



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO DE LIMA BARRETO

**AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER: UMA ANÁLISE
ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO**

Salvador

2019

RODRIGO DE LIMA BARRETO

**AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER: UMA ANÁLISE
ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M. Antônio Lago Junior

Salvador

2019

RODRIGO DE LIMA BARRETO

AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Antônio Lago Junior

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Examinador: Leandro Reinaldo da Cunha

Pós-doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador: Mauricio Requião de Sant'Ana

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Inúmeras pessoas contribuíram para essa longa, porém prazerosa jornada que é o desenvolvimento de um trabalho de conclusão de curso. O espaço não permitiria citar todas elas.

Assim, gostaria de agradecer a minha família, em especial aos meus pais, Celenice e Reginaldo, por sempre me incentivarem a continuar em frente, apesar das dificuldades e a minha amada e eterna companheira de vida, Claudiane, por toda a compreensão pela minha ausência ao longo dessa caminhada.

Em especial, agradeço imensamente ao Professor Lago, pela imensa atenção dedicada a mim, raras são as pessoas que verdadeiramente se dedicam aos outros e o Professo Lago é uma delas.

Por fim, não poderia deixar de agradecer a Defensoria Pública do Estado da Bahia e a minha supervisora de estágio, Cristina Ulm, por todo esse aprendizado diário e por me ensinarem a lutar por uma Justiça cada vez mais humana.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – ARTIGO

Arts. - ARTIGOS

CC – CÓDIGO CIVIL DE 2002

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ECA- ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

IBDFAM – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Resumo

Buscou-se com o presente trabalho uma análise acerca da (im) possibilidade da responsabilização civil por abandono afetivo. Para esse fim o trabalho foi dividido em 3 (três) capítulos. Inicialmente, analisou-se o papel e a evolução da afetividade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que o afeto passou de um valor moral para a categoria de princípio jurídico. Outro aspecto estudado diz respeito a questão da responsabilidade civil no Direito de Família, bem como suas implicações neste ramo do Direito. Por fim, analisou-se o abandono afetivo e a possibilidade de responsabilizar o genitor (a) que não cumpriu os deveres de cuidado e afeto em relação a prole. A metodologia que se utilizou compreendeu a pesquisa bibliográfica e documental, assim como utilizou-se, com relação aos objetivos projetados, a pesquisa exploratória. Por fim, concluiu-se que é possível a responsabilização por abandono afetivo do genitor (a) que não cumpriu com os deveres impostos pelo ordenamento.

Palavras-chaves: família, afeto, responsabilidade civil, dano moral.

Abstract

This study aimed to analyze the possibility of civil liability for affective abandonment. For this purpose purpose the work was divided 3 (three) chapters. Initially, we analyzed the role and evolution of affectivity within the Brazilian legal system, demonstrating that affection has changed from a moral value to a category of legal principle. Another aspect studied concerns the issue of civil liability of family law, as well as its implications in this branch of law. Finally, we analyzed affective abandonment and the possibility of holding the parents responsible for not fulfilling the duties of care and affection in relation to offspring. The methodology used comprised bibliographic and documentary research, as well as exploratory research was used in relation to the projected objectives. Finally, it was concluded that parents can be held responsible for the abandonment of affection for not fulfilling the duties imposed by the system law.

Keywords: family, affection, civil responsibility, moral damage

SUMÁRIO

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | A AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 11 |
| 2.1 | Histórico e características..... | 11 |
| 2.2 | Princípios norteadores do direito de família | 16 |
| 2.2.1 | Princípio da dignidade da pessoa humana | 17 |
| 2.2.2 | Princípio da liberdade..... | 19 |
| 2.2.3 | Princípio da Igualdade | 21 |
| 2.2.4 | Princípio da solidariedade familiar | 22 |
| 2.2.5 | Princípio da proteção integral da criança..... | 21 |
| 2.3 | A afetividade é um princípio?..... | 24 |
| 3. | CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA | 29 |
| 3.1 | Panorama sobre a teoria geral da responsabilidade civil..... | 31 |
| 3.2 | A responsabilidade civil no direito de família..... | 36 |
| 3.3 | Dano moral no direito de família..... | 38 |
| 4 | O ABANDONO AFETIVO E A (IM) POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO | 42 |
| 4.1 | Caracterização e evolução doutrinária..... | 42 |
| 4.2 | Possíveis hipóteses e excludentes de ilicitude nos casos envolvendo o abandono afetivo..... | 49 |
| 4.3 | Exposição analítica dos fundamentos do RESP.1.159.242/SP..... | 53 |
| 4.4 | Análise acerca da (im)possibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo..... | 55 |
| | CONCLUSÃO | 63 |
| | REFERÊNCIAS | 64 |

1 INTRODUÇÃO

O abandono afetivo, nos últimos anos, tornou-se tema recorrente no Direito de Família. Inúmeras ações judiciais são e foram ajuizadas como intento de condenar o genitor –a quase totalidade das ações judiciais foram ajuizadas contra o pai da criança, porém a falta de afeto pode advir de ambos os pais – ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da ausência de afeto por parte do genitor.

O argumento utilizado por aqueles que defendem esse tipo de dano é no sentido de que o ordenamento, principalmente, a partir de uma visão constitucionalizada do direito civil, impôs aos pais uma série de deveres, além daqueles meramente patrimoniais, associado ao princípio da dignidade da pessoa humana que impõe que o indivíduo seja respeitado em sua integralidade. Assim, não há mais espaço para analisar as relações privadas puramente sob o viés patrimonial.

Por outro lado, os críticos desse tipo de ação afirmam que ninguém é obrigado a amar ou dar afeto ao outro, sob pena de “monetarização do amor”. Alegam que a falta de afetividade no âmbito familiar, via de regra, não traduz ato ilícito reparável pecuniariamente. O ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam um pai a seu filho. Isso porque não há lei que gere tal dever, tendo em vista que afeto é sentimento imensurável materialmente. Inclusive, defendem que tal circunstância foge do âmbito jurídico, não desafiando dano moral indenizável à suposta vítima de desamor.

Está questão está longe de ser pacificada pela doutrina e jurisprudência. Observa-se, porém uma inclinação no sentido de responsabilizar aquele genitor que de modo culposamente se ausentou dos deveres de cuidados impostos pelo ordenamento.

Dessa forma, o presente trabalho de conclusão de curso destinar-se-á a tratar do problema do abandono afetivo sob a ótica das normas constitucionais e legais.

O objetivo geral deste trabalho consistirá justamente em analisar a possibilidade da responsabilidade civil daqueles que abandonam afetivamente os filhos.

Para isso, a primeira parte foi dedicada ao estudo da natureza jurídica da afetividade, analisando o desenvolvimento do afeto, perpassando pela visão de mero sentimento a princípio jurídico, bem como um panorama acerca dos principais princípios do Direito de Família e como a Constituição Federal de 1988 a partir desses princípios alterou profundamente importantes institutos do Direito de Família.

Na segunda parte, analisou-se como a responsabilidade civil é aplicada no Direito de Família, concluindo ser possível a total aplicação desse instituto as relações familiares, pois o princípio da dignidade da pessoa humana permeia todos os ramos do ordenamento, não excluindo-se o Direito Família e suas nuances.

Por fim, analisa-se a responsabilização civil a luz do abandono afetivo, concluindo-se ser possível a condenação do genitor pelo seu comportamento culposos de negar afeto a sua prole, pois ninguém é obrigado a amar, mas sim obrigado a adotar uma série de comportamentos objetivos de cuidado com os filhos, ensejando a responsabilização daquele genitor que adota comportamento contrário, obrigando-o a indenizar seu filho por danos morais.

2 A AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Histórico e características

A discussão acerca da natureza jurídica da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro não está pacificada na doutrina. Para alguns autores a afetividade não passa de um valor moral, para outros, o ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, de modo implícito elevou a afetividade ao status de princípio jurídico.

O Direito de Família contemporâneo passa por uma série de mudanças alicerçadas pela afetividade. A família é vista pelo ordenamento jurídico como o núcleo de excelência para o pleno desenvolvimento humano, tendo por base o afeto entre os indivíduos.

Para o autor Ricardo Calderón, um vasto mosaico de entidades familiares foi reconhecido, tendo a afetividade como seu núcleo, como por exemplo, as uniões homoafetivas e as relações de parentescos vincadas apenas pelo afeto, não sendo possível ao Direito acompanhar essas mudanças de paradigmas sem levar em conta o afeto. Dentro desse cenário, a jurisprudência e a doutrina passaram a conferir respostas a essas demandas que não contavam com a previsão legislativa, com o auxílio da afetividade.¹Ainda segundo o citado autor:

“Foi nessa dualidade entre uma alteração paradigmática nas relações familiares da sociedade e um discurso jurídico ainda muito formal e apegado à lei que se desenvolveu o reconhecimento da afetividade pelo direito brasileiro.”²

Ademais, com a constitucionalização do direito privado e o movimento de repersonalização do direito civil, que contribuíram para o surgimento da doutrina do direito civil-constitucional brasileiro, pode-se afirmar que houve uma aproximação do direito civil com os dados da realidade, argumentando que os institutos desse

¹ CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2011, p. 11.

²Ibid., p.16

ramo do direito deveriam ser sempre analisados sob a proteção da Constituição de 1988.³

Paulo Lôbo chegar a afirmar que nenhum direito estrangeiro avançou nessa matéria tanto quanto o direito brasileiro, inicialmente na doutrina e, depois, na jurisprudência, especialmente a do STJ.⁴

Dentro de uma análise histórica, a ideia da afetividade ainda é incipiente no estudo do Direito. A família antiga (Grécia e Roma) só podia ser constituída por meio do matrimônio, situação igual as famílias brasileiras reguladas pelo Código Civil de 1916. Somente as uniões advindas do casamento tinham regulamentação legal, neste momento o interesse era meramente patrimonial, não existia qualquer tipo de vínculo de afetividade. Como anota Fustel de Coulanges, a base da família não era encontrada no afeto natural, muito pelo contrário, a religião era quem exercia enorme influência no *pater família*.⁵

A autora Danielle Silva argumenta que a família regulamentada no Código Civil de 1916 valorizava, acima de tudo, a manutenção familiar e o seu patrimônio, tendo como fim precípua a reprodução⁶.

Esse contexto familiar calcado apenas na visão patrimonial e institucionalizada da família, começa a sofrer alterações a partir da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e Adolescente e do Código Civil de 2002, que buscaram resguardar os direitos individuais e fundamentais de cada membro familiar.

As crianças passaram a ter um maior protagonismo, com o reconhecimento de direitos iguais entre todos os filhos, independentemente da origem, seja ela biológica ou adotiva.

³CALDERÓN, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011, p.15

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵ COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005. p. 30

⁶SILVA CAMPELO, Danielle Caroline. Direito e afetividade: uma análise do abandono afetivo após o julgamento do REsp 1.159-242/SP. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019, p. 45

Com o surgimento desse novo modelo de proteção a criança, associada a mudança de paradigma pela qual passou o conceito de família, através de importantes alterações legislativas, o Estado, a Sociedade e principalmente a Família tornaram-se responsáveis por efetivar essas garantias.

O Direito de Família contemporâneo é marcado pelo surgimento das mais variadas formações familiares: família monoparental, família homoafetiva, anaparental, pluriparental ou recomposta etc., tendo como marco legitimador dessa pluralidade a afetividade.

A afetividade é elemento central no Direito de Família na contemporaneidade. Dentro dessa seara o afeto é a base de todas as relações familiares, indo além até mesmo da filiação, sobrepondo-a, inclusive, em algumas situações, como nas novas formações familiares destacadas acima. Nas palavras de Paulo Lôbo, o afeto é o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.⁷

Ademais, a afetividade é fundamento para muitas ações dentro da seara familiarista, bem como um verdadeiro norte para a resolução de inúmeros casos, como por exemplo, as ações de reconhecimento de paternidade socioafetiva.

Por fim, alerta-se que ao abordar a afetividade e o dever de indenizar pelo abandono afetivo não se está discutindo a obrigação ou mesmo a imposição legal de dar amor por parte do genitor (a); pelo contrário, parte-se do pressuposto de que o afeto é visto como um princípio jurídico que exprime um dever jurídico de cuidado, de zelo pela prole e de assegurar à convivência familiar a criança.

A relevância da afetividade começa a se tornar evidente no ordenamento jurídico brasileiro a partir da leitura do art. 1593, do Código Civil de 2002, que ao dispor que o parentesco pode ser resultante da consanguinidade ou de outra origem, estabelece o afeto como a base das relações familiares.

Para Paulo Lôbo o referido artigo enuncia regra geral que contempla o princípio da afetividade, ao estabelecer que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem⁸.

⁷LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p.13

⁸Ibid, p. 28

Essa regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim, os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consanguíneos ou de outra origem, têm mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade⁹.

Paulo Lobo defende a tese de que o afeto é um dever jurídico imposto aos pais e filhos, tese na qual nos filiamos, ou seja, a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles¹⁰

Gustavo Tepedino ao tratar sobre a afetividade faz uma importante ressalva, alertando para a necessidade de se cuidar, com extremo zelo, dessa questão para não se banalizarem os sentimentos, reduzindo-os a percepção de cada magistrado, ou até mesmo de pretensões egoístas e patrimonialistas dos protagonistas dos conflitos em interesse. E o melhor antídoto para tais riscos mostra-se o balizamento do merecimento de tutela das relações afetivas pelos valores normativos constitucionais (democracia, igualdade, solidariedade, dignidade) que permeiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e toda legislação infraconstitucional¹¹

Assim, percebe-se a importância do afeto nas discussões envolvendo o Direito de família. Conduzindo esse ramo do Direito a uma visão mais humanizada, onde o indivíduo está acima de qualquer interesse meramente patrimonial.

Em um período de tempo relativamente curto, saímos de um Direito de Família estabelecido na legitimidade e no poder do pater família, para um “Direito de Famílias” baseado na importância do afeto para a manutenção da família.

A escolha da nomenclatura “direito de famílias”¹² revela muito bem esse novo momento que passa a família, onde os laços de afeto, respaldados no genuíno cuidado, são muito mais relevantes do que a mera ligação parental.

⁹Ibid, p. 22

¹⁰LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018, p. 26

¹¹TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. Revista IBDFAM: família e sucessões. Belo Horizonte. V.14. p. 11-28

¹²Termo cunhado pela ex- desembargadora do TJ-RS, Maria Berenice Dias.

Nesse contexto de profundas alterações, o Direito de Família sofreu uma extraordinária mudança em sua estrutura. Em pouco mais de um século, partiu-se de um ambiente familiar puramente matrimonializado, onde as relações de poder eram rígidas, onde respeitava-se sempre as decisões do patriarca, para uma diluição dessa relação, onde não há mais espaço para excessos ou omissões na condução da família.

A Constituição de 1988 não trata do afeto de forma direta, porém a afetividade é a base para a definição de importantíssimos institutos do Direito de Família, segundo Paulo Lôbo:

“Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art.227)”¹³

Loyanne Calafiori ao discorrer sobre a importância do afeto para o Direito de Família aduz que o reconhecimento do valor do afeto no seio da família é fruto de um processo histórico em que as leis aos poucos foram reconhecendo cada vez mais a família como espaço de concretização da felicidade e de realização existencial afetiva, com a solidariedade recíproca cada vez mais presente nos debates relativos à família¹⁴.

Por fim, a afetividade abriu um leque de possibilidades antes inimagináveis para o Direito de Família, passando a legitimar uma série de situações que antes estavam a margem de proteção do Direito.

¹³LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p.13

¹⁴ CALAFIORI, Loyanne Verdussen de Almeida Firmino. Abandono Afetivo Paternal. Juruá Editora, 2019, p. 16.

2.2 Princípios norteadores do direito de família

Com a recente Constitucionalização do Direito Civil, não é mais possível tratar sobre os institutos do Direito Privado sem levarmos em consideração os princípios jurídicos.

Segundo Calderón, podemos dividir a temática dos princípios em três grandes períodos históricos: o período jusnaturalista, o período positivista e o período pós-positivista.¹⁵

O período jusnaturalista entendia os princípios a partir de uma visão abstrata e metafísica, sustentando até mesmo a existência de um direito anterior a própria lei.

A seu turno, o denominado período positivista, os princípios eram considerados uma fonte subsidiária integrativa do sistema de direito. Existia uma distinção entre normas e princípios, de modo que aos últimos não lhes era conferida a aura da normatividade. A única remissão aos princípios era como forma subsidiária a ser utilizada apenas em casos de lacuna da lei.¹⁶

Por fim, podemos definir o pós-positivismo como uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.¹⁷

Dessa forma, alguns princípios de destacam na seara familiarista, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, solidariedade, o melhor interesse da criança, porém, antes de adentrarmos especificamente na

¹⁵CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011, p.66

¹⁶ibid, p.66

¹⁷ibid, p.68

análise desses princípios, é necessário, tecemos algumas considerações acerca dos princípios jurídicos.

Para o autor Ingo Sarlet, os princípios em geral são espécie do gênero normas jurídicas, distinguindo-se, de acordo com entendimento consagrado no seio da doutrina constitucional e mesmo na teoria geral do Direito, de outras espécies normativas, em especial as regras. Dessa forma, independentemente da existência de outras possibilidades de enquadramento dos princípios quanto à sua condição normativa, é possível, numa primeira aproximação, afirmar que princípios correspondem a normas dotadas de um significativo grau de abstração, vagueza e indeterminação¹⁸.

Para Sarlet, as regras assumem cunho mais instrumental e descritivo, ao passo que os princípios apresentam caráter eminentemente finalístico, seja por enunciarem diretamente uma finalidade, seja por expressarem um conteúdo desejado, no sentido de um estado ideal a ser alcançado.¹⁹

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição brasileira a prevê de modo implícito o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em nosso ordenamento jurídico. Em seu art. 170, *caput*, afirmava que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna.

Porém, é apenas em 1988 que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi inserido de modo explícito numa Constituição brasileira. Em seu art. 1º, inciso III, estabelece que o referido princípio é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, verdadeiro macroprincípio do nosso ordenamento jurídico.

Apesar de seu indiscutível caráter fundamental, a caracterização e definição do que seria o princípio da dignidade da pessoa humana não está pacificado na doutrina.

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.457

¹⁹ Ibid., p.488

Ingo Sarlet afirma que ao se busca definir o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, seja como princípio autônomo, seja quando está em causa a natureza e intensidade da sua relação com os direitos humanos e fundamentais, percebe-se que os níveis de consenso registrados de uma ordem constitucional para outra e mesmo no âmbito interno de cada Estado, são muito diferenciados e muitas vezes até frágeis.²⁰

Outra discussão relevante acerca do Princípio da Dignidade da pessoa humana é sobre sua aplicabilidade e eficácia imediatas. Sarlet aduz que a sua inserção no Título dos Princípios Fundamentais é indicativo de sua eficácia e aplicabilidade, ou seja, da sua condição de norma jurídica.

Num primeiro momento a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1.º, III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, também a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.²¹

É importante afirmar que o Princípio da Dignidade da pessoa humana, tem eficácia não só entre o Estado e o particular – eficácia vertical - como também os próprios particulares em suas relações devem observar esse princípio – eficácia horizontal.

Tal entendimento é de suma importância na seara familiarista, pois todos os institutos do ordenamento devem ser analisados a luz desse princípio, mesmo sendo o Direito de Família ramo do Direito Privado por excelência.

Rolf Madaleno ao tratar das imbricações do Princípio da Dignidade da pessoa humana e o Direito de Família, aponta que quando passa a cuidar da família, a Carta

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.459

²⁰ Ibid., p.488

²⁴Ibid., p.202

Federal consigna no artigo 226, § 7º, queo planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana.²²

Ademais, no artigo 227²³, prescreve ser 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-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.²⁴

É nítida a intenção do ordenamento em garantir o máximo de proteção e efetividade aos direitos humanos. As relações privadas não estão a mercê dessa proteção, o caráter puramente patrimonial nessas relações vem ficando para trás.

Assim, a responsabilização do genitor (a) pelo abandono afetivo da sua prole, busca garantir o respeito à dignidade da criança ao permitir seu pleno desenvolvimento psicofísico.

2.2.2 Princípio da liberdade

Na dicção do art. 5º, *caput*, da CF/88²⁵, a liberdade constitui, juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, um conjunto de direitos fundamentais que assume particular relevância no sistema constitucional brasileiro.

²²MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 93

²³Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

²⁴MADALENO, Rolf. *op.cit.* p. 101

²⁵BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

Dentro da teoria das gerações ou dimensões de direitos fundamentais o princípio da liberdade, como não poderia deixar de ser, é de primeira geração, assegurando aos cidadãos a não ingerência do Estado em suas vidas.

Apesar de vigorar no Direito de Família a não intervenção estatal na liberdade individual, em alguns casos, regulamentados por lei, o Estado está autorizado a intervir na ordem privada, como por exemplo, na destituição do poder familiar, cujo intuito é proteger o melhor interesse da criança, contra possíveis arbitrariedades cometidas por seus genitores.

O direito fundamental de liberdade tem origem na ideia de liberdade geral contida no art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro”.²⁶

O preceito citado acima consagra a ideia liberal originariamente presente no pensamento dos autores clássicos do liberalismo, segundo a qual todo ser humano possui uma área ou esfera de liberdade pessoal que não pode ser de qualquer modo violada e na qual pode desenvolver suas faculdades e vontades naturais livres de qualquer interferência externa²⁷.

Um dos argumentos defendidos por aqueles que negam a existência do dano moral por abandono afetivo é de que não se pode obrigar alguém amar, sob pena de violação ao princípio da liberdade.

Porém, o Código Civil em seu art. 187, estabelece que comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes, ou seja, apesar de sermos livres para fazermos aquilo que a lei não nos proíbe, jamais poderemos exceder essa liberdade, sob pena de cometermos um ato ilícito e como consequência sermos responsabilizados por tal conduta.

²⁶ Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 23 de outubro de 2019.

²⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.255

O abandono afetivo se reflete justamente nessa esfera de liberdade do genitor, que pode optar por não oferecer os cuidados de afeto a sua prole, porém, ao optar por essa conduta, poderá ser responsabilizado por abandono afetivo.

2.2.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é a pedra de toque dentro da análise principiológica do Direito de Família. Tal princípio ao lado da afetividade, vem imprimindo novos contornos a situações consideradas extremamente discriminatórias e excludentes.

Não há que se falar em Estado Democrático de Direito, se todos não forem iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, como assim estabelece a Constituição de 1988 em seu art. 5º.²⁸

Apesar de presente em todas as Constituições Brasileiras, pelo menos do ponto de vista formal, foi apenas com a Constituição de 1988 que o princípio da igualdade passa a ser mais efetivo, deixando de ser apenas um comando de igualdade perante a lei para se tornar um forte mecanismo de combate às desigualdades, isto é, a igualdade em sentido material.

A igualdade em sentido material significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico constitucional, passa a operar como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais.²⁹

O pleno desenvolvimento do princípio da igualdade, somado a posição de destaque dada a afetividade foram às responsáveis por profundas alterações em inúmeros institutos do Direito de Família.

²⁸BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 350

A guisa de exemplo, podemos citar as profundas repercussões no terreno da união estável, casamento, igualdade entre os filhos e cônjuges, divórcio etc., bem como o reconhecimento de uniões homoafetivas.

As bases dessas alterações partiram da constatação de que a família contemporânea está baseada na igualdade e afetividade de seus membros e não apenas em critérios puramente morais. O ordenamento jurídico não poderia mais legitimar práticas do passado e muito menos o Direito de Família poderia ficar a par desse processo.

2.2.4 Princípio da solidariedade familiar

A regra matriz do princípio da solidariedade está expressa na Constituição de 1988 no seu art. 3º, I³⁰, como um dos objetivos da República Federativa brasileira, prevendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Maria Berenice Dias esclarece que a solidariedade é o que cada um deve ao outro, tendo origem nos vínculos afetivos, dispondo de acentuado conteúdo ético, compreendendo ainda a fraternidade e a reciprocidade que deve existir entre os indivíduos³¹.

No que tange ao Direito de Família, o princípio da solidariedade familiar estabelece a consideração recíproca entre todos os membros da família. Incide internamente, impondo deveres recíprocos de cooperação entre todos, e externamente, impondo deveres dos entes que formam a família, perante a sociedade que fazem parte.

³⁰BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

³¹DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016

Paulo Lôbo afirma que princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais que marcaram os primeiros séculos da modernidade.³²

No Código Civil de 2002, inúmeras são as passagens em que podemos destacar a relevância da solidariedade, como por exemplo o art. 1.513 que tutela a comunhão de vida instituída pela família, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção, prevista no art. 1.618, que é a expressão máxima do sentimento de solidariedade, o dever de prestar alimentos prevista no art. 1.694 etc.

No tocante as crianças e aos adolescentes, Maria Berenice Dias afirmar que esse dever de solidariedade, que pode ser traduzido como um dever de socorro espiritual e de assistência material é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado. Seria impensável que cidadãos em formação fossem relegados ao abandono e jogados à própria sorte.³³

Ademais, a solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social³⁴

2.2.5 Princípio da proteção integral da criança e adolescente

Apesar de não está elencado de modo explícito na Constituição Federal de 1988, é inegável que uma das funções primordiais do ordenamento jurídico é proteger grupos vulneráveis, dentre eles as crianças e os adolescentes.

O Texto constitucional, no art. 227, coloca a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ademais, o ECA é um verdadeiro microsistema com normas de conteúdo

³² LÔBO, Paulo. LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p. 44

³³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016.

³⁴ LÔBO, Paulo. LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018

material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece a criança e adolescente como sujeitos de direito.³⁵

Rolf Madaleno afirma que seria inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente.

Dessa forma, tanto o Estado, a Sociedade e principalmente, a família devem zelar para que nenhum direito da criança e adolescente seja violado. Assim, o genitor (a) que abandona afetivamente seu filho, contraria esse comando constitucional, pois a proteção prevista é a mais ampla possível, englobando também a proteção psicológica da criança e adolescente.

2.3 A afetividade é um princípio?

Inúmeras decisões judiciais se apóiam na afetividade para a resolução de demandas. Importantes julgados reafirmam o papel do afeto como importante vetor dessas decisões, como por exemplo, a ADI 4277, que reconheceu a união homoafetiva.

A doutrina não é unânime ao delimitar a natureza jurídica do afeto, há aqueles que defendem que a afetividade é um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, um dever a ser cumprido, bem como outros que afirmam que a afetividade não passa de um valor moral.

Os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, afastam-se da ideia de que a afetividade seja um princípio jurídico. Para os citados autores, se princípio fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e,

³⁵DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p.81

por conseguinte, obriga e vincula sujeitos. Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra³⁶

A discussão sobre se o afeto é ou não um princípio jurídico é de suma importância para a questão do abandono afetivo e o dever de indenizar do genitor (a) ausente, pois, se considerarmos que o afeto é um princípio jurídico será possível exigir do genitor (a) que observe todos os deveres impostos pelo ordenamento, caso contrário, haverá a sua responsabilização.

Por outro lado, se consideramos o afeto apenas como um valor moral, um mero sentimento, não poderá o ordenamento responsabilizar o genitor que abandonou afetivamente seu filho.

A esse respeito o autor Calderón, afirmar que:

“O debate doutrinário que está presente, neste particular, envolve a decisão se o Direito deve ou não reconhecer a afetividade e, em sendo positiva a resposta, se esta deve ser considerada um princípio ou deve ser apenas vista como um valor relevante”³⁷

Para o citado autor, a doutrina se divide em três principais correntes no que se refere a natureza jurídica da afetividade.

A primeira delas defende que a afetividade deve ser reconhecida e classificada como um princípio jurídico, posição que nos filiamos. Já a segunda afirmar que o afeto pode ser assimilado pelo direito, mas apenas como um valor relevante, por fim, a terceira corrente sustenta que a afetividade não deve ser valorada juridicamente, pois é um mero sentimento.³⁸

Como dito anteriormente, há uma tendência no Direito contemporâneo em constitucionalizar o direito privado, imprimindo um novo olhar sobre as relações privadas, que deixam de ser reguladas, exclusivamente, pelas codificações, num

³⁶FARIAS, Cristina Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: família. 3 ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2018.p. 38.

³⁷CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011, p.255.

³⁸ibid. p. 244

movimento de repersonalização do direito civil, onde é a pessoa que deve ser o centro do ordenamento e não o seu patrimônio, o que reflete na forma como o afeto passa a ser visto.

Segundo Calderón, a industrialização e a urbanização da sociedade evidenciaram ainda mais as incongruências do direito clássico, baseado nos códigos, de modo que a rápida evolução social mostrou que não se concebia mais um direito privado baseado na unicidade e centralidade de um Código.³⁹

Esse novo contexto social impõe uma atuação mais efetiva do Estado, que acaba por desembocar em Constituições voltadas, cada vez mais, a justiça social. Os chamados direito de primeira geração, ou seja, as liberdades públicas dos particulares perante o Estado, que previam tão somente o espaço de não intervenção, dão lugar uma série de direitos até então negados pelo Estado, tais como, assistência social, saúde, educação, trabalho etc., denominados de segunda geração.⁴⁰

Para Calderon o marco dessa nova fase constitucional foi a Constituição Alemã de Weimar de 1919, embora já houvesse alguns desses elementos na Constituição mexicana de 1917.

Após a Segunda Guerra Mundial acentua-se a atuação do Estado em todos os setores, este passa a buscar e promover uma política voltada para a igualdade substancial entre os indivíduos, movimento conhecido como Estado de Bem-Estar Social.

O período europeu do Pós-Segunda Guerra foi o marco do que vem a ser denominado novo constitucionalismo. A partir daí, as Constituições assumiram um novo e relevante papel, tanto na sociedade como no próprio ordenamento jurídico. Começa-se a atribuir as Constituições a função de vértice do ordenamento jurídico, onde seus regramentos teriam eficácia total e imediata.

Discorrendo sobre a temática, o autor Ricardo Calderon, argumenta que papel conferido às Constituições passou a ser cada vez mais central no ordenamento, eis que, além de tratarem de um vasto conjunto de matérias, submeteriam a partir de então todos os ordenamentos inferiores a um critério de validade. Uma nova doutrina

³⁹ Ibid.p. 233.

do direito constitucional é edificada, mas, para além disso, a centralidade e a superioridade hierárquica da Constituição trouxeram reflexos nas concepções teóricas das diversas disciplinas jurídicas.⁴¹

A Constituição passa a ser o vértice do ordenamento jurídico, de modo que os seus valores se irradiam por todo o ordenamento, de modo cogente. A compreensão do direito civil brasileiro a partir dos valores postos na Constituição Federal de 1988 será uma das grandes propulsoras à edificação de um direito de família mais humanizado.

Ronald Dworkin sustenta que existem dois tipos de normas jurídicas as regras e os princípios havendo uma diferente dimensão entre elas. As regras se aplicariam na lógica do tudo-ou-nada, ou seja, ou incidem integralmente em certa questão ou não incidem. Já os princípios poderiam incidir com maior ou menor intensidade em determinada situação, amoldando-se de acordo com o caso concreto em análise.⁴²

Ou seja, os princípios poderiam incidir com maior ou menor intensidade, ou até mesmo não incidir, sem que isso afetasse sua estrutura ou papel no ordenamento.⁴³

Para Calderon, toda a tese dos direitos de Dworkin foi desenvolvida com base na centralidade que ele concedia aos princípios jurídicos, alterando o entendimento secundário que lhe era conferido. O papel vital proporcionado aos princípios nessa teoria alterou o modo de leitura e aplicação do ordenamento na sua integridade. Os princípios não passariam mais a atuar apenas em casos lacunosos mas deveriam ser analisados prioritariamente na análise e acertamento dos casos, com outras estruturas e funções, sendo a relevância dos princípios jurídicos marca indelével da teoria do direito.⁴⁴

Já Robert Alexy aprimorou ainda mais o conceito de princípio, definindo-o, como mandamentos de otimização, ao discorreu sobre como se daria a diferenciação entre regras e princípios afirma que o ponto decisivo desta distinção entre regras e

⁴¹ CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011, p.190

⁴² Dworkin, Robert. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 45

⁴³Ibid. p. 29.

⁴⁴ ibid, p.190

princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de tal satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁴⁵

A partir dessa mudança paradigmática os princípios jurídicos passaram a exercer uma forte influência em toda a interpretação do ordenamento jurídico, com especial destaque ao Direito Civil, permitindo o contato do ordenamento com os valores sociais.

A disseminação desse estudo do Direito Civil na legalidade constitucional deve ser tributada ao professor italiano Pietro Perlingieri, que desde a década de 70 do século passado desenvolve e divulga seus conceitos.⁴⁶

O ponto de partida dessa tese é a assunção que as normas de direito privado devem necessariamente ser lidas e interpretadas em harmonia com a Constituição, em face de sua posição superior hierárquica, ou seja, a Constituição está no topo do ordenamento jurídico e isto não pode ser relegado.

A repersonalização do direito civil defende a superação de um modelo abstrato do sujeito de direito para a pessoa concreta, de carne e osso. A pessoa, e não mais o indivíduo proprietário, passa a ser o principal objeto de proteção do direito, das legislações, da jurisprudência e dos juristas de um modo geral. Reflexo dos tempos vividos é que será compreendida a pessoa na sua coexistência com as demais, ciente de que não é possível ao Direito neste estágio tratar do indivíduo de modo isolado.⁴⁷

Associadas a essas alterações no campo jurídico, inúmeras alterações de ordem social alteraram a forma como as famílias são constituídas e regulamentadas.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91

⁴⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011, p.199

⁴⁷ *ibid*, p.198

Um marco dessa mudança, ainda que reduzido, foi a Revolução Francesa, onde as pessoas buscaram certas condições de igualdade e liberdade, rompendo com a estrutura social absolutista, o que refletiu até mesmo no modo de viver em família.

A secularização do casamento e a admissão do divórcio no período pós-revolucionário foram fatores que alteraram o quadro de relacionamentos nesse período, caracterizando outro momento da família na modernidade.

Essas alterações reverberaram na forma como a família estava organizada, passa-se de uma família institucionalizada, calcada na produção econômica, para uma organização familiar baseada na subjetividade do indivíduo conferindo-se maior liberdade para a pessoa deliberar sobre sua opção de vida.

Nas palavras de Calderón, essa percepção da pessoa como indivíduo dotado de particularidades demonstrava um quadro diverso do que foi tratado por grande parte das legislações codificadas. Em decorrência da crescente liberdade e subjetividade, da percepção do consciente e do inconsciente, aliada a outros fatores econômicos, sociais, políticos e filosóficos, surgiram outras entidades familiares ao lado da “família legítima”, consubstanciadas apenas por vínculos afetivos⁴⁸

As mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas permearam fortemente o Direito de Família, mudando-lhe radicalmente e a afetividade teve papel de destaque nesse cenário ao legitimar essas mudanças.

Históricas decisões foram tomadas pelos tribunais superiores brasileiros (STF e STJ) com base no afeto. Á guisa de exemplo, podemos citar a ontológica decisão proferida no julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/2008 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/2009.

Nos referidos julgados foram requeridos a validade das decisões administrativas que equiparavam às uniões afetivas as uniões estáveis, como também

⁴⁸CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011, p.199

requeriam a suspensão dos processos e dos efeitos de todas as decisões judiciais em sentido oposto.⁴⁹

Dessa forma, defendemos a posição de que a afetividade é um princípio jurídico implícito na Constituição Federal de 1988, tendo em vista o seu valor nuclear para o Direito de Família.

Inúmeras são as passagens do texto constitucional que expressam essa ideia, como a adoção, como escolha dotada de afeto e com plenitude de direitos em relação a prole biológica (227, §§ 5º e 6º), a convivência familiar, não sendo necessariamente a de origem biológica, é prioridade absoluta assegurada a criança e adolescente.

Ignorar essas orientações constitucionais em torno do afeto é impedir o pleno desenvolvimento do Direito de família mais humanizado com os desafios da vida contemporâneo.

⁴⁹ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.76

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 Panorama sobre a teoria geral da responsabilidade civil

Discorrer sobre a Responsabilidade Civil e suas nuances é uma tarefa árdua para qualquer pesquisador do Direito, tendo em vista, as inúmeras facetas desse fascinante e desafiador tema. Assim, para os fins que se propõe esse trabalho que é o de analisar a questão da (im) possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, traçaremos uma visão geral sobre os principais institutos da responsabilidade civil.

De modo geral, pode-se afirmar que com os primeiros agrupamentos humanos, surgiram também os primeiros conflitos, bem como os primeiros delitos advindos dessa conflituosa relação. Como forma de pacificação social, buscou-se a criação dos primeiros regramentos com o intuito de harmonizar as relações sociais.

Dessa forma, o desenvolvimento da responsabilidade civil de algum modo está relacionado com a evolução pela qual a sociedade passou a resolver seus conflitos e com o próprio Direito.

Inicialmente, a ideia de responsabilização pela prática de um ato ilícito, surge com o Código de Hamurabi. Um dos principais pontos do Código era a Lei do Talião, cujo objetivo era aplicar uma pena proporcional ao ilícito cometido, cuja expressão máxima é a famosa expressão, olho por olho, dente por dente. Porém, ainda prevalecia o sistema da vingança privada, onde a pena era aplicada diretamente ao ofensor.⁵⁰

O aprimoramento desse sistema de responsabilidade surge com o Código de Manu, na Índia, que apresentou uma evolução em relação ao código de Hamurabi,

⁵⁰TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil: volume único. Rio de Janeiro: método, 2018. p. 19..

pois trazia a previsão de multa ou indenização a favor do prejudicado, por exemplo, superando-se a ideia de vingança.⁵¹

Por fim, a Lei das XII Tábuas, apesar de não eliminar completamente a vingança privada, trouxe a possibilidade de aplicação de penas pecuniárias, tal como a *poena*, indenização que seria paga pelo ofensor – este, então, tornava-se devedor, e o credor, a vítima que sofria o prejuízo.

Podemos afirmar que qualquer conduta humana traz em si a questão da responsabilidade, não se pode pensar a vida em sociedade sem pensarmos quem é o responsável por essas condutas. José de Aguiar Dias, assim resume a questão: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.⁵²

A responsabilidade civil está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*. O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar — *a máxima neminem laedere*, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada⁵³

Dessa forma, a responsabilidade civil, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados⁵⁴

Os doutrinadores são unânimes ao afirmar que a riqueza de temas e a amplitude do campo de atuação da responsabilidade civil, tornam-na extremamente abundante e dinâmica, dificultando uma sistematização doutrinária e científica da responsabilidade civil, criando verdadeiras zonas cinzentas de modo a não permitir um consenso sobre inúmeros aspectos.⁵⁵

⁵¹ TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil: volume único. Rio de Janeiro: método, 2018.

⁵² José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 1.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, P.53

⁵⁴ Ibid., p.56

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012. p.24

Para Sergio Cavalieri, a essência da responsabilidade civil está ligada a noção de desvio de conduta, ou seja, condutas contrárias ao direito. Designa, dessa forma, o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever. Assim, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever originário.⁵⁶

Dessa forma, a responsabilidade civil por abandono afetivo nada mais é do que a imposição de uma sanção decorrente de uma atividade danosa perpetrada pelo genitor (a) da criança que, atuando, a priori, ilicitamente, não cumpriu o seu dever de cuidado imposto pelo ordenamento jurídico, violando a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, acredita-se que existindo uma imposição legal que obrigue aos pais o cuidado com o filho, uma possível violação a esta disposição acarretaria uma responsabilização.

Para Carlos Alberto Bittar, havendo dano produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade, as investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, dessa forma, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.⁵⁷

A responsabilidade civil pode ser dividida em: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, cada uma com suas particularidades. Esta divisão tem por base a questão da culpa e o dispositivo legal infringido. Cabe ressaltar que elas possuem alguns pressupostos iguais: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, extraídos do art. 186 do CC/02, sendo a culpa presente apenas na responsabilidade civil subjetiva.

A conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade civil. Sem ela, não há que se falar em responsabilização, ou seja, é a ação lícita ou ilícita do homem que gera a responsabilidade.⁵⁸

⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015,p.98.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, P.53

O elemento volitivo da ação humana precisa estar presente, tendo em vista que a vontade do homem em praticar a conduta precisa partir da sua vontade, isto é, ser por ele dominada ou controlada.

A conduta juridicamente relevante é de duas espécies: a ação e a omissão. Ela se perfaz por meio do comportamento humano voluntário que se exterioriza mediante a ação ou omissão, produzindo efeitos na seara jurídica.

As ações ou omissões que merecem a atenção do Direito são aquelas que produzem consequências jurídicas, isto é, aquelas que causem danos.

Já o dano decorrente dessa conduta humana é verdadeira pedra de toque no estudo da responsabilidade civil, sem o dano não haveria o porquê da responsabilidade se concretizar, tendo em vista que não haveria o que se ressarcir, reparar ou mesmo responsabilizar alguém.

Para que o dano seja indenizável precisa-se cumprir alguns requisitos, tais como, a certeza, a violação a um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica e a subsistência.

Os danos possuem algumas classificações, sendo a mais comum a que divide os danos em patrimoniais e morais. Calha afirmar que a análise dos danos morais será feita mais adiante em tópico apartado.

Assim, os danos patrimoniais caracterizam-se por afetarem diretamente bens corpóreos ou incorpóreos de alguém. Orlando Gomes indica que o patrimônio pode ser danificado de duas formas: a primeira quando ele sofre efetiva diminuição, a segunda, por seu turno, ocorre quando valores que seriam incorporados deixam de ser devido à ação que provocou o dano, os chamados danos emergentes e os lucros cessantes.⁵⁹

Por último, e de suma importância para a análise acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo, o nexo de causalidade é um norte para indicar se há relação entre a conduta do agente e o resultado produzido. É através do nexo causal que se pode afirmar quem foi o responsável pelo efeito danoso, ou melhor, é por

⁵⁹ GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70

meio dele que se identifica de maneira incontroversa se há relação entre o dano e seu agente.

O nexo de causalidade é analisado sob a perspectiva de três teorias distintas, a saber: a teoria da equivalência de condições; teorias da causalidade adequada e teoria direta ou imediata.

A teoria da equivalência de condições é a adotada pelo Código Penal brasileiro por força do seu artigo 13. Essa teoria apresenta o inconveniente de considerar que qualquer acontecimento que tenha contribuído para a produção do prejuízo é sua causa determinante, sendo que as causas possuem o mesmo valor, por conta disto, acabou não sendo abraçada pelo Direito Civil.

Já a teoria da causalidade adequada, entende como causa o antecedente que não só é necessário, mas também adequado para produção do dano. A causa adequada, então, é aquela que se mostra mais conveniente a gerar o prejuízo.⁶⁰

Por último, a teoria da causalidade direta ou imediata, determina como causa apenas o fato antecedente que impusesse ao resultado danoso uma consequência direta e imediata, ou seja, que tivesse um vínculo necessário ao prejuízo. O agente, então, responde apenas pelos danos que resultarem direta e imediatamente de sua conduta.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de qual das teorias teria sido adotada pelo Código Civil de 2002. Sergio Cavellieri Filho entende que a teoria adotada foi a teoria da causalidade adequada⁶¹, já para Pablo GaglianoStolze e Rodolfo Pamplona Filho, a teoria que foi recepcionada foi a da causalidade direta e imediata.

Dessa forma, após essa visão geral dos elementos da responsabilidade civil, é necessária uma análise das imbricações desses elementos gerais da responsabilidade civil e o Direito de Família

⁶⁰ CARVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012. p. 24

⁶¹ Ibid., p.71

3.2 A responsabilidade civil no direito de família

Abordar a responsabilidade civil e suas interseções com o Direito de Família não é uma tarefa fácil, haja vista, os diversos entendimentos doutrinários sobre a temática, ora concordando com a responsabilização civil dentro da seara familiarista, ora discordando.

A interpretação do Direito de Família na contemporaneidade exige uma leitura Constitucional desse ramo. O Direito Civil passa por um processo de constitucionalização de seus institutos, abrindo um leque de possibilidades, estabelecendo que a matriz central de interpretação do Direito é a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito de Família não está a mercê desse processo.

Mediante esse novo enfoque constitucional, deu-se início à valorização do vínculo de afetividade e solidariedade entre as pessoas envolvidas, e passou-se a exigir responsabilidade entre esses entes por atos cometidos em detrimento dos outros, em especial por dano moral.

Assim, a lesão produzida por um membro da família a outro é gravame maior do que o provocado por terceiro estranho à relação familiar, ante a situação privilegiada que aquele desfruta em relação a este, o que justifica a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil⁶²

Diversas são as situações que geraram o dever de indenizar no âmbito familiar, pois a família, apesar de seu caráter eminentemente privado, não está alheia ao Estado de Direito, como exemplo, as lesões físicas por agressão de um dos cônjuges, a transmissão ao outro consorte de doenças venéreas, a injúria proferida por um dos cônjuges ao outro, acarretando prejuízos à imagem social ou profissional deste etc.⁶³

A Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Código Civil de 2002, alteraram profundamente a forma como lidamos e interpretamos o Direito de Família.

Da análise do mandamento Constitucional, destaca-se o art. 227 que estabelece ser um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao

⁶² CARDIN, Valéria Silva. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.p.45

⁶³Ibid.p. 48

adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, qualquer situação que expõe a criança e o adolescente a situações que maculem a sua dignidade, permitirá ao ofendido o direito de ação contra essa violação.

Como não existem palavras em vão na Constituição, observa-se que o legislador de maneira proposital, imputou à família o dever de cuidar das crianças e adolescentes. Assim, o abuso por parte do genitor (a) que se descuida de seu dever, seja material ou afetivo, deverá ser responsabilizado.

No que diz respeito ao Código Civil, inúmeras foram as mudanças relacionadas a instituição familiar.

Uma das mais relevantes foi no tocante a filiação, que passou de um sistema que reconhecia apenas os filhos havidos sobre o manto do matrimônio, relegando qualquer direito aqueles havidos fora do casamento, para o reconhecimento pleno da filiação com o advento da Constituição de 1988.

Essas mudanças só foram possíveis graças a afetividade que alteraram profundamente a forma como lidamos com o Direito de família. A falta de afeto e cuidado passou a legitimar ações que pleiteiam danos morais pela sua inobservância.

Por fim, o ECA, em seu art. 22, por exemplo, afirma que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, além de presta-lhe toda a assistência. Obviamente, que o descumprimento dos preceitos impostos nessa legislação, recairá na responsabilização dos genitores.

Ademais, nessas interseções entre o Direito de família, a responsabilidade civil e o abandono afetivo, a análise acerca do elemento culpa mostra-se extremamente relevante.

Apesar de ser considerado um elemento acidental dentro da teoria geral da responsabilidade civil, a culpa é de suma importância para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva e a análise da responsabilidade civil por abandono afetivo.

A culpa possui alguns elementos, quais sejam: a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade e a violação de um dever de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Afirma-se que a voluntariedade do comportamento consiste na atuação voluntária do indivíduo que causou o dano, seja ela culposa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolosa. A previsibilidade se caracteriza pelo fato de que só se pode indicar a real culpa se o prejuízo provocado pelo agente era previsível. A violação de um dever de cuidado, por fim, indica que a culpa insinua uma violação do dever de cuidado, a qual se for intencional caracterizará o dolo.⁶⁴

A partir da análise desses elementos podemos extrair que a conduta do genitor (a) que abandona afetivamente sua prole, está agindo de maneira culposa e consciente dos malefícios que essa conduta pode gerar na criança.

Observa-se que o ato de abandonar afetivamente a prole é proposital, aceito e buscado pelo genitor (a), sendo um ato voluntário e consciente, tendo essa conduta a previsibilidade de causar sérios danos às crianças abandonadas afetivamente.

A consequência dessa conduta será a violação de um dever de cuidado, imposta por culpa do genitor que não se atentou para os seus deveres na criação de seus filhos, sendo negligente.

3.3 Dano moral no direito de família

⁶⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 190

A questão do dano moral ainda suscita muitas dúvidas dentro da responsabilidade civil, porém, há uma certeza: não há responsabilidade civil sem dano⁶⁵.

Dentro dos pressupostos da responsabilidade civil, o dano, para os propósitos aqui defendidos, merece uma análise mais detalhada.

De modo geral, o principal fundamento da reparabilidade do dano moral reside no fato de que os indivíduos não são apenas titulares de direitos patrimoniais, mas também de direitos extrapatrimoniais, não podendo o ordenamento jurídico permitir que estes sejam impunemente violados.⁶⁶

A Constituição Federal de 1988 elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, a qual se tornou cláusula pétrea no art. 5^a, V e X, não podendo, portanto, ser abolida do nosso ordenamento jurídico.

O autor Hans Albrecht Fischer, apresenta uma definição de dano que se enquadra perfeitamente nessa discussão da responsabilidade civil na seara familiarista, segundo o autor, dano é “todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão”⁶⁷

Ou seja, não é só os danos materiais que ensejarão alguém ao dever de indenizar, os danos advindos de condutas que trazem sofrimento psicológico também geram ao ofensor o dever de indenizar.

Podemos afirmar que os danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, seja físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles danos que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas.⁶⁸

Há uma dificuldade em vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve

⁶⁵FARIAS, Cristina Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: família. Curso de direito civil: família. 3 ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2018.p. 344

⁶⁶ CARDIN, Valéria Silva. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.p.45

⁶⁷ FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no direito civil. Coimbra: A. Amador, 1938. p. 7.

⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios e sua fixação. Repertório IOB, São Paulo, n. 15, p. 293.

levar em conta inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral. Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização.

Dúvidas não pairam acerca da impossibilidade de indenização na maioria das situações envolvendo as relações familiares. No entanto, Doutrina e Jurisprudência caminham a passos largos no sentido de responsabilizar o genitor (a) que não fornece o devido cuidado e afeto a sua prole o dever de indenizá-lo por dano moral.

Neste sentido é a previsão do art. 1634, inciso I, do CC/02 que estabelece ser competência dos pais a criação e educação dos filhos, independentemente da situação conjugal. Eventuais falhas ou excessos na condução da criação e educação dos filhos serão punidos pelo ordenamento, sendo a principal reprimenda a destituição do poder familiar.

Porém, em certas situações a mera destituição familiar não será suficiente para tutela a integral proteção da criança, como nos casos de abandono afetivo.

Embora em nosso ordenamento jurídico não haja nenhum dispositivo específico que trate da responsabilidade civil no direito de família, o ressarcimento por danos morais é cabível, por exemplo, nas seguintes hipóteses: o(a) noivo(a) abandonado(a) sem justo motivo às vésperas do matrimônio; os ascendentes em relação aos descendentes, em decorrência do abandono material, moral e intelectual; o marido ou convivente que agride ou mutila a esposa ou companheira e comete ato repulsivo do qual resulta dano material e moral.⁶⁹

Cabe ressaltar, que o ordenamento permite que qualquer pessoa ingresse com uma ação judicial para pedir proteção ou fazer cessar a violação de um direito subjetivo perante o Poder Judiciário, desde que haja um interesse econômico ou moral daquele que pleiteia, não existindo nenhum óbice para que determinado situação de ofensa seja excluída de reparação.

⁶⁹ CARDIN, Valéria Silva. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.p.45

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade

A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento das pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável.

4 O ABANDONO AFETIVO E A (IM) POSSIBILIDADE DA SUA REPARAÇÃO

4.1 Caracterização e evolução doutrinária

O caput do art. 22 do Estatuto da Criança e Adolescente determina que cabe aos pais, além de cumprir e fazer as determinações judiciais, também o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

O descumprimento destas obrigações é causa de destituição do poder familiar, de acordo com o inciso II do artigo 1638 do CC/02, e pode configurar abandono material, intelectual, moral ou afetivo.

Ou seja, a falta de assistência material coloca em risco a sua saúde e sobrevivência, mas não constitui a única forma de abandono. Este pode ser também moral e intelectual, quando importa em descaso com a educação e moralidade do filho.⁷⁰

Visando reprimir tais abandonos, o Código Penal tipifica os crimes de abandono material em seu art. 244⁷¹; de abandono intelectual no artigo 246 e 247; de abandono de incapaz no artigo 133, bem como o abandono de recém-nascido no art.134.

A questão do abandono fica mais delicada a partir do momento que se começa a fazer indagações sobre o abandono afetivo. Começou-se a perceber que a alma também precisa de afeto e cuidado e de que nem só de pão vive o homem⁷²

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família 11ª Ed. São Paulo, 2014, p.435.

⁷¹ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968).

⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/392/novosite>. Acesso em 25 de outubro de 2019.

Assim, começaram a surgir as primeiras demandas judiciais que tinham como base o abandono afetivo do genitor. O intuito dos autores dessas ações era responsabilizar aquele que por lei deveriam lhe prestar todo tipo de assistência, tanto física como emocional.

A obrigação jurídica que se apresenta violada é obrigação que existe há muito tempo, relacionados aos deveres de educação e criação, prevista no art. 1634, inciso I, do CC/02.

O que se assiste na atualidade é um novo olhar sobre estes direitos e deveres, permeando-os com o afeto, agraciando-os com a despatrimonialização das relações, submetendo-os a uma função de esteio e alicerce para a dignidade humana e deixando-se de lado o autoritarismo, a perversão e o direito de disposição mais ou menos limitado a respeito do futuro dos filhos.

Contudo, toda mudança de paradigma no Direito exige sempre um período de reflexão e amadurecimento. E com o tema da responsabilidade civil e o dever de indenizar por abandono afetivo não foi diferente.

A decisão que alterou profundamente o entendimento até então dominante sobre o abandono afetivo foi o REsp 1.159-242/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que decidiu pela manutenção da sentença que condenou o pai ao pagamento de indenização a filha por abandoná-la afetivamente.

A base da referida decisão foi que ao genitor é imposto o dever de cuidado e não o cumprimento de modo adequado estará incorrendo em uma conduta passível de punição.

Apesar dessa decisão do STJ mostra-se favorável a indenização por abandono afetivo, o tema está longe de ser pacificado, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Doutrinariamente, autores de relevo inclinam-se para reconhecer a indenização por abandono afetivo. Dentre eles, destacam-se Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona e Paulo Lôbo.

O IBDAFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – possui um enunciado aludindo sua anuência com o dever de indenizar por abandono afetivo. De

acordo com o enunciado de n. 8, “o abandono afetivo pode gerar direito a reparação pelo dano causado”.

Inúmeros projetos de leis foram apresentados com o intuito de impor ao genitor o dever de indenizar em caso de abandono afetivo⁷³O primeiro deles é o projeto do Estatuto das Famílias, elaborado pelo IBDAFAM – Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013 – que nos seus arts. 108 e 109 discorrem sobre o abandono afetivo.O referido estatuto, no capítulo intitulado da alienação parental e do abandono afetivo, considera conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente.Ademais, o art. 109 do estatuto, atribui ser competência dos pais prestarem assistência afetiva aos filhos, compreendo esta como a orientação profissional, educacional e cultura, a solidariedade e o devido cuidado.

Caso fosse aprovado nestes exatos termos, o estatuto já nasceria, no que diz respeito ao abandono afetivo, de acordo com o posicionamento de parte expressiva da doutrina que se mostra favorável a indenização por abandono afetivo.

Buscou-se com o Estatuto das Famílias, trazer ao universo do ordenamento jurídico uma posição já consagrada na Psicologia, que é o quão grave são as consequências experimentadas por aqueles que foram renegados afetivamente pelos seus pais.

Já o segundo projeto de destaque é o projeto de lei do Senado Federal de nº 700 de 2007, que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer reparação de danos por parte do pai ou da mãe que deixar de prestar assistência afetiva a seus filhos, seja pela convivência ou visitação periódica. Esse projeto de lei ao propor a alteração do art. 56 do ECA chega a dispor que caberá aos dirigentes dos estabelecimentos de ensino a comunicação ao Conselho Tutelar, dos casos de crianças vítimas de abandono afetivo. Contudo, a mudança mais radical apresentada

⁷³ Outros projetos de lei já foram apresentados versando sobre a temática, citamos: o Projeto de lei de nº 4294/08, da Câmara dos Deputados, que altera o Estatuto do Idoso para regulamentar o abandono afetivo dos filhos para com os pais na velhice; o Projeto de lei 3212/15 do Senado nos mesmos moldes do projeto de n 700/05, e por fim o projeto de n 3145/15 da câmara dos deputados que regulamenta a possibilidade de deserdação nas hipóteses de abandono.

pelo projeto de lei 700, foi a proposta de tipificar o abandono moral como crime, acrescentando o art. 232-A⁷⁴.

Outro aspecto que deve ser tratado em relação ao abandono afetivo é o chamado abandono afetivo inverso. O abandono afetivo inverso ocorre quando não há afeto nas relações filioparentais, isto é, quando há ausência de cuidado dos filhos para com seus genitores, os quais, em regra, são idosos.⁷⁵ Assim, não só os genitores estão sujeitos a responsabilização pelo abandono do seu filho, como também o contrário. Os filhos não podem deixar de prestar a assistência material e afetiva aos seus pais na velhice.⁷⁶

Por fim, antes de adentrarmos na conceituação do abandono afetivo, cabe ressaltar as palavras de Giselda Hironaka, ao expor que nem sempre a indenização por abandono afetivo será possível, dotando-se, assim, os aplicadores do direito de subsídios tendentes a evitar que uma indústria indenizatória se instale entre nós, sem que se tenha que recorrer ao argumento simples – e em certa medida pobre – no sentido de que o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas, sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos.⁷⁷

No que diz respeito à família e a afetividade, a autora Maria Berenice Dias expõe que conceito atual de família é centrado no afeto como um elemento agregador, que exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

A convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos acaba produzindo sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu

⁷⁴Art. 232-A. deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena – detenção, de um a seis meses

⁷⁵SANTOS, Márlua Almeida. Pais órfãos de filhos vivos: uma análise acerca da responsabilidade civil pelo abandono afetivo do ascendente. 2018. 128 f. trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

⁷⁶ Neste sentido, o IBDFAM, aprovou o enunciado de n. 10 com a seguinte redação: É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <https://www.idfam.org.br>. Acesso em 23 de setembro de 2019

sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.⁷⁸

Um dos dilemas que cercam o abandono afetivo é a comprovação do dano decorrente desse abandono. Para Maria Berenice Dias, é possível se chegar a uma aferição graças a interdisciplinaridade com outros ramos do saber, a exemplo da psicologia.

A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.⁷⁹

A ausência de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

Atente-se para que o mero dissabor por ter sido abandonado afetivamente pelo genitor (a) não ensejará a responsabilização imediata, somente após uma criteriosa análise do caso concreto o genitor (a) omissor poderá ser responsabilizado.

Dentre os doutrinadores brasileiros, o autor Rolf Madaleno é o que mais veementemente defende a indenização por abandono afetivo. Para o citado autor, dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole, diante

⁷⁸DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016, p.99

⁷⁹ibid, p.81

desse contexto, o descuido em situações de dependência e carência, o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado⁸⁰

O autor Rolf Madaleno, ao criticar a postura dos pais omissos com os deveres de cuidado com os filhos afirmar que pais inseguros ressentem-se de entregarem seus filhos na nova família por eles constituída, talvez até já formada por outros filhos, meio-irmãos, e enteados que tratam como se fossem seus verdadeiros filhos, mas mantendo esses covardes ascendentes atitudes de contraste e de incompreensível discriminação, com uma contumaz e indisfarçável rejeição desses pais que selecionam os filhos pelas mães⁸¹

Assim, o descaso dos pais com seus filhos pode lhes trazer serias consequências, não podendo o Judiciário ficar a par dessa situação, dessa forma, Rolf Madaleno afirma que a desconsideração da criança e do adolescente no campo de suas relações, ao lhes criar inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar.⁸²

Em relação ao Judiciário, afirma o citado autor que embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227)⁸³

Dentre as funções do dano moral é inegável que a função preventiva realça-se nesses casos de abandono afetivo, pois a condenação de hoje pelo dano moral

⁸⁰MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.112

⁸¹Ibid., p.344

⁸² Ibid., p.355

⁸³Ibid., p.356

causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro.⁸⁴

A afetividade compreende toda uma classe de cuidados materiais e morais, estando integrados em seu conceito os deveres relativos à educação e formação integral dos filhos. Têm os pais o dever de se esforçar para o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, morais e intelectuais de seus filhos, de modo a que logrem alcançar com o auxílio dos genitores a plenitude de sua formação, tornando-se pessoas úteis e independentes.⁸⁵

Um exemplo do quão doloroso pode ser o abandono afetivo e os efeitos que podem gerar no desenvolvimento psíquico da criança é a atitude do filho, já adulto, de requerer a exclusão do sobrenome paterno de seu registro de nascimento.

É tão profundo o trauma do filho afetivamente abandonado que carregar o sobrenome paterno lhe causa um enorme constrangimento e dor, não lhe restando outra opção a não ser o ajuizamento de uma ação para a retirada do patronímico.⁸⁶

De maneira menos veemente, porém a favor do pleito indenizatório nos casos de abandono afetivo, os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, afirmam que é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.⁸⁷

Antes de tudo, não podemos deixar de mencionar que o abandono afetivo é um dano a personalidade do indivíduo, portanto, apto a gerar indenização. Para

⁸⁴ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.112

⁸⁵ Ibid., p. 655

⁸⁶ Neste sentido, podemos citar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de apelação: “Registro civil. Supressão do patronímico paterno. Situação excepcional amparada no artigo 58 da Lei dos Registros Públicos. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no artigo 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. Deram provimento. Unânime. (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05.10.2005).

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo, Pamplona Filho. Op.cit. p. 655

Giselda Hironaka, o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano a personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotado de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.⁸⁸

De posse desses conceitos, podemos conceituar o abandono afetivo como a ausência de convivência do genitor com seu filho, seja por alienação parental, neste sentido, cabe ao genitor recorrer aos meios legais para fazer cessar tal situação, sob pena de também ser responsabilizado ou por vontade própria do genitor que descumpra os deveres de educação e cuidado estabelecido pelo ordenamento na CF/88, no ECA e no CC/02, abstendo-se de conviver com seu filho, deixando de lhe dar o afeto, essencial ao seu bem estar psíquico-emocional, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade.

Recusando aos filhos a convivência com seus pais afeta-se sua estrutura em formação, age, portanto, o pai em injustificável ilicitude civil, gerando o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação.

4.2 Possíveis hipóteses e excludentes de ilicitude nos casos envolvendo o abandono afetivo

Dentro da temática do abandono afetivo é de sua importância a tentativa de delimitar quais são as hipóteses de incidência dessa responsabilização civil, pois não é qualquer abandono afetivo ou mesmo qualquer comportamento de desleixo do genitor que ensejará a responsabilidade por abandono afetivo, auxiliando dessa forma, no fornecimento de parâmetros seguros para um melhor enquadramento do tema.

⁸⁸HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <https://www.idfam.org.br>. Acesso em 23 de setembro de 2019

Neste sentido, é importante também tecer algumas observações acerca de situações em que o abandono afetivo não restará caracterizado evitando que o Poder Judiciário seja palco para mesquinhas disputas entre genitores, contribuindo para a não banalização desse tipo de dano.

Dentro da temática da responsabilidade civil existem algumas situações que excluem a responsabilidade, por romperem como nexos causais, são elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.⁸⁹ Porém, nem todas essas situações citadas se enquadram como excludentes da responsabilização por abandono afetivo, a exemplo da legítima defesa.

Antes de adentrarmos nessas situações que não ensejaram a responsabilidade por abandono afetivo, é necessário delimitar as hipóteses que de modo claro configuram o abandono.

De modo geral, podemos estabelecer que a primeira hipótese e talvez a mais clássica, tendo sido, inclusive, fundamento para inúmeras ações por abandono afetivo, a hipótese do genitor que após o término do casamento ou união estável, não mantém, de maneira proposital, mais nenhum tipo de contato com a sua prole, em razão de novas obrigações familiares em face da reconstrução de sua vida em outro lar.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 229 explicita que os pais têm o dever de assistir, criar e educar seus filhos, independentemente, da constituição de outra família.

Ademais, o Estatuto da Criança e Adolescente complementando o mandamento constitucional, estabelece em seu art. 22, ser dever dos pais o sustento, a guarda e educação dos filhos.

Por fim, o CC/02 em seu art. 1634, inciso I, afirma que compete a ambos os pais, independentemente, da situação conjugal, dirigi-lhes a criação e a educação dos filhos.

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p.163

Da análise sistemática dessas três normas jurídicas percebe-se a importância que é dirigida a criança e ao adolescente, incumbindo aos pais o dever de mesmo separados, presta-lhes todo o apoio necessário em um momento crucial de suas vidas.

O fim da conjugalidade não pode afetar nem os direitos e nem os deveres de ambos os pais com a prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado, sendo o estado de família é indisponível.⁹⁰

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo.⁹¹

Portanto, o abandono afetivo é uma forma de descumprimento das regras impostas na CF/88, no ECA e no CC/02. As consequências pelo não cumprimento dessas regras impõe a criança não só prejuízos físicos, como também, psicossociais, sendo dever do Poder Judiciário impor ao genitor o dever de indenizar por abandono afetivo, afinal, conforme o art. 227 da CF/88 é dever, não só família e da sociedade, mas também do Estado, de garantir o pleno desenvolvimento da criança e adolescente.

Outra hipótese se relaciona com a atitude do pai ou da mãe que comete a chamada alienação parental, impondo ao não guardião obstáculos ao efetivo convívio com a criança, podendo gerar para o genitor guardião a responsabilização por abandono afetivo em virtude deste comportamento, conseqüentemente, isentando o não guardião da responsabilização.⁹²

Também bastante utilizada como argumento para a responsabilização por abandono afetivo são as situações em que o genitor não conhecia a sua condição de ascendente, informação que lhe foi suprimida pelo ex-companheira, que apenas

⁹⁰Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016

⁹¹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+ab>>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

⁹²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+ab>>. Acesso em 08 de setembro de 2019

revela tal condição anos depois. Parece-nos não ser possível a responsabilização desse genitor, pois não agiu de maneira culposa, nem sequer sabia da existência da prole, não sendo possível imputar-lhe o abandono afetivo. Neste caso, a responsabilização recairia sobre a genitora por ter suprimido a paternidade a sua prole, privando-o injustificadamente do afeto do seu genitor.

Essas hipóteses aqui elencadas de responsabilização civil por abandono afetivo não são taxativas, pois inúmeros são os fatos da vida aptos a gerar esse tipo de responsabilização, bem como inúmeros serão os casos em que haverá a exclusão dessa responsabilização.

Giselda Hironaka frisar que poderá ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório vir a ser pleiteado em face de um pai ou uma mãe fisicamente presente, mas que não tenham cumprido a contento as suas funções de modo amoroso. Nestas hipóteses, dever-se-á redobrar a atenção a fim de não se permitir a instalação de pedidos abusivos, calcados no rancor e na mágoa pela falta de amorosidade dos pais.⁹³

Percebe-se aqui, diferentemente das outras situações, que o afeto está presente, pois os genitores não se furtaram de cumprir os deveres impostos pelo ordenamento, porém a forma como escolheram dirigir a família, desde que, condizente com a dignidade da pessoa humana e do respeito a liberdade, não pode ser questionada com base na mera discordância de opiniões.

Uma outra situação é aquela dos pais que mesmo presentes acabam por delegarem as suas funções de educadores e cuidadores a terceiros, que estão desobrigados destas funções, mas que assumem de forma derivada uma parcela significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídica contratual, a exemplo, dos empregados domésticos e da escola.

Nesta hipótese, a atitude relapsa dos pais que falharam profundamente na educação dos filhos, decorrentes de fatores de ordem social, tais como: excesso de trabalho, ritmo acelerado das grandes cidades etc., não podem dar ensejo a

⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+ab>>. Acesso em 08 de setembro de 2019

responsabilidade civil por abandono afetivo, pois são situações impostas socialmente, bem como fruto de uma escolha de vida que visa garantir uma melhor vida para a própria prole.

Situação extremamente delicada para a conceituação do abandono afetivo são aquelas hipóteses de casais que, depois da desunião, fixam residência em cidades distantes ou até mesmo em outros estados e países, o que dificulta a manutenção de vínculos com a prole, porém, com o fenômeno da globalização e da informatização da comunicação essa distância pode ser mitigada.

Dessa forma, o genitor (a) deve buscar meios para o contato com a sua prole, sob pena de incorrer na responsabilização por abandono afetivo. Se nem mesmo a dissolução da união é capaz de extinguir a filiação, não será a distância física que limitará o genitor ausente de cumprir com os seus deveres. Apenas em situações extremas, principalmente, advindas de fatores econômicos, não será possível a incidência da responsabilização por abandono afetivo⁹⁴

Buscou-se com essa tentativa de elenca as hipóteses de incidência e de exclusão da responsabilidade civil por abandono afetivo, auxiliar para a criação de parâmetros mais claros acerca desse dano moral.

4.3 Exposição analítica dos fundamentos do Resp. 1.159.242-SP

A maioria dos julgados do STJ é no sentido de não reconhecer a responsabilização civil por abandono afetivo, porém, um recurso especial chamou a atenção da comunidade jurídica: o RESP 1.159.242-SP, considerado o “*leading case*” a favor da indenização por abandono afetivo.

⁹⁴ A esse respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a tutela provisória de urgência de um pai que ingressou com uma demanda no intuito de manter contato virtual com seu filho, já que reside nos Estados Unidos atualmente. Para o relator do caso, desembargador Claudio Godoy, o que se pretende preservar é justamente o melhor interesse da criança em construir uma relação com o pai, que se encontra afastado da convivência física por motivos de trabalho. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI307322,21048Pai+que+vive+no+exterior+consegue+regular+amentacao+de+contato+com+filho>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

Este julgado delineou passos importantíssimos acerca do abandono afetivo, originariamente, tratava-se de ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais fundada na ocorrência de abandono afetivo e material durante a infância e adolescência.

Na sentença proferida o magistrado julgou improcedente o pedido constante na ação, fundamentando sua decisão no sentido de que o distanciamento havido entre pai e filha ocorreu devido ao comportamento agressivo da genitora com o genitor da autora após o findar do relacionamento havido entre os mesmos.

Em seu voto no Recurso Especial nº 1.159.242/SP a Ministra Relatora Nancy Andrigh, discorreu sobre a possibilidade da existência de dano moral nas relações familiares onde a Relatora conclui que não há empecilhos legais a aplicação da responsabilidade civil e o dever de indenizar/compensar no ramo do direito de família, fundamentando que o arcabouço jurídico que normatiza a matéria – Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002 – o substanciam de maneira ampla, sem restrições, onde é possível verificar sua regulamentação nas relações de família, em suas mais variadas espécies

A Relatora rebateu ainda a sustentação pelo réu de que a perda do poder familiar é a única punição cabível aos pais que descumprem o exercício das funções inerentes a eles. Dessa forma, a Ministra afirma que a perda do poder familiar não afasta uma possível indenização ou compensação por danos sofridos. Passando a análise dos elementos necessários para a configuração do dano moral, visualizando um liame subjetivo existente na relação entre pais e filhos, justificado pelo vínculo biológico que faz nascer obrigações legais e constitucionais.

Discorre também sobre o entendimento doutrinário majoritário de que entre os deveres atribuídos a autoridade parental, merece destaque o dever de convivência, de cuidado, de educação e criação da prole, necessários a formação e desenvolvimento social e psicológico sadio dos filhos.

Estabelecendo que para a configuração da responsabilidade civil é necessária a subsistência de uma ação ou omissão. Afirmando o conteúdo jurídico existente no dever de cuidado e que a partir da concepção de filhos os pais assumem obrigações que vão além do fornecimento do mínimo vital a sobrevivência. Necessitando o ser

humano elementos imateriais importantes ao seu crescimento. Não se discute a obrigação de amar, que não se impõe o sentimento de amor a ninguém, este é facultativo, porém, o cuidado é imposição legal, biológica, um dever jurídico, essencialmente ligado a liberdade do planejamento familiar no tange a opção de gerar e/ou adotar filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tismado 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. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Continua a discorrer a Relatora do Recurso Especial nº 1.159.242/SP que quando da negligência ao dever de cuidar ocasiona-se ilícito civil na forma de omissão. Preconiza ainda a Relatora que para comprovação do dano e o nexos causal deve haver “laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais”, porém, o julgador não deverá limitar-se somente a essa via probatória, enfatizando ainda, que o sentimento que a recorrida carregará perpetuamente deriva das omissões do dever de cuidado do recorrente em relação a esta, o que acabou por caracterizar dano moral in re ipsa, estando configurada a negligência, o dano e o nexos causal

4.4 Análise acerca da (im) possibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo

A luz da temática do abandono afetivo, claramente o genitor (a) poderá optar por assumir ou não os deveres paternos, porém caso seja feita a escolha pela não assunção de responsabilidade pelo cuidado com sua prole, tal conduta não pode ser aceita pelo ordenamento, pois a Constituição Federal em seu art. 227 estabelece ser

dever, da família, do Estado e da sociedade, assegurar, com absoluta prioridade, além de outros direitos, o direito a vida, dignidade, respeito, a convivência familiar e comunitária, além de colocar o menor a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O princípio da liberdade deixa a cargo do indivíduo a escolha pela paternidade ou maternidade, porém uma vez feita essa escolha, o genitor (a) tem o dever de arcar, em sua integralidade, com as responsabilidades advindas dessa escolha.

Assim, o Estado existe em função da pessoa e não o contrário, não podendo se omitir em resguarda o direito da criança em ser ressarcida pelo abandono afetivo por parte do genitor ausente na sua criação. A negativa do Estado em condenar o genitor (a) viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se isenta de cumprir o seu dever constitucional de proporcionar uma vida digna ao cidadão.

Essa posição ativa do Estado coaduna-se com reconhecimento jurídico constitucional da Dignidade da Pessoa Humana implicando deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes.

As crescentes demandas que chegam ao Poder Judiciário, acerca da responsabilização por abandono afetivo são fruto de um novo olhar lançado sobre o Direito de Família, principalmente, com a constitucionalização do direito privado, onde os interesses patrimoniais deixam de ser o centro de todo o sistema civil, para dar espaço ao indivíduo em sua integralidade.

Não é só o dever financeiro, educacional e alimentar que o genitor deve assumir perante sua prole. Inúmeros são os outros deveres considerados jurídicos, sendo seu descumprimento apto a gerar a responsabilização civil por abandono afetivo.

Dentre esses deveres podemos citar, tomando as lições de Ana Carolina Candia, o dever do não guardião de supervisionar os interesses do filho menor; dever de dirigir a

criação e educação; dever de cuidado; dever de garantir a convivência familiar; dever do não guardião em visitar o filho. Conforme veremos logo adiante, os descumprimentos desses deveres gerarão dano a criança, impondo ao genitor a responsabilização por abandono afetivo.⁹⁵

O caput do art. 1634 do CC/02, prevê que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Ou seja, mesmo com o desfazimento do vínculo conjugal o genitor está obrigado a exercer o seu poder familiar em todos os seus aspectos, tanto matérias como afetivos.

Ainda de acordo com a dicção do art. 1634 do CC/02, o inciso I, prevê que compete aos pais a criação e educação dos filhos, obrigação essa que deve ser vista da maneira mais ampla possível, isto é, educação política, religiosa moral, cívica para o pleno desenvolvimento da pessoa.⁹⁶

O art. 22 do ECA estabelece que além do dever de educação, cabe aos pais ou responsáveis, a responsabilidade pelo cuidado com a criança. Neste sentido, para Ana Candia, fica evidente que arcar apenas com os alimentos e ser totalmente ausente no cuidado, configura descumprimento ao ECA.

Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

A responsabilização civil por dano moral abarcar, além do dano, sua extensão e quantificação, que dentro da discussão do abandono afetivo mostra-se ainda mais delicada. A própria Constituição Federal de 1988 não impôs nenhum tipo de limitação ou tarifação acerca do quantum do dano moral.

No que diz respeito ao abandono afetivo há a controvérsia acerca dos perigos de se quantificar o amor ou a falta dele, porém deve-se ter em mente que o Direito

⁹⁵CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso. 2017. 200 f. dissertação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017

⁹⁶LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018,p.300

não se presta a indenizar qualquer dano de modo indiscriminado, pelo contrário, somente se indenizará o lesado que está protegido juridicamente e comprovar o dano.

A indenização a ser paga em dinheiro pelo genitor tem como propósito fazê-lo sentir de alguma forma o dano que praticou, embora o valor fixado jamais seja suficiente para compensar integralmente o lesado e nem mesmo compensar a dor e angústia de quem foi abandonado por aquele que deveria ser seu ponto de referência, pois esta ausência jamais terá um preço.

A questão da fixação do valor indenizatório nas questões de família deve ser deixada ao arbítrio dos magistrados, devendo atender a alguns fatores, tais como: a relação de causalidade entre a conduta e o resultado; o grau de intensidade da culpa ou do dolo por parte daquele que lesou; a extensão do dano conforme a gravidade das sequelas sofridas pela vítima; se o ofensor realizou qualquer ato no intuito de amenizar a dor sofrida pelo ofendido; se o lesante é reincidente; as condições econômicas das partes envolvidas; o grau de escolaridade; o nível social, ou seja, a reputação da vítima; a repercussão da ofensa perante a comunidade em que reside a vítima; a idade e o sexo da vítima; o caráter permanente ou não do menoscabo que ocasiona o sofrimento.⁹⁷

Ademais, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguiu demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.

Dessa forma, a adoção de critérios objetivos é de extrema relevância na fixação da indenização decorrente do abandono afetivo.

Por fim, a paternidade responsável exige uma série de cuidados do pai com o filho, independentemente da situação da união dos pais, a violação desse cuidado, como por exemplo, o não acompanhamento do desempenho escolar do filho, a não realização de visitas, inadimplência no pagamento de pensão alimentícia, geram no

⁹⁷ CARDIN, Valéria Silva. Op.cit. p. 45

menor uma série de transtornos sociais, ensejando a responsabilização do genitor (a) pelo seu descumprimento.

CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto no presente trabalho é possível concluir o seguinte:

A solidariedade familiar possui íntima relação com o princípio da afetividade, tendo em vista que prioriza o auxílio recíproco entre os indivíduos de uma família, de modo a conservar e honrar os direitos de personalidade de cada ser humano.

Os laços afetivos são responsáveis por tornarem o dever de reciprocidade algo natural e constante. A família pode ser entendida como o primeiro ambiente que a solidariedade se manifesta.

Não há mais um único modelo familiar. Houve uma reestruturação da família, haja vista que, hoje em dia, as famílias se formam através da afetividade, isto é, do carinho que sentem e da disposição em oferecer cuidado e proteção ao outro. Por isso, há o hoje o que se chama de pluralismo familiar.

O afeto não se confunde com o amor. Em verdade, o amor é uma das facetas do afeto, o qual pode englobar ações e sentimento tanto positivos quanto negativos. O afeto relaciona-se muito mais com o cuidado e a convivência familiar, sendo estes dois a sua maior forma de manifestação.

O afeto, por ser elemento basilar das relações atuais de família, possui inegável importância e deve ser considerado como um princípio implícito da Carta Magna e do Código Civil de 2002.

O afeto possui aspectos psicológicos, na medida em que cada pessoa reage de uma maneira ao ser cuidado, protegido ou até mesmo desamparado e renegado.

Os pressupostos da responsabilidade civil – conduta humana, nexos de causalidade, dano e culpa – restam configurados quando os pais abandonam afetivamente seus filhos. Os genitores ao negligenciar cuidados aos seus filhos, provoca diretamente prejuízos a sua saúde física e mental. Assim, todos os elementos essenciais para a configuração da responsabilidade se perfazem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como Dever Jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Cuidado e Responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-58, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

_____. Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. p. 423-455. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios e sua fixação. *Repertório IOB*, São Paulo, n. 15, p. 293.

CALAFIORI, Loyanne Verdussen de Almeida Firmino. **Abandono Afetivo Paternal**. Juruá Editora, 2019, p. 16.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. 2011. 288 f. dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) Setor de Ciências Jurídicas. Universidade federal do Paraná, Paraná, 2011

CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. **Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso**. 2017. 200 f. dissertação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____ **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=952>. Acesso em: 18 abr. 2008

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

DWORKIN, Robert. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FARIAS, Cristina Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: família. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.p. 38

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p.13

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SANCHES, Fernanda KaramChueiri. *A Responsabilidade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Do Jurídico à Ética*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: saraiva, 2017.p. 199

SILVA, Heleno Florindo da. **A Família e o Afeto: O Dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, vol. 33.2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://mdf.secel.com.br/dmdocuments/Heleno%20Silva.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014

SILVA CAMPELO, Danielle Caroline. **Direito e afetividade: uma análise do abandono afetivo após o julgamento do REsp 1.159-242/SP**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019, p. 45

SOUSA, Hiasminni Albuquerque Alves Sousa. Abandono afetivo: Responsabilidade jurídica pelo desamor. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 06 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/863/Abandono+afetivo%3A+Responsabilidade+civil+pelo+desamor>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Abandono Afetivo Paterno: O dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ**. Revista de Direito da FAT, vol. 10, 2º semestre, 2013. Disponível em: <http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao10/convidados/ABANDON_O_AFETIVO_PATERNO_artigo.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil: volume único. Rio de Janeiro: método, 2018. p. 19

TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do afeto**. Revista IBDFAM: família e sucessões. Belo Horizonte. V .14. p. 11-28

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, vol. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/41>>. Acesso em: 20 out. 2014