um dos genitores, deve-se excluir a ilicitude civil, cabendo ao juiz analisar a questão diante dos casos concretos.

No caso que fora analisado, a Ministra observou que a filha fora tratada como “filha de segunda classe”, pois não foram oferecidas a ela as mesmas condições de desenvolvimento recebidas pelos filhos posteriores do genitor, porém os sentimentos de mágoa e tristeza advindos da negligência paterna perduraram. Segundo a relatora:

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

A sentença estabelecida pelo TJSP foi reformada apenas no valor fixado, sendo reduzido para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). No julgamento ficou vencido o Ministro Massami Uyeda, que divergiu da maioria.

A obrigação dos pais não é meramente patrimonial, pois o poder familiar além da questão patrimonial contempla os deveres de educação, de convivência que tem fundamento afetivo.

Ser pai implica numa série de responsabilidades. Esta inovação do ordenamento jurídico brasileiro exhibe uma nova exigência da sociedade que impõe uma participação mais ativa do pai na criação dos filhos.

A ausência voluntária e injustificada do pai na vida de seu filho não pode ser perpetuada sem que haja nenhuma forma de repressão sob pena de que se torne aceitável o abandono afetivo deliberado. O mero pagamento de pensão não isenta os genitores das demais responsabilidades a eles impostas pelo poder familiar.

O dever da afetividade exaustivamente invocado nesta pesquisa é de real importância nas relações de filiação, constituindo, a partir de uma interpretação mais cuidadosa das normas, um direito do filho a fim de evitar sequelas em sua criação. Os pais que se negam ao exercício completo da paternidade incorrem em ato ilícito, violando o poder familiar a ele delegado, o princípio da afetividade, além de macular a dignidade de seu próprio filho.

Essa postura, gera danos morais e psíquicos no filho, e esses danos são passíveis de reparação posto que é um dano profundo e de sequelas vitalícias no filho abandonado. Conclui-se, portanto, que o afeto é direito do filho, e por isso deve ser tutelado juridicamente pelo Estado, e que os danos gerados pelo abandono afetivo praticado pelo pai devem ser alvo de responsabilização civil passível de reparação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é o começo, é onde se aprende as noções básicas de educação, os limites e os parâmetros. É também o berço das concepções mais morais do Direito, as mais arraigadas em questões de ordem social e emocional.

Tendo em vista a temática escolhida envolver um campo vasto e complexo, não há a pretensão de encerrar um conceito definitivo. Ao contrário, visa-se apenas traçar linhas gerais acerca de tão importante tema jurídico e social.

A realização deste trabalho foi inspirado no estudo da evolução do Direito de Família e das relações existentes entre pais e filhos dentro da sociedade do século passado até os dias atuais, demonstrando-se de forma clara o desenvolvimento do Direito e das relações afetivas, com enfoque no princípio da dignidade da pessoa humana.

Desde a promulgação da Carta Maior de 1988, importantes e necessárias alterações no Direito de Família foram realizadas por meio do surgimento do princípio da igualdade de filiação, onde se destacou vigorosa mudança de valores nas relações familiares, influenciando na determinação de uma nova paternidade derivada do carinho e afeto.

A Constituição Federal de 1988 passou a contemplar a entidade familiar resultante da união estável, admitindo laços jurídicos resultantes dessas relações em relação aos filhos concebidos e seus descendentes. Desde então, independente da origem da filiação, não importando se decorrente ou não do casamento entre os cônjuges, vigora o princípio constitucional da igualdade absoluta do direito entre os filhos, incluindo os filhos adotivos, que também passaram a fazer parte das relações familiares.

A intenção do legislador passou a ser direcionada à boa convivência entre pais e filhos, visando especificamente proteger a integridade do menor e do adolescente nas mais diversas esferas. O modelo igualitário de família contrapôs-se ao Código Civil anterior, que não regulava as relações não contempladas pelo casamento. A procriação passou a gerar efeitos jurídicos e obrigações dos pais para com os filhos concebidos.

A solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas e a formação das famílias, passaram a serem elementos fundamentais para que houvesse uma mudança significativa no modelo jurídico da Constituição Federal Brasileira, que inovou no tocante ao Direito de Família, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também a união estável e a monoparental, tão comuns nos dias de hoje dentro da sociedade, incluindo os filhos concebidos dentro de qualquer relação entre os cônjuges.

No novo padrão normativo, a criança e o adolescente passaram a merecer destaque dentro da família, cuidando o legislador de criar formas de viabilizar o desenvolvimento e a formação da personalidade dos mesmos, conduzindo-os à maioridade de maneira mais consciente, com responsabilidade para tornarem-se cidadãos capazes de gozar direitos fundamentais dentro da sociedade.

O afeto é um dos aspectos mais importantes na relação paterno-filial, é o elo emocional entre eles. Entretanto, nestas relações, nem tudo é somente afeto, pois poderíamos incorrer no erro de julgar pais e mães por comportamentos que fazem parte do cotidiano moderno, e que não são alcançáveis pelo Direito.

Os pais que abandonam seus filhos fazem com que eles carreguem consigo marcas por toda a vida, e tal fato o Direito não nega. Contudo, há de se zelar pela boa aplicação do Direito e mais ainda pelo Direito de Família, no qual os valores morais e as relações interpessoais são muito importantes.

Somente a partir do paradigma familiar poder-se-á buscar a realização da Justiça. Indenizar indiscriminadamente todo e qualquer filho por eventuais abandonos afetivos realizados por seus pais não repara a dor destes e filhos nem possibilita a manutenção do ambiente familiar.

Mais uma vez, não se põe fim ao tema, pois cada caso demandará do Poder Judiciário uma decisão própria e adequada. A impossibilidade, no caso analisado, de indenização por dano moral em decorrência de abandono afetivo, mostrou-se extremamente pertinente e correta, pois se demonstrou, no processo, que de nada adiantaria uma indenização, pois nenhuma das partes seria realmente ressarcida por qualquer dano que lhe tenha sido causado.

Quanto aos deveres paternos de cuidado e zelo quanto aos seus filhos, não se pode esquecer que, como no caso ora analisado, muitas vezes diversos fatores externos impedem a plena realização da criação dos filhos.

Apenas a análise detida de cada caso em concreto possibilitará que, em algum caso, em que realmente se comprove o dano moral e a intenção de seu autor em causar o dano, seja possível tal indenização.

Enquanto isso, mais certo será garantir a preservação do ambiente familiar, que não é perfeito, como ocorrem em todas as relações humanas, interferindo, o Judiciário, apenas naqueles casos em que se julgar ter havido um dano real e significativo, a ponto de ser melhor uma indenização financeira do que a possibilidade de manutenção da vida familiar.

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir pela não possibilidade de indenização por abandono moral no Recurso Especial 757411/MG, recebeu fortes críticas de seus opositores. Entretanto, com a recente decisão no Recurso Especial 1159242/SP, visualizou-se uma mudança no posicionamento do Tribunal que se manifestou de forma ponderada e sensata frente ao caso concreto.

Entende-se que o abandono afetivo constitui ato ilícito passível de reparação na ordem moral. A condenação, ainda que seja pelo desamor, uma vez que tenha causado prejuízo manifesto à dignidade do filho rejeitado, mostra-se como melhor alternativa para compensar um dano ainda que manifestamente moral.

Porém, os casos de indenização por abandono afetivo não devem se disponibilizar de forma desarrazoada ou desapegada da realidade. Ao contrário, deve o operador do direito moderno preocupar-se com um efetivo e fluente diálogo da importância do afeto como característica integrante do ser humano, e o seu elemento negativo, ou seja, o abandono.

A indenização por abandono afetivo não pode servir como uma busca de um lucro fácil, frente ao descaso de um genitor com seu papel de ascendente, nem mesmo como uma busca de vaidade ou meramente de vingança. A reparação deve ser vista como nos outros campos do direito onde a violação gera um ato ilícito passível de indenização.

Desta forma, deve haver a reparação do dano pela falta de afetividade, não para que insurja um afeto que já não se fazia presente na relação familiar, mas que gradativamente seja estabelecida uma consciência de genitores mais responsáveis com a importância que o afeto determina na vida de uma personalidade em formação.

Para que o filho não sirva meramente como objeto na relação conjugal ou extraconjugal, mas que principalmente sejam respeitados os direitos mais importantes de um ser humano. Ademais, o Direito de Família se reafirmou como ramo do Direito Civil a ser estudado de forma a levar em consideração suas peculiaridades e valores, para que, mais uma vez, diminuam-se as chances de se cometer injustiças.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

BALLONE, G. J. Afetividade. **PSIQWEB**. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=62>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto. *Site IBDFAM*. Del Rey. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textid=40>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BARROS, Washington de. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

BASTOS, Eliene Ferreira. **A responsabilidade pelo vazio do abandono: família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal, 2008.

_____. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recurso Especial. Direito de família. Guarda de menor pleiteada por avós. **RESP 945.283 – RN (2007/0079129-4)**. Segunda Câmara Cível. Relator: Luis Felipe Salomão. Caicó, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6328708&sReg=200700791294&sData=20090928&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. **RESP 757.411 - MG**. Quarta Turma. Câmara Cível. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Uberaba, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://diario.tj.es.gov.br/2009/20090930.pdf> >. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível. Reivindicação da paternidade - exame de *ácido desoxirribonucleico* comprobatório. **1.0024.05.737489-4/002**. Quarta Câmara Cível. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte, 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt_processo=737489&complemento=2&sequencial=0&paIavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Indenização por dano moral. **SFVC 70026680868 2008/CÍVEL**. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Canela, 25 de março de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ações de anulação de registro de nascimento e investigação de paternidade... **JAST 700078765682003/CÍVEL**. Oitava Câmara Cível. Relator: José S. Trindade. Giruá, 22 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Estatuto da criança e do adolescente... **JCSJ 70029624723 2009/CÍVEL**. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Vera Cruz, 22 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Investigação de paternidade socioafetiva cumulada com petição de herança... **LFBS 70016362469 2006/CÍVEL**. Sétima Câmara Cível. Relator: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. sEBERI, 13 de SETEMBRO de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Indenização por danos materiais e morais... **JCSJ 70029285277 2009/CÍVEL**. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Rosário do Sul, 24 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 20 out. 2016.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista brasileira de direito de família**. [Belo Horizonte]: Instituto Brasileiro de Direito de Família; [S.l.]: IOB Thomson, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, p. 3, 04 fev. 2006.

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

ELAINE. Direito de família. **Shvoong**, Israel, dez. 2007. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1733516-direito-fam%C3%ADlia/>>. Acesso em: 02 out. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1992.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Malheiros Meditadores, 9 edição, 2009.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2003.

GOMES, Eddla Karina. **Responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação**. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 21 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?institucional>>. Acesso em: 20 out. 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Descumprimento do dever de convivência**: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 402-432.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito e responsabilidade**: Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005.

_____. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Site do **IBDFAM**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>> Acesso em: 20 out. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. *Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. *Jus Navigandi*, Teresina, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Socioafetividade no direito de família**: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista brasileira de direito das famílias*, Porto Alegre, n. 5, p. 6, ago./set. 2008.

LOMEU, Leandro Soares. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite**: diálogos sobre ponderação. **IBDFAM**, 07 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?institucional>>. Acesso em: 20 out. 2016.

MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/novo/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família e psicanálise**/ Rumo a uma nova epistemologia: Rio de Janeiro: Imago, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Rafaela Ferreira; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade sócio-afetiva**: o afeto faz apelo à paternidade. Belo Horizonte, [200-]. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1209&Itemid=83>. Acesso em: 20 out. 2016.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Indenização por Abandono Afetivo**. Juliana e Fernando Gontijo Advogados Associados. Disponível em: <<http://www.gontijofamilia.adv.br/tex252.htm>> Acesso em: 20 out. 2016.

SARMENTO, Roselaine dos Santos; LUZ, Antônio Fernandes da (Coord.). **Família e Jurisdição II**, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista brasileira de direito de família**. [Belo Horizonte]: Instituto Brasileiro de Direito de Família; [S.I.]: IOB Thomson, v. 8, n. 35, p. 53-77, abr./maio 2006.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. **ArpenRJ**. Disponível em: <http://www.arpenrio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2270&Itemid=83>. Acesso em: 20 out. 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas do direito civil**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 1, p. 37-53, abr./jun. 2006.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERRA, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos; LISOWSKI, Carolina Salbego. **Estatuto da criança e do adolescente**: direitos fundamentais e viabilidades protetionais. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/carolina_salbego_lisowski.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.