

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA EDUARDA MARQUES BARBOSA FERNANDES MOREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso:

Reparação por dano moral ao filho decorrente do abandono paterno-filial

Rio de Janeiro, novembro de 2014

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA EDUARDA MARQUES BARBOSA FERNANDES MOREIRA

Reparação por dano moral ao filho decorrente do abandono paterno-filial

Trabalho de Conclusão de Curso,
sob orientação do professor
Gustavo Kloh Muller Neves
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Rio de Janeiro, novembro de 2014

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Reparação por dano moral ao filho decorrente do abandono paterno-filial

Elaborado por MARIA EDUARDA MARQUES BARBOSA FERNANDES MOREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Gustavo Kloh Muller Neves

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1:

Examinador 2:

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2014.

Dedico este trabalho aos meus maiores e melhores amores, cuja vida não teria o menor sentido se por eles não fossem: minha família, meu namorado e meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, por todas as oportunidades que me proporcionou ao longo da vida.

À minha mãe, por ter me dedicado todo o seu amor e carinho, por sempre acreditar em mim e ser a minha maior incentivadora.

Aos meus avós, Geisa e Orlando, por me acolherem, me amarem com tanto afinho e sempre me impulsionarem para seguir adiante.

Aos meus irmãos João Pedro, João Vitor e João Lucas, cujo amor, cumplicidade e carinho me renovam e mantêm de cabeça erguida para enfrentar todas as batalhas da vida.

Ao meu namorado, por toda paciência, incentivo, compreensão, amor, companheirismo e carinho nesse e em todos os momentos da minha vida.

Aos meus amigos, Bárbara, Érika, Luana e Renan, por estarem sempre ao meu lado e tornarem a minha vida infinitamente mais leve e feliz.

Ao professor Gustavo Kloh, pela orientação na realização do presente trabalho.

À minha turma, FGV 2010.1, pelos longos e incríveis cinco anos em que pudemos conviver, compartilhar e aprender juntos como uma grande e animada família.

“Ninguém pode escapar à relação pai-filho. Todos somos filhos de alguém, ainda que alguns se neguem por sua vez a serem pais”.

Vázquez Montalbán

RESUMO

Possibilidade dos genitores responderem civilmente diante do abandono afetivo praticado em desfavor dos filhos. Apresentação das posições controversas da doutrina e da jurisprudência acerca do tema. Análise dos desdobramentos do abandono afetivo e sua relação com outros institutos do direito de Família. Exposição de propostas legislativas que intentam normatizar o instituto.

PALAVRAS CHAVE

Abandono Afetivo. Família. Dignidade da Pessoa Humana. Poder Familiar. Paternidade Responsável. Convivência Familiar. Responsabilidade Civil. Indenização. Danos Morais.

ABSTRACT

Presentation of the different positions in doctrine and in case law. Analysis of the abandonment affective's consequences and its relation with the others Family Law's intitutions. Exposition of legislative propositions that aim to regulate this matter.

KEY WORDS

Abandonment Affective. Family. Human being Dignity. Family Power. Responsible Parenthood. Family Life. Civil Liability. Indemnification. Damages.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

Art. – Artigo

CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CC/02 – Código Civil de 2002

C/C – Combinado com

CDH – Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa

CF – Constituição Federal

CFRB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

MEC – Ministério da Educação

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SAP – Síndrome da Alienação Parental

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ MG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJ RJ– Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ RS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJ SC - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJ SP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

Introdução	Erro! Indicador não definido.
Capítulo I: A Constitucionalização do Direito de Família	3
1.1. Constituição Federal de 1988: Um Novo Conceito de Família	3
1.1.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	5
1.1.2. O Princípio da Solidariedade Familiar	7
1.1.3. O Princípio da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes e Jovens	8
1.1.4. O Princípio da Afetividade	9
1.1.5. O Princípio da Paternidade Responsável	11
1.2. Legislação Infraconstitucional	13
1.2.1. Código Civil de 2002	14
1.2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA	15
Capítulo II: Considerações Acerca Do Instituto Da Responsabilidade Civil	18
2.1. O Instituto da Responsabilidade Civil	18
2.1.1. Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva	18
2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil	21
2.2.1. Conduta	21
2.2.2. Nexo de Causalidade	24
2.2.3. Dano	27
2.2.3.1. <i>Dano Patrimonial</i>	28
2.2.3.2. <i>Dano Moral</i>	29
Capítulo III: O Abandono Afetivo Como Dano Moral	33
3.1. Conceito	33
3.2. Doutrina	355
3.3. Jurisprudência	399
3.3.1. Jurisprudência Favorável nos Tribunais	40
3.3.2. Jurisprudência Desfavorável nos Tribunais	444
3.3.3. O Posicionamento dos Tribunais Superiores frente ao Abandono Afetivo	477
Capítulo IV: Os Desdobramentos do Abandono Afetivo	54

4.1. Poder Familiar	54
4.2. Guarda	57
4.3. Dever de Visita	60
4.4. Síndrome da Alienação Parental.....	63
Capítulo V: Propostas Legislativas e o Projeto Pai Presente	66
5.1. Projeto de Lei nº 700/2007	666
5.2. Projeto de Lei nº 470/2013	71
5.3. Projeto Pai Presente	73
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS.....	788

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se insere na área de Direito de Família e visa analisar a problemática em torno do instituto do abandono afetivo, mais especificamente, a posição da doutrina e da jurisprudência quanto à possibilidade de reparação civil em casos de abandono afetivo paterno filial e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscando proteger integralmente as crianças e os adolescentes, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurá-los, 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, e os colocou a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Contudo, a evolução da sociedade trouxe à instituição familiar mudanças passíveis de grandes reflexões. Essas mudanças foram fundamentais para suscitar questionamentos com as mais diversas abordagens, dentre elas, as novas formas de organização familiar e as responsabilidades a ela atribuídas. O conceito de família primitivamente estabelecido pelo Estado também restou-se flexibilizado, já que o caráter patrimonialista deu espaço à afetividade, que tornou-se o esteio de sua formação.

Desse contexto surge o abandono afetivo, cujo pressuposto está intrinsecamente ligado ao não cumprimento das responsabilidades outorgadas aos genitores pela Constituição Federal, em especial, do dever de cuidado e da convivência familiar, corolários à dignidade da pessoa humana. Assim, buscando compensação pelo dano sofrido em decorrência da inobservância desses direitos, muitos filhos têm procurado o judiciário pleiteando indenizações por danos morais decorrente do abandono afetivo por parte de seus genitores.

Sendo o assunto bastante controverso e ainda recente na ordem jurídica brasileira, o presente trabalho busca apresentar o instituto e a polêmica discussão que o envolve: Seria a falta de afeto indenizável? Caberia ao Estado impor a obrigação de amar? Tentando responder esses e outros questionamentos acerca do tema, o trabalho se dividirá em cinco partes:

Inicialmente, será apresentado o conceito de família à luz da Constituição Federal de 1988 para que se possa contextualizar o tema e abordar o aspecto principiológico que o

envolve. Conjuntamente, será analisada a legislação infraconstitucional brasileira que versa da matéria.

Em seguida, será feita uma análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro para explicar e fundamentar o pleito de reparação por danos morais dos filhos abandonados.

Consecutivamente, focaremos no objeto incipiente do presente trabalho, abordando o conceito de abandono afetivo como dano moral e expondo as posições conflitantes da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Serão abordados, ainda, os desdobramentos do abandono afetivo no âmbito das relações familiares, relacionando-o com outros institutos do direito de família.

Por fim, serão apresentadas proposições legislativas que buscam elucidar a questão e também, um projeto do Conselho Nacional de Justiça que tem sido um instrumento eficaz na preservação dos direitos de paternidade de crianças e adolescentes.

CAPÍTULO I

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1. Constituição Federal de 1988: Um Novo Conceito de Família

No Brasil, durante muito tempo o modelo de família se limitou ao patriarcal, com a prevalência da figura do pai/esposo sobre os demais membros da família. Com o advento da modernidade e as constantes modificações sociais, a instituição familiar recebeu novos contornos, que precisaram ser acompanhados pela Constituição de 1988.

Diante do novo texto constitucional, onde se consagrou o pluralismo das relações familiares, foi possível notar a intervenção do Estado nas relações de direito privado, o que permitiu o revigoramento das instituições de direito civil. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

“Essa é uma característica do Estado social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um Estado liberal, que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional”¹

A Constituição Brasileira de 1988 reformulou e reorganizou os fundamentos que sustentavam a família presente no Código Civil de 1916, que perdeu o seu caráter unicamente patrimonial. Passou-se, então, a valorizar seus integrantes, reconhecendo a igualdade entre eles e suas necessidades enquanto sujeitos de direitos, e a proteger integralmente a dignidade da pessoa humana, erigido como fundamento do ordenamento jurídico pátrio.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

Escorado no novo contexto social que se impôs, optou o legislador constituinte pela expansão do conceito de família ao dar juridicidade à afetividade e reconhecer, por exemplo, o relacionamento existente fora do casamento. De igual forma, afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando também como família a união estável e as relações monoparentais. Para Maria Berenice Dias, “ocorreu uma ruptura no caráter monolítico da família, assumindo, a família e o casamento, um novo perfil, voltado muito mais para realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.”²

Assim, a sociedade viu os direitos de homens e mulheres serem igualados, o tratamento indistintamente de filhos havidos ou não do casamento ser positivado, e os efeitos jurídicos a outros modelos familiares, além do matrimonial, serem legitimados, consoante os artigos 226, § 3º a 5º e art. 227, §6º:

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

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

² Id. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.41.

Com a constitucionalização do direito de família, esta ganhou valores mais condizentes com a sua nova roupagem, priorizando a dignidade, igualdade, solidariedade, responsabilidade e afeto, tornando-se um local de realização dos anseios e aspirações de seus membros.

Apesar de toda a modernização da Constituição em relação ao reconhecimento dos diversos modelos de família existentes na sociedade moderna, os avanços entraram em colisão com os costumes ainda enraizados na sociedade e com as disposições ordinárias espalhadas em codificações e leis autônomas. Foi um processo lento de reestruturação social, mas muito benéfico para a instituição familiar, que se tornou o epicentro do ordenamento jurídico brasileiro, tamanha a sua importância para a formação de uma sociedade livre de males e injustiças.

Percebe-se, com isto, que houve uma verdadeira democratização da instituição familiar, em uma demonstração de respeito e efetivação dos princípios da dignidade, afetividade e igualdade positivados constitucionalmente. Por esta razão, é imprescindível que as questões que se apresentam sob a égide do Direito de Família busquem suas soluções a partir da análise desses e dos demais princípios constitucionais que serão a seguir analisados.

1.1.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a pessoa humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que os institutos de direito civil, principalmente os de direito de família, se “personalizaram”. Se em um primeiro momento prevalecia a proteção ao patrimônio e aos interesses privados, hoje valoriza-se a pessoa e sua dignidade.

Elevado a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, de acordo com o art. 1º, III da Constituição Federal, este princípio norteia e propaga seus efeitos a todo o sistema jurídico brasileiro, consagrando-se como valor nuclear da ordem constitucional.

Para Tavares da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana: a afirmação de sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, além da garantia do livre desenvolvimento de sua autonomia e personalidade, constituindo-se verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa humana³.

Já para Rodrigo da Cunha Pereira, o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdades, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos⁴.

A fundamentalidade atribuída a esse princípio impõe aos operadores do direito uma nova posição frente às situações a eles impostas, de modo que esses devem não somente assegurar o direito à vida, mas também o direito a uma vida digna. A dignidade passou a ser o ponto central das atuais discussões do Direito de Família, atuando de modo a orientar diversas questões práticas envolvendo as relações familiares.

Segundo Sérgio Resende de Barros, como o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer, dando-lhe a ordem constitucional uma especial proteção⁵.

Na Constituição Federal, esta garantia encontra –se exemplificada nos arts. 230 e 227, que preveem, respectivamente, que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar a pessoa idosa, defendendo sua dignidade e bem estar, bem como 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Caso real de abandono paterno**. Disponível em <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203>. Acesso em: 5 de out. 2014.

⁴ PEREIRA apud DIAS; Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

⁵ BARROS apud DIAS; Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

Contudo, apesar de ter previsão expressa na Carta Magna, muitos pais negligenciam essa proteção, atuando de forma incompatível com o que prevê tal princípio na criação de seus filhos, descumprindo seus deveres paternos, deveres esses que vão além da simples obrigação de subsistência.

E é justamente essa negligência que ocasiona danos à personalidade e à dignidade das crianças e adolescentes que enfrentam situações, dentre muitas outras, como a do abandono paterno-filial.

1.1.2. O Princípio da Solidariedade Familiar

Reconhecido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 3º, I da CRFB/88, a solidariedade social busca a formação de uma sociedade justa, livre e solidária. No âmbito familiar, esse princípio transparece através dos vínculos afetivos.

No capítulo da Constituição Federal destinado à família, o princípio encontra-se presente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230).

Por sua vez, o Código Civil de 2002 igualmente consagra o princípio da solidariedade no âmbito familiar ao prever a obrigação alimentar (art. 1.694), onde os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança também inclui a solidariedade como um dos princípios a serem observados, sendo este reproduzido pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA:

Art.4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Dessa forma, nas palavras de Maria Berenice Dias:

“Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar-se que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229).”⁶

Nota-se, portanto, que tal princípio afasta todos os valores individualistas mantidos até então por uma sociedade puramente patriarcal, atribuindo à sociedade moderna como um todo, mas principalmente ao seio familiar, a obrigação de assistir uns aos outros.

1.1.3. O Princípio da Proteção Integral à Crianças, Adolescentes e Jovens

O princípio da proteção integral a criança, adolescentes e jovens encontra respaldo constitucional no art. 227 caput da CRFB/88, que assegura um tratamento especial aos cidadãos de até 18 anos de idade.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A ideia de proteção integral das crianças e adolescentes transformou a criança em sujeito de direito, oferecendo a ela um tratamento especial por parte da família, da sociedade e do Estado.

O referido princípio também está positivado nos arts. 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, demonstrando a clara ênfase dada pelo legislador infraconstitucional à proteção integral desse grupo de pessoas.

Com efeito, afirma Maria Berenice Dias que “a maior **vulnerabilidade e fragilidade** dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os fez destinatários de um

⁶ DIAS; Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

tratamento especial”.⁷ Efetivamente, as crianças passam a ser protagonistas nas relações paterno-filiais, de modo que o ECA torna-se um importante instrumento para salvaguardar os interesses e direitos fundamentais desses cidadãos vulneráveis.

Podemos notar a efetiva aplicação do princípio aludido no âmbito das relações paterno-filiais quando da atribuição da guarda dos filhos em caso de dissolução da sociedade ou vínculo conjugal (art. 1.584 do CC/02), quando assegurado aos filhos os mesmos direitos e qualificações, sendo vedadas as designações discriminatórias como “filhos ilegítimos, incestuosos ou adotivos” (art. 227 § 6º da CF) ou ainda, na destituição do poder familiar e entrega à adoção, quando não assegurados pela família biológica os direitos à dignidade e desenvolvimento integral da criança.⁸

Por fim, nas palavras de Paulo Lôbo, “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com a sua família, com a sociedade e com o Estado”.⁹

1.1.4. O Princípio da Afetividade

Ainda que não expresso no texto constitucional, o princípio da afetividade ganhou destaque no âmbito do direito de família devido às sensíveis alterações na concepção de família, que deixou de ser patrimonializada e passou a se fundamentar no afeto e na solidariedade entre seus membros.

Sobre o tema, afirma Rodrigo da Cunha Pereira:

“De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas, exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. [...] o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental.”¹⁰

⁷ Ibidem., pg. 70. (*grifo do autor*).

⁸ Ibidem., pg. 71.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2ª tiragem [s.l.]: Saraiva, 2012, p. 45.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Del Rey, 2006. Pg. 180.

Em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre e se legitima o princípio da afetividade, o conceito de família vem ganhando uma nova conotação, já que novas unidades familiares estão sendo reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico.

Reconhecer novas formas de família, além de trazer efetividade ao princípio do pluralismo das entidades familiares, mostra o viés afetivo ao qual o direito de família tem proposto. O vínculo biológico, que durante longos anos foi imprescindível ao cumprimento das funções tradicionais da família patriarcal, sucumbiu ao vínculo afetivo em razão dos avanços socioculturais, mas principalmente, pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Maria Berenice Dias destaca que a Constituição Federal, ao conferir proteção especial à família e deixar de reconhecer apenas as uniões matrimonializadas como a única base da sociedade, conferiu extrema importância ao princípio da afetividade, pois reconheceu a possibilidade da existência dos vários arranjos familiares¹¹. A respeito segue a autora dizendo:

“Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, [...] Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.”¹²

Ainda que implicitamente, identificamos na CFRB/88 quatro fundamentos essenciais para do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independente da origem (CF 227 § 6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).¹³

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. 2ª triagem: Revista dos Tribunais, 2013, pg. 70.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto**. IBDFAM, Belo Horizonte, 04 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=119>>. Acesso em: 11 de out. 2014.

¹³ FILHO apud DIAS; Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. 2ª triagem: Revista dos Tribunais, 2013, pg. 71.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional utiliza a palavra afeto apenas para identificar o genitor a quem deve ser deferida a guarda unilateral (art. 1.583 § 2º, I do CC/02), mas também invoca a relação de afetividade como elemento indicativo para definição da guarda a favor de terceira pessoa (art. 1.584 § 5º do CC/02).¹⁴

Entretanto, Belmiro Welter identifica em outras passagens do texto civil de 2002 a valorização do afeto: (a) Art. 1.511, que estabelece comunhão plena de vida no casamento; (b) Art. 1.593, que admite outra origem de filiação além do parentesco natural e civil; (c) Art. 1.596, que consagra a igualdade na filiação; (d) Art. 1.604, ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação; e por fim, (e) ao falar primeiramente de questões pessoais e posteriormente de questões patrimoniais quando trata do casamento e de sua dissolução.¹⁵

Enfim, percebe-se que o princípio da afetividade ganhou prospecção no âmbito familiar e tornou-se o princípio norteador do direito de família, atribuindo valor jurídico ao afeto. Em sábias palavras, Paulo Lôbo define de forma exemplar o contexto em que se insere o princípio da afetividade:

“A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. E o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.”¹⁶

1.1.5. O Princípio da Paternidade Responsável

Intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade tem previsão constitucional no art. 226, § 7º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 226, § 7º: Fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. 2ª tiragem: Revista dos Tribunais, 2013, pg. 73.

¹⁵ WELTER, apud DIAS; Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. 2ª tiragem: Revista dos Tribunais, 2013, pg. 74.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2ª tiragem [s.l.]: Saraiva, 2012, p. 69.

exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Este ganha destaque à medida que se torna preceito básico do planejamento familiar, onde o filho deve ser concebido e criado em um lar que assevere todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente, quais sejam, alimentação, educação, lazer, respeito, dignidade, e, sobretudo, afeto.

A redação do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente inspirada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, confirma os preceitos básicos do aludido princípio. *In verbis*:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, a responsabilidade dos genitores em relação ao filho já nascido ou ao nascituro se mostra vitalícia, obrigando-os a todas as relações jurídicas oriundas da relação paterno-filial, seja ela patrimonial ou afetiva.¹⁷

Na concepção de Maria Berenice Dias,

“É preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes (CF, art. 227), delegando não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar.”¹⁸

O princípio da paternidade responsável também encontra fundamento no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que afirma que o reconhecimento do estado de filiação

¹⁷ MACHADO, Gabriela Soares Linhares; **Dos Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial.** Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%AAdpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%AAdveis+ao+Direito+de+Fam%C3%AADlia%3A+Repercuss%C3%AAdo+na+rela%C3%AAdo+paterno-filial> - Acessado em: 10 de out. 2014

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos e Paternidade Responsável.** Disponível em: <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?17.3> - Acessado em: 10 de out. 2014

é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Não exercer a paternidade responsável, isto é, não assegurar à criança e ao adolescente os direitos a eles atribuídos, conforme disposto na Constituição Federal e no ECA, constitui crime tipificado no Código Penal nos arts. 244 e 246 - abandono material e intelectual do filho menor - e pode acarretar graves consequências à vida da criança ou do adolescente.

Mister mencionar que o princípio da paternidade responsável deve ser interpretado extensivamente, ao passo que as responsabilidades devem ser partilhadas por ambos os genitores, que devem ponderar as necessidades materiais, físicas, emocionais e psíquicas de sua prole.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira,

“Na assunção de seus papéis de pais, os genitores não devem limitar seus encargos ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo, sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique. Essas são prerrogativas do “poder familiar” e, principalmente, da delegação de amparo aos filhos.”¹⁹

Portanto, é imperioso restabelecer a paternidade e a maternidade responsáveis, de forma a que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam em um ambiente sadio e equilibrado.²⁰

1.2. Legislação Infraconstitucional

Após discorrer sobre o conceito de família à luz da Constituição Federal, é imperioso abordar o assunto a partir da legislação infraconstitucional. A seguir o tema será apresentado de acordo com o Código Civil de 2002 e da Lei 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>. Acessado em: 11 de out. 2014.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Atual Estado do Biodireito**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.144.

1.2.1. Código Civil de 2002

O Código Civil brasileiro, Lei N°. 10.416, de 10 de janeiro de 2002, surgiu para que a legislação civil pudesse acompanhar as novas diretrizes constitucionais. Ele procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família para que refletisse os anseios humanistas trazido pela Constituição de 1988, deixando para traz parte do cunho individualista e patrimonialista do extinto Código Civil de 1916.

À época de vigência do sistema codificado de 1916, a sociedade brasileira refletia uma modelo familiar patriarcal, conservador, onde a família só era reconhecida se originária do casamento, que tinha caráter indissolúvel. O instituto da união estável não era reconhecido, mas existiam casais que viviam como se casados fossem através de decisões judiciais, como no caso do concubinato.²¹ Fazia-se, inclusive, distinções entre filhos legítimos e ilegítimos, isto é, distinções entre os nascidos em decorrência do casamento de seus genitores e aqueles havidos fora do casamento e também entre filhos naturais e adotivos. Aos filhos oriundos do adultério era negado o reconhecimento da paternidade, de modo que somente aqueles advindos do casamento tinham seus direitos reconhecidos e assegurados.

O advento da Constituição Federal de 88 foi essencial para o ponta pé inicial do moroso processo de evolução legal das relações familiares e de parentesco. Alguns diplomas legais precederam sua tardia promulgação, a exemplo da Lei do Divórcio e do Estatuto da Mulher Casada, mas não foram capazes de retirar da sociedade o ranço individualista da instituição familiar, onde ainda prevaleciam os interesses da instituição sob os anseios de seus membros.

Sob a influência da CRFB/88, o Código Civil de 2002 eclodiu, e apesar de não ter refletido todas as profundas alterações pelas quais passou a família no século XX, dirimiu algumas injustiças ao excluir expressões e conceitos que retratavam preconceito e discriminação. A dissociação da filiação do estado civil dos pais, por exemplo, foi um grande avanço para o novo diploma legal, pois retirou assim, o estigma de filho “adulterino” àqueles

²¹ CORRÊA apud DIAS; Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. 2ª triagem: Revista dos Tribunais, 2013, pg. 30.

gerados fora do casamento, concedendo-lhes, inclusive, o reconhecimento de paternidade anteriormente vedado (art. 1.607 do CC/02).²²

De igual forma, equiparou o status de filhos naturais e adotivos (art. 227 § 6º da CRFB/88 c /c art.1.596 CC/02), admitiu a união estável como entidade familiar (art. 226 § 6º da CRFB/88 c/c art. 1.723 CC/02), substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, concedendo aos demais membros da instituição familiar direitos e deveres recíprocos (arts. 1.630 em diante do CC/02) e disciplinou a prestação de alimentos de forma mais ampla, abandonando o caráter de mera subsistência (arts. 1.694 em diante do CC/02).

Na concepção de Carlos Alberto Gonçalves:

“Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.”²³

Restou pendente a abordagem satisfatória de outros aspectos, tal como a previsão expressa da união entre pessoas do mesmo sexo – união homoafetiva. No entanto, é possível notar que o advento do Código Civil de 2012 expandiu o contexto de parentesco anteriormente fixado no vínculo consanguíneo, reconhecendo conjuntamente o afeto como critério para formação do seio familiar.

1.2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

Até a proclamação da Constituição Federal de 1988, não havia qualquer legislação que previsse a doutrina da proteção integral e do melhor interesse das crianças e adolescentes. Foi

²² CÓDIGO CIVIL 2002 - Art. 1.607: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

²³ GONÇALVES, Carlos Alberto, **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6). p. 33-34.

em Julho de 1990 que essa realidade mudou. Promulgou-se a Lei 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que veio para assegurar às crianças e adolescentes maior proteção do Estado e reconhecê-los, sem distinção de raça, cor ou classe social, como sujeitos de direitos e deveres.

Foi um marco para a sociedade e uma evolução para o Direito de Família, que passou a observar de forma ampla os interesses de todos os membros familiares, em especial, daqueles que se encontram em condição de maior vulnerabilidade pela sua fragilidade como ser humano ainda em formação. Para o ECA, considera-se criança quem tem doze anos incompletos e adolescente quem tem dos doze aos 18 anos, conforme seu art. 2º²⁴.

Buscando a efetiva proteção desses seres humanos tão vulneráveis, o ECA também declarou que enquanto pessoas em desenvolvimento, as crianças e adolescentes merecem ser tratados com prioridade absoluta pelo Estado, pela família e pela sociedade em geral, para que tenham um pleno desenvolvimento físico, mental, moral e social, conforme declara o art. 3º c/c art. 4º do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Admitiu ainda, em seu art. 5º, punição na forma da Lei para qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, de modo que nenhuma criança ou adolescente poderá ser objeto de qualquer tipo de negligência.

O advento do ECA não só elencou direitos e deveres no que tange à proteção dos menores, como atribuiu a essa parte da população valor jurídico e imprimiu um outro modo de pensar em políticas e ações, para asseverar seus direitos sociais, econômicos e civis,

²⁴ LEI 8.069/90 - Art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

alterando o modo como a sociedade e os próprios integrantes do seio familiar observam e contribuem para a sua formação.

Em um breve relato sobre o Estatuto, Maria Berenice Dias afirma:

“A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser asseguradas pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei 8.069/1990), microsistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.”²⁵

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente preludeu no Brasil outra concepção de família ao conceber na sua principiologia, baseada na Doutrina da Proteção Integral, outras configurações e dinâmicas familiares, e ao assegurar a convivência familiar e comunitária às crianças e aos adolescentes, como disposto em seu art. 19, *in verbis*:

Art. 19: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Conclui-se, portanto, que a nova concepção de família ganhou destaque à medida que a Constituição Federal e a demais legislações infraconstitucionais legitimaram o princípio da afetividade como consequência do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio este fundamental para manutenção das relações familiares e da solidariedade social. Ficam, portanto, os genitores responsáveis pela criação de seus filhos de forma digna, íntegra e responsável, de modo a salvaguardar os seus direitos fundamentais.

A seguir, para introduzirmos a discussão em torno do tema objeto do presente trabalho, será feita uma breve consideração acerca do instituto da responsabilidade civil para que se possa contextualizar e compreender o fundamento do pleito de reparação civil em casos de abandono afetivo paterno filial.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

CAPÍTULO II

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Uma vez abordados os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que compreendem a instituição familiar no direito contemporâneo, faz-se necessário introduzirmos o tema da responsabilidade civil no presente trabalho – em especial o do dano moral - para que se possa compreender mais à frente a correlação existente entre o instituto e o abandono afetivo paterno-filial.

2.1. O Instituto da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é uma das vertentes do direito que passou por grandes transformações ao buscar adequar-se às evoluções pelas quais a sociedade se sujeitou ao longo do tempo. Por tal motivo, as inúmeras concepções acerca da matéria precisaram ser repensadas para acompanhar as problemáticas atuais, trazendo nova regulamentação ao instituto, como poderemos ver adiante.

2.1.1. Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva

O instituto da responsabilidade civil no Código Civil de 1916 baseava-se exclusivamente na teoria da culpa, principal pressuposto da teoria subjetiva. A teoria objetiva, por sua vez, era tratada apenas em alguns artigos para casos muito específicos, não tendo a mesma relevância para o ordenamento jurídico brasileiro. Ensina Arnaldo Rizzardo:

“No caso do direito brasileiro, fulcrado no Código Civil de 1916, a responsabilidade fundamentava-se primordialmente na teoria da culpa subjetiva. O art. 159 do CC rezava: “Aquele que, por ação ou omissão

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano...”. (2011, p. 27).”²⁶

Com o avanço das relações sociais, a teoria subjetiva foi posta em questionamento por não acompanhar o desenvolvimento da sociedade e se mostrar incapaz de amparar todas as situações que ocorriam. O desenvolvimento industrial, por exemplo, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional, geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa da teoria subjetiva²⁷, levando a doutrina e a jurisprudência a observarem que a responsabilidade civil fundada na concepção tradicional de culpa não mais trazia as respostas para todos os casos de dano, já que muita das vezes a vítima não conseguia provar a culpa do agente.

Importantes trabalhos sustentado a ideia de responsabilidade civil sem culpa, baseada na teoria do risco, foram divulgados na Itália, na Bélgica e na França, o que propiciou a adoção da teoria pela lei brasileira. Hoje, o Código Civil de 2002 revogou essa ideia de exclusividade da teoria subjetiva - apesar de manter a culpa como fundamento da responsabilidade civil em seu art. 186 (art. 159 do Código Beviláqua) - ao prever também a responsabilidade objetiva em seus art. 927 § único, art. 931 e outros²⁸.

Dessa forma, ainda que o Direito Civil brasileiro estabeleça que o princípio geral da responsabilidade civil, em direito privado, repouse na culpa, aplica-se em alguns casos da teoria do risco, sendo a legislação trabalhista um exemplo típico dessa responsabilidade objetiva²⁹. Cabe aqui, portanto, conceituar as duas teorias para que adiante possamos tratar dos elementos que as compõe.

Ancorada em três alicerces, quais sejam a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade, a teoria da responsabilidade civil subjetiva preconiza a necessidade de comprovar a culpa do agente causador do dano, bem como apurar se este agiu com dolo ou culpa. Sua previsão legal advém da conjugação de dois dispositivos do Código Civil de 2002, o art. 186 c/c o art. 927, *in verbis*:

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.

²⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

²⁸ Idem.

²⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 185.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “a partir do momento que alguém, mediante conduta culposa viola o direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar”³⁰.

Em contrapartida, quando não há a necessidade da vítima demonstrar a culpa do agente, estamos diante da responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco, na qual, para que a responsabilidade reste configurada não é necessário demonstrar a culpa do agente, basta que o agente “desempenhe” uma atividade perigosa, que traga riscos. Há casos de responsabilidade civil objetiva já presumidos em Lei, como é o caso dos acidentes decorrentes da relação de trabalho. De acordo com Cavalieri Filho:

“Provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma coisa das causas de exclusão do nexo causal. Não cabe aqui qualquer discussão em torno da culpa”³¹

Segundo José Cretella Júnior:

“Enquanto a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza.”³²

Assim, apesar das diferenças apresentadas entre as teorias, nota-se que elas buscam se complementar e abarcar todas as situações de dano passíveis de reparação, protegendo, a seu modo, as vítimas, ao atribuir responsabilidade aos agentes causadores.

³⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

³¹ *Ibidem.*, p. 181.

³² JÚNIOR, apud Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 182.

Quanto ao enfoque do abandono afetivo, claramente estamos diante da responsabilidade civil subjetiva do genitor que abandona sua prole, sendo, portanto, necessário verificar se o pai incorreu em dolo ou culpa (imperícia, imprudência ou negligência). Dessa forma, nos ateremos a tratar sobre o instituto no prisma da teoria subjetiva da responsabilidade civil, apresentando a seguir seus elementos caracterizadores.

2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os elementos caracterizadores da responsabilidade civil são: a conduta do agente, o nexo de causalidade e do dano, que pode ser patrimonial e moral. Tais pressupostos são indispensáveis para atribuição do dever de indenizar e devem ser observados cumulativamente na responsabilidade civil subjetiva, ao contrário do que acontece na responsabilidade civil objetiva, que dispensa o elemento culpa.

2.2.1. Conduta

A responsabilidade civil carece da existência de uma ação comissiva ou omissiva que produza consequência na esfera jurídica. Haverá ação quando o agente praticar algo proibido pelo ordenamento jurídico pátrio, quando houver um comportamento positivo, como a destruição de coisa alheia, a morte ou a lesão corporal de alguém. Já a omissão, ocorrerá quando o agente deixar de fazer algo que o ordenamento impõe, quando houver uma inatividade, uma abstenção de uma conduta devida, como no caso de um médico que não socorre um paciente com risco de morte³³.

Para Silvio de Salvo Venosa:

“A culpa in comittendo, (...), caracteriza-se por ato positivo do agente, enquanto a culpa in omittendo estampa-se no ato omissivo. O comportamento voluntário do agente caracteriza-se por uma ação ou omissão, que produz consequência jurídicas. A ação é a modalidade mais comum de exteriorização de conduta. Normalmente, na esfera

³³ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 38.

extracontratual, há um dever geral de abstenção. O ato positivo é que deflagrará eventual ilicitude. A inatividade, quando do agente se exige uma ação, caracteriza a conduta omissiva. Normalmente, a omissão por si só é irrelevante para a esfera jurídica. Somente pode ser responsabilizado por omissão o agente que estiver em situação jurídica que o obrigue a agir, a impedir um resultado. Nesse sentido, o pai é responsável civil e criminalmente pela omissão de alimentar os filhos.³⁴

Dessa maneira, verifica-se que a conduta do agente é um comportamento voluntário exteriorizado através de uma ação ou de uma omissão que produza consequências jurídicas. Apesar da conduta comissiva ser a mais comum na ocorrência do dano, a conduta omissiva ganha relevância à medida que se aplica àqueles que tinham o dever de agir, ou seja, a obrigação de impedir o resultado, como é o caso dos pais que abandonam.

Cavaliere Filho, a tratar sobre a conduta omissiva, afirma: “Somente os pais, por exemplo, respondem, civil e penalmente, pela omissão alimentar dos filhos, porque a eles cabe o dever legal de alimenta-los (...)”³⁵.

Em regra, a responsabilidade do dano recai sobre aquele que de fato lhe deu causa, por conduta própria. É a chamada responsabilidade direta, por fato próprio. Todavia, a lei permite a atribuição de responsabilidade a terceiros, a chamada responsabilidade do fato de *outrem* ou de terceiro, a quem o responsável está ligada por alguma circunstância, como no caso do dever de guarda, vigilância e cuidado. É o caso, por exemplo, do art. 932, I, do Código Civil, onde os pais respondem pelos atos dos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia. Pode, inclusive, ocorrer a responsabilização do agente por dano causado por animal ou coisa que estava sob sua guarda, de acordo com os arts. 936, 937 e 938 do referido diploma legal. A lei responsabiliza esses agentes por terem eles se omitido do dever de guarda, vigilância ou cuidado dessas pessoas, animais ou coisas.

Frisa-se que, para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva é imprescindível a conduta culposa do agente, o que significa dizer que o agente só poderá ser pessoalmente responsável pelo dano causado a terceiros quando a sua conduta for reprovável e passível de um juízo de censura. Em outras palavras, quando diante das circunstâncias concretas, for possível afirmar que ele poderia ter agido de outra forma, que ele foi capaz de discernir a

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35.

³⁵ FILHO, Sérgio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 38.

reprovabilidade daquele ato, se mostrando, portanto, imputável. Nesse sentido, leciona Cavalieri Filho:

“Imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.”³⁶

Para a doutrina e a jurisprudência, não cabe ainda a distinção entre culpa e dolo para a figuração da responsabilidade civil subjetiva. Cabe, somente, a necessidade de comprovação da conduta culposa, seja ela obtida com dolo, onde se procura intencionalmente o resultado ilícito, ou com culpa, relacionada à falta de cautela do agente, a não observância do seu dever de cuidado. O que se persegue na responsabilidade subjetiva é tão somente a reparação da vítima, não importando, para esfera civil, se o agente agiu com dolo ou culpa. Explica Venosa:

“Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. Giovanna Visintini (1999:39) aponta que esses dois aspectos, estruturalmente, não têm nada em comum. De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as consequências são idênticas.”³⁷

Cabe, por fim, abordar que a falta de cautela do agente se exterioriza através da imprudência, negligência e imperícia. A imprudência consiste na falta de cuidado por conduta positiva, comissiva. Já a negligência é a mesma falta de cuidado, mas por conduta omissiva. A imperícia decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que exige, em regra, maior dever de cuidado do agente³⁸.

Por todo o exposto, é possível afirmar que a conduta nada mais é do que a exteriorização da vontade do agente através de uma ação ou omissão, devendo existir nesta conduta a culpa ou dolo, para que se tenha configurada a responsabilidade civil subjetiva.

Passamos a discorrer a seguir sobre o segundo elemento formador da responsabilidade civil, o nexa causal.

³⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 26.

³⁸ FILHO, op. cit., p. 52.

2.2.2. Nexos de Causalidade

O nexo causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil - subjetiva ou objetiva - e um referencial entre a conduta e o resultado do dano. Antes de definir a responsabilidade do agente, é preciso observar o nexo de causalidade, ou seja, se ele realmente deu causa ao resultado danoso.

Sobre o nexo causal, Cavalieri Filho ensina:

“Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado deste ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.”³⁹

Não há no Código Civil regra expressa sobre o nexo causal, ao contrário do Código Penal, cujo art. 13 dispõe: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.”. Na legislação civil, o único dispositivo que trata do nexo causal é o art. 403, cujo teor é obscuro e insuficiente, como segue:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Buscando solucionar a problemática envolvendo o nexo de causalidade, foram suscitadas algumas teorias das quais duas se destacam: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

A primeira, também conhecida como *conditio sine qua non*, não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos). Aqui, as condições concorrentes para o mesmo resultado possuem o mesmo valor, a mesma equivalência, não se indagando se uma foi mais ou menos eficaz para produção do dano⁴⁰.

³⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 64.

A crítica para essa teoria, de acordo com o autor supracitado, tem origem na exacerbação da causalidade e uma regressão infinita do nexos causal, ao passo que por ela a vítima de atropelamento, por exemplo, seria indenizada por toda a cadeia que deu causa ao atropelamento, ou seja, por que dirigia o veículo, por quem lhe vendeu o automóvel, por quem fabricou, quem forneceu matéria prima, etc.

Já para a teoria da causalidade adequada, a causa é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Em outras palavras, nem todas as condições serão causas para o resultado, mas somente aquelas que forem mais adequadas à produção do evento.

Ao contrário da teoria anteriormente mencionada, a teoria da causalidade adequada faz distinção entre a causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância ao ocasionar o dano. Observa-se a causa mais determinante para a o resultado, ignorando as demais.

Assim como a teoria da equivalência dos antecedentes, também há críticas acerca desta teoria, cujo problema reside na incógnita de como estabelecer entre, várias condições, a mais adequada. Não há uma regra teórica para essa ponderação, o que se faz é avaliar o caso concreto para se chegar a uma conclusão, cabendo ao juiz avaliar e atestar a realidade fática com razoabilidade e bom-senso.

Das duas teorias apresentadas, a maioria da doutrina defende que a acolhida pelo direito civil pátrio é a teoria da causalidade adequada, ainda que na esfera penal predomine a teoria da equivalência das condições. Segundo Cavalieri Filho:

“Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorrem para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.”⁴¹

Cabe, por fim, mencionar a existência de situações de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao agente, ou seja, da impossibilidade de se

⁴¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

responder por algo que não se deu causa. São as chamadas excludentes de responsabilidades, que de acordo com a doutrina, ocorrem nas hipóteses de caso fortuito, força maior e fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

No que diz respeito ao caso fortuito e à força maior, encontram-se expressos no art. 393 do da legislação civil, dispondo que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Apesar de não haver concordância quanto à definição destas excludentes, o parágrafo único do artigo supra praticamente as consideram sinônimas, ao passo que caracteriza o fato fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir⁴². São, basicamente, todo e qualquer acontecimento inteiramente estranho à vontade do devedor ou agente.

Entretanto, para Sérgio Cavalieri, ainda que a diferença seja substancial, ela existe. Em suas palavras:

“Estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento previsível e, por isso, inevitável; se o evento for evitável, ainda que previsível, por ser tratar de um fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz.”⁴³

Por sua vez, a culpa exclusiva da vítima ocorre quando a conduta do agente é apenas o instrumento causador do dano. Exclui-se, nesse caso, o próprio nexos causal em relação àquele que aparentemente causou o dano, não devendo se falar em simples ausência da culpa, mas sim em isenção de responsabilidade, já que o fato desencadeante do dano consiste na culpa da própria vítima.

Enfim, o fato de terceiro é assim como o caso fortuito e a força maior, uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável. Entretanto, nesse caso, há atuação de uma terceira pessoa para a ocorrência do resultado, excluindo a responsabilidade do agente ao romper o nexos causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima, ao produzir por si só o resultado.

Exposto o nexos causal, passaremos a falar do terceiro pressuposto caracterizador da responsabilidade civil: o dano.

⁴² FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.88.

⁴³ Idem.

2.2.3. Dano

O dano é o elemento fundamental para responsabilidade civil e encontra-se no centro da obrigação de indenizar, já que o dever de reparar só ocorre quando alguém causa dano a *outrem*. Sem que haja dano não há dever de reparar, ainda que a conduta do agente seja dolosa ou culposa, pois não há um prejuízo comprovando a um bem ou interesse jurídico.

Segundo Sérgio Cavalieri:

“A obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco do dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de indenizar.”⁴⁴

O Código Civil é expresso ao afirmar a necessidade do dano para caracterizar a responsabilidade civil ao trazer em seu art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica obrigado a repará-lo.”. De igual modo, o art. 186 fala em violar direito e **causar dano** e o parágrafo único do art. 927: “Haverá obrigação de **reparar o dano**, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo **autor do dano** implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁴⁵.

É evidente que a existência do dano é determinante para o dever de indenizar, tendo em vista o fato de que o objetivo da indenização é “reparar o dano sofrido pela vítima e reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito”⁴⁶. Caso contrário, a indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito, sem causa para quem a recebesse.

Em resumo, o dano é uma lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, podendo ter esta natureza patrimonial ou natureza moral, quando integrante da personalidade da vítima, conforme veremos adiante.

⁴⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92

⁴⁵ Idem. (*grifo do autor*)

⁴⁶ Idem.

2.2.3.1. *Dano Patrimonial*

Comumente chamado de dano material, esta modalidade de dano atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima e abrange não somente as coisas corpóreas, como automóveis, carros e outros bens oriundos do direito de propriedade, como também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito⁴⁷. Há nesse caso, quem afirme que o dano material envolve a efetiva diminuição do patrimônio da vítima.

Ele pode ser ainda direto ou indireto, onde o direito causa prejuízo imediato ao patrimônio da vítima e o indireto atinge interesses jurídicos extrapatrimoniais, tais como os direitos da personalidade, que podem refletir no patrimônio da vítima gerando perda de receitas ou realização de despesas, como no caso de uma difamação profissional que resulte a perda de clientela.

Segundo Antunes Varela, o dano patrimonial está sujeito à avaliação pecuniária, “podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão -, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária”⁴⁸.

Convém ressaltar que o dano material não se limite ao patrimônio presente da vítima, podendo também atingir o patrimônio futuro, provocando não somente a sua diminuição, mas também a restrição do seu crescimento. É por esta razão, que o dano patrimonial se subdivide em dano emergente (prejuízo efetivo) e lucro cessante (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar).

O dano emergente importa na efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, conforme disposto no art. 402 do Código Civil de 2002⁴⁹. Ele importará, via de regra, no desfálque sofrido pelo patrimônio da vítima, “será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”⁵⁰.

⁴⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94

⁴⁸ VARELA, apud Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.94.

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL 2002 - Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁵⁰ FILHO, op. cit., p. 94.

O lucro cessante, refere-se ao que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, de acordo com a segunda parte do artigo supramencionado. Está intimamente ligado aos efeitos futuros daquele dano, onde há uma interferência ou diminuição dos benefícios patrimoniais da vítima. Nas palavras de Cavalieri Filho:

“Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode ocorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessão dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.”⁵¹

Por fim, há ainda que se falar da teoria da perda de uma chance, que guarda certa relação com o lucro cessante. Trata-se dos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura mais favorável. Caracteriza-se a perda de uma chance quando, em razão da conduta de uma pessoa, outra perde a oportunidade em um evento que possibilitaria um benefício futuro, como por exemplo, participar de um concurso ou deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado. Há aqui uma “certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato”⁵².

Apresentado o conceito de dano patrimonial e suas “espécies”, passaremos a tratar do dano moral, tema essencial para compreensão da problemática abordada neste estudo.

2.2.3.2. *Dano Moral*

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que colocou a pessoa no vértice do ordenamento jurídico brasileiro ao atribuir-lhe direitos inerentes à personalidade, em especial, o direito à dignidade da pessoa humana, o dano moral ganhou maior dimensão, pois a dignidade da pessoa humana nada mais é que o alicerce para todos os valores morais.

⁵¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95.

⁵² *Ibidem*, p. 98.

Por considerar a inviolabilidade da intimidade, vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade da pessoa humana, a Carta Magna inseriu em seu art. 5º V e X a possibilidade de reparação por dano moral. *In verbis*:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

(...)

V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X : são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

À luz da Constituição Federal, seria o dano moral, em sentido amplo, a agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, a agressão à dignidade da pessoa humana. Sérgio Cavalieri explica que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, podendo haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame e sofrimento. Seria a dor, o sofrimento, o vexame e a humilhação consequências, e não causas do dano moral⁵³.

A reparação por dano moral não visa dar preço à dor, mas amenizá-la, compensá-la de alguma maneira, ou seja, baseia-se não somente na natureza dos direitos subjetivos afetados, mas também nos efeitos da lesão jurídica. Ensina Oliveira Deda:

“Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, sobre a honra, nome profissional e família, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo.”⁵⁴

Não é qualquer dor ou aborrecimento, portanto, que ensejam a reparação civil por dano moral, mas somente aquelas que de fato ocasionem a violação da dignidade de alguém, sob pena de banalização do instituto. Cabe ao juiz do pleito pautar-se na razoabilidade e

⁵³ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

⁵⁴ DEDA, apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º volume: responsabilidade civil, 21 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

proporcionalidade para justificar a concessão da indenização, utilizando como critério aferidor no caso concreto a efetiva agressão à dignidade do ofendido ou ao menos, agressão a um bem integrante da sua personalidade, a exemplo da honra, imagem, nome, etc.

Para Sérgio Cavalieri Filho:

“Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angustias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão de fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.”⁵⁵

Assim, mesmo nas relações familiares, podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral, já que pais e filhos, na constância do seio familiar, não dispõem dos direitos inerentes à sua dignidade. Pelo contrário, enquanto membro da instituição familiar e envolvido nas relações que a cercam, cabe a cada um materializar os deveres de tolerância, respeito mútuo e convivência familiar, bem como preservar a própria honra e dos demais membros.

Vale, finalmente, evidenciar que a indenização por dano moral possui um caráter duplo: a penal e a compensatória. A primeira trata-se de uma sanção imposta ao ofensor, enquanto a segunda, busca apenas amenizar o dano causado compensando aquilo que foi retirado da vítima.

Aufere-se, dessa forma, legitimidade para persecução do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno filial à medida que este mostra-se comprovadamente danoso à dignidade da criança e do adolescente abandonado, que deixa de dispor de inúmeros direitos ao longo de seu desenvolvimento, em razão do descaso de seus genitores, contrariando o que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à responsabilidade de mantê-los a salvo de danos à integridade física, moral e psíquica, bem como à dignidade e seus direitos fundamentais.

⁵⁵ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 186

Aprofundaremos a questão acima suscita no próximo capítulo, conforme se verá a seguir.

CAPÍTULO III

O ABANDONO AFETIVO COMO DANO MORAL

Compreendida a abordagem da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, será tratado a partir deste capítulo o instituto do abandono afetivo, apresentando-o como objeto para persecução de dano moral. Conjuntamente, será apresentado a posição da doutrina e da jurisprudência em relação ao tema.

3.1. Conceito

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988, com respaldo das legislações infraconstitucionais, regulamentou direitos e deveres aos pais, filhos e demais integrantes do núcleo familiar, tendo como esteio a dignidade da pessoa humana. Não obstante, garantiu aos filhos o dever de cuidado pelos seus genitores, evidenciando a atenção dedicada pelo legislador à proteção integral e ao afeto no que diz respeito a relação interfamiliar.

Nosso ordenamento jurídico, no que tange os direitos dos filhos, rege-se por premissas básicas que, em tese, deveriam nortear o dever de cuidado atribuído aos genitores. São elas: i) Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) ii) Direito a Convivência Familiar (art. 227, caput da Carta Magna) iii) Paternidade Responsável iv) Planejamento Familiar (previstos no art. 226, § 7º da Constituição Federal) e v) Proteção Integral das Crianças e Adolescentes.

Contudo, tornou-se cada vez mais frequente negligenciar essas premissas e consequentemente, os deveres de assistência moral, psíquica e afetiva dos genitores para com seus filhos. Em muitos casos, com a separação dos genitores, ou mesmo quando estes nunca tiveram um convívio matrimonial, os pais negligenciam sua prole, se atendo somente – e quando isso acontece – ao suprimento material (pagamento da pensão alimentícia), esquecendo justamente do que norteia uma relação sadia, o afeto.

Caracteriza-se aí o abandono afetivo paterno-filial, onde o genitor não provém o afeto e a assistência necessárias para o adequado desenvolvimento de seus filhos, deixando-os desamparados e carentes de qualquer demonstração de carinho, apoio e comprometimento com sua formação. Há um rompimento do elo de afetividade e do convívio, pai e filho se tornam estranhos, como se jamais tivessem estabelecido qualquer vínculo.

Nota-se, portanto, que o abandono afetivo nada mais é do que “a atitude omissiva no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.”⁵⁶

Explica Maria Berenice Dias, que a convivência dos filhos com seus pais não é direito, é dever; e que o distanciamento entre pais e filhos produzem sequelas emocionais que comprometem o sadio desenvolvimento à medida que o sentimento de dor e de abandono deixam sequelas permanentes em suas vidas.⁵⁷

Em razão da grande evolução das ciências que estudam o comportamento humano, é possível afirmar que comprovadamente, a falta de afeto no seio familiar causam inúmeros transtornos emocionais e psíquicos à vida daqueles que são abandonados, divergindo com o que dispõe o art. 7º do ECA, sobre o desenvolvimento sadio e harmonioso dos menores.

Na visão de Rodrigo da Cunha Pereira,

“A transferência de valores com a inserção do filho na vida social ocorre por meio da convivência e do afeto. E o exercício da função paterna nunca poderá estar atrelado, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais do filho. A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro.”⁵⁸

Diante dessa realidade, vítimas do abandono afetivo têm ingressado judicialmente para pleitear, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da convivência familiar e da paternidade responsável, ressarcimento por seus genitores na esfera civil,

⁵⁶ ZAMATARO, Yves. **Reflexões Acerca da Possibilidade de Reparação Civil decorrente de Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211447,41046-Reflexoes+acerca+da+possibilidade+de+reparacao+civil+decorrente+de> - Acessado em: 19 de out. 2014.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pgs. 469 e 470.

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>. Acessado em: 19 de out. 2014.

alegando dano psíquico oriundo da privação do afeto e do convívio enquanto pessoas em formação.

3.2. Doutrina

Em decorrência dos reiterados casos de abandono paterno-filial, abriu-se precedente para discussão acerca da admissibilidade da indenização por dano moral em matéria de abandono afetivo na filiação, indicando a afetividade como elemento determinante na relação familiar contemporânea.

Sendo o tema recente para o ordenamento pátrio, não há legislação específica que trate da matéria. Por esta razão, a doutrina passa a ter papel importante na tratativa do tema, se tornando uma fonte de auxílio para as decisões dos magistrados nas demandas interpostas pelas vítimas. Contudo, não há consenso acerca da sanção a ser aplicada aos genitores que descumpriram, por alguma razão, os deveres a eles atribuídos em decorrência do poder familiar.

Há doutrinadores que defendem ser possível a reparação civil e utilizam como argumentos para embasar suas posições, a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade e o da proteção integral da criança e do adolescente. Em contrapartida, há quem não admita a reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo sob a alegação da impossibilidade de quantificação do amor e da negativa quanto à possibilidade do Estado intervir na liberdade de afeto e livre escolha do indivíduo.

Como partidários da corrente que admite a reparação civil em caso de abandono afetivo, podemos citar autores como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Celina Bodin, dentre outros.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, por exemplo:

“Tem-se a previsão contida nos incisos I e II do Art. 1.634, acerca do dever dos pais com relação aos filhos menores, de “dirigir-lhes a criação e educação”, bem como “tê-los em sua companhia e guarda”. Tais deveres paternos não guardam relação com o suprimento das necessidades materiais que se faz por meio do pagamento de pensão alimentícia. A lei é muito clara ao impor aos pais a companhia, a guarda, a direção de sua educação. E, se tais deveres são descumpridos em razão da ausência e/ou recusa paterna,

estamos diante de nítidos atos ilícitos, gerando o dever de indenizar diante dos sérios danos que causam.”⁵⁹

Maria Berenice Dias, por sua vez, afirma que “é comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.”⁶⁰

Verifica-se, então, que para os autores acima citados, a indenização por dano moral é um meio para coibir e punir a conduta omissiva do pai em cumprir o dever de convivência e assistência atribuído a ele enquanto gerador de um filho, uma vez que a não observância desse dever impede o perfeito desenvolvimento intelectual, emocional e social da criança e desobedece ao que preceitua o ordenamento jurídico pátrio, caracterizando, portanto, ato ilícito gerador do dever de indenizar.

Compartilha desse mesmo entendimento Maria Celina Bodin:

“A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados, mas, sim, os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para proteção da vítima. Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado. Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei.”⁶¹

Na lição de Wladimir Paes de Lira, a motivação para a reparação civil por abandono afetivo não é o afeto em si, mas sim o dever jurídico de conviver com o filho, de assegurar-lhes o direito de convivência familiar preconizado no art. 227 da CRFB/88 e no art. 19 do ECA e de fomentar a paternidade responsável.

“O dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>. Acessado em: 19 de out. 2014.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 416.

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005, p. 54-55.

como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente.”⁶²

Em contrapartida, para aqueles que entendem não ser possível pleitear a reparação civil por abandono afetivo, os argumentos mais utilizados são de que a reparação pecuniária provocaria a monetarização do afeto e de que a penalidade prevista para os encargos oriundos do poder familiar tem sanção prevista dentro do próprio direito de família, nesse caso, a destituição do pátrio poder.

Sobre a monetarização do afeto, Lizete Schuh⁶³ afirma que “a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares”. Já sobre o entendimento de que a penalidade prevista para casos de abandono afetivo é a destituição do poder familiar, conforme dispõe o inciso II do art. 1.638 do Código Civil de 2002. Danielle Alheiros Diniz argumenta:

“O descumprimento desse dever de convivência familiar deve ser analisado somente na seara do direito de família, sendo o caso para perda do poder familiar. Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito.”⁶⁴

Outra tese defendida pelos contrários à reparação por dano moral decorrente de abandono afetivo, refere-se a impossibilidade de obrigar alguém a amar outrem, ainda que estes sejam pais e filhos. Para Lizete Schuh:

“É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz patê do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário.”⁶⁵

⁶² LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro**. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 550.

⁶³ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: A Valoração do Elo Perdido ou não Consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006, p. 75.

⁶⁴ DINIZ, Danielle Alheiros. **A Impossibilidade de Responsabilização Civil dos Pais por Abandono Afetivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em: 28 de out. 2014.

⁶⁵ SCHUH, op. cit. p. 67-68.

Em defesa da admissão da reparação pecuniária, Gisela Hironaka se posiciona frente ao argumento da impossibilidade de obrigar um pai a amar o seu filho:

“(...) É certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoa – material e psicológica – repercussões estas que passam a ser consideradas, hoje em dia, como juridicamente relevantes.”⁶⁶

Contudo, os que não vislumbram ser cabível a indenização civil, argumentam ainda que o ajuizamento da ação de reparação prejudicaria ainda mais a relação paterno-filial, de modo que não seria razoável a propositura, já que o que se persegue é justamente a busca pelo direito de convivência familiar que lhe foi negado. Nessa seara, insere-se a observação dos adeptos da responsabilização civil quanto à necessidade de se fazer uma análise consciente, responsável, prudente e contextualizada dos casos que se apresentam, pois somente assim será possível evitar a quebra do resquíio de vínculo afetivo que ainda se mantém entre pai e filho. Nesse sentido, discorre Bernardo Castelo Branco:

“(...) a particularidade que cerca a relação paterno-filial, eis que fundada essencialmente na afetividade entre os sujeitos que dela participam, não permite a aplicação integral dos princípios que regem a responsabilidade civil. Logo, mesmo no campo específico do dano moral, cabe aferir em que medida o comportamento adotado foi capaz de romper os eventuais laços de afeto entre pais e filhos, uma vez que a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar a desagregação da família ou desfazimento dos vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação.”⁶⁷

A posição quanto à não indenização tangencia pontos sensíveis acerca do tema, notadamente a indesejável intervenção do Estado na família e a desjudicialização das relações sociais. Em outras palavras, para essa corrente, o direito de família deve ser regido pela intervenção mínima do Estado, pois envolvem elementos constitutivos do refúgio impenetrável da pessoa e que, por isso, podem ser opostos à coletividade e ao Estado.

⁶⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>>. Acesso em: 28 de out. 2014.

⁶⁷ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006, p. 117-118.

De tão controverso o assunto, surgem divergências inclusive entre aos adeptos de uma mesma corrente. Para os que se mostram favoráveis à teoria da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, por exemplo, a controvérsia pauta-se no caráter da indenização. Há quem afirme ser uma indenização de caráter educativo e pedagógico, para que se impeçam futuras negligências⁶⁸, há quem diga, por sua vez, ser punitiva, pois penaliza os pais que praticaram a conduta ilícita⁶⁹ e ainda, quem trate como uma indenização de caráter compensatório pelos danos sofridos⁷⁰.

Finalmente, ponderados os interesses contrapostos nas relações entre pais e filhos, nota-se que de um lado há o princípio da liberdade do pai e de outro, o princípio da solidariedade familiar e integridade psíquica do filho. Ao que pese estarmos falando de princípios de igual hierarquia, é salutar a ponderação de interesses, haja vista o fato de estarmos lidando com preceitos constitucionais de tamanha importância para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se justifica a divergência de pensamentos entre a doutrina acerca da possibilidade de reparação por dano moral em casos de abandono afetivo.

3.3. Jurisprudência

Não podendo mais ignorar a realidade do abandono afetivo, muitas vítimas têm procurado o judiciário buscando compensação pelo dano sofrido. Tais casos têm proporcionado a reflexão no âmbito jurídico e provocado grande divergência devido à polêmica que o envolve. O assunto não possui posição pacificada, e por esta razão, existem tanto posicionamentos contrários quanto favoráveis à admissão da possibilidade de reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo.

⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 28 de out. 2014.

⁶⁹ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2005.

⁷⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-filial**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, p. 71-86, jun./jul. 2006.

Adiante serão apresentadas decisões que trazem à tona a discussão por meio de argumentos antagônicos, que exemplificarão as muitas controvérsias jurisprudenciais existentes acerca do tema, ainda muito recente no âmbito do Poder Judiciário.

3.3.1. Jurisprudência Favorável nos Tribunais

Um das primeiras decisões judiciais brasileiras favoráveis à indenização por abandono afetivo foi proferida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Capão Canoa, no Rio Grande do Sul, em 15 de Setembro de 2003 (Processo n.º 141/1030012032-0). Nesse caso, o pai abandonou a autora da demanda materialmente e afetivamente, deixando de cumprir tanto seu dever de alimentos, como o seu dever de conceder-lhe afeto, amor e atenção.

O juiz da causa, Dr. Mário Romano Maggioni, utilizou-se dos mais diversos argumentos para fundamentar a sua decisão, mas priorizou os deveres decorrentes da paternidade insculpidos no art. 22 da Lei nº 8.069/90 e no art. 227 da CRFB/88. Dispôs:

“De salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme”⁷¹.

Destacou também as consequências irreparáveis decorrentes do abandono afetivo paterno filial, ao afirmar:

“Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai.”⁷²

Prosseguiu argumentando:

⁷¹ TJRS, **Processo 141/1030012032-0**, 2ª V. Cível. Juiz Mário Romano Maggioni, julg. 15 de set. 2003.

⁷² Idem.

“Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve se desincumbir da sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos.”⁷³

E ainda:

“A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustente, guarda, educação). Quando o legislador atribuiu aos pai a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.”⁷⁴

Ressalte-se, por oportuno, que o Ministério Público –participe do feito por haver interesses de menores - se posicionou pela extinção da ação ao considerar que não competiria ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor. Contudo, na ocasião, o genitor ainda assim foi condenado ao pagamento de 200 salários mínimos de indenização por dano moral em razão do abandono afetivo e material da filha, tendo a decisão transitado em julgado em razão da não interposição de recurso pelo réu, considerado revel no processo.

Outra decisão favorável foi a da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, proferida pelo Juiz de Direito Luiz Fernando Cirillo (Processo n.º 583.00.2001.036747-0). O pleito autoral nesse processo era o pagamento das despesas que a autora teve ao longo de sua vida com tratamento médico psiquiátrico para que pudesse superar a dor causada pelo abandono afetivo, além do dano moral.

Assim como no caso acima mencionado, o magistrado entendeu ser cabível a indenização por dano moral, defendendo que “a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”.⁷⁵

Na sua argumentação, refutando o entendimento de muitos tribunais e doutrinadores, defendeu o magistrado que não devem prosperar teses no sentido de que julgar procedente referidas demandas implicaria a monetarização do afeto. Afirmou:

⁷³ TJRS, **Processo 141/1030012032-0**, 2ª V. Cível. Juiz Mário Romano Maggioni, julg. 15 de set. 2003.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ TJSP, **Processo 583.00.2001.036747-0**, da 31ª V. Cível. Juiz Luiz Fernando Cirillo, julg. 05 de jul. 2004.

“Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito a obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens. A paternidade provoca o surgimento de deveres”.⁷⁶

Assim, segundo o entendimento do ilustre juiz, não haveria fundamento jurídico que embasasse o argumento de que inexistia dever do genitor de estabelecer o mínimo de vínculo afetivo com o filho. Em sua concepção, a ofensa à integridade psíquica decorrente do abandono afetivo seria também ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme trecho a seguir:

“A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar”.⁷⁷

Concluiu o magistrado evidenciando que o papel de reparar danos era certamente do psicólogo, mas que como juiz, não poderia se escusar de conferir a tutela jurisdicional pleiteada, julgando, portanto, procedente a ação.

Merece destaque, também, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em abril de 2007, em sede de apelação civil (Apelação nº 0012003-04.2004.8.19.0208 - 2006.001.62576), que reconheceu a possibilidade de condenação de genitores por danos morais causados aos filhos, desde que devidamente comprovados. Ainda que no caso concreto não tenha sido provido o apelo por falta de provas, argumentou-se que as necessidades dos homens vão além das materiais, incluindo as emocionais e psíquicas, sendo necessário observar que a doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes assegura com absoluta prioridade a proteção dos direitos fundamentais dos menores, como segue a ementa:

“Apelação Cível. Ação indenizatória. Dano moral causado pelo pai, por maus tratos e abandono afetivo à autora. Ação de improcedência. Improvimento do apelo. A Constituição Federal, de 05/10/88 (art. 227), e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90 (art. 4.), adotaram, no ordenamento pátrio, a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do

⁷⁶ TJSP, Processo n.º 583.00.2001.036747-0, da 31ª V. Cível. Juiz Luiz Fernando Cirillo, julg. 05 de jul. 2004.

⁷⁷ Idem.

Adolescente, que assegura, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos infante-juvenis, os quais não se limitam à guarda, sustento e educação, inerentes ao exercício do poder familiar (antigo pátrio poder), na forma prevista no Código Civil. Assim, o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, além daqueles, a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los "a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não bastaria a Constituição e a lei prevê a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizasse, em consequência, a devida punição dos mesmos pela infringência de tais normas. A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos expatrimoniais e, conseqüentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/16, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. Com fulcro em tais fundamentos, este Colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário. ”⁷⁸

No mesmo sentido, decidiu o referido Tribunal em 2009:

“Ementa: Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral que a Autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovimento da apelação. ”⁷⁹

No âmbito do judiciário, entende-se que o afeto advém do principio da dignidade da pessoa humana, do direito à convivência familiar, da proteção integral da criança e adolescente e da paternidade responsável, de modo que o abandono afetivo se torna suscetível à indenização quando comprovado o dano à integridade física e/ou moral dos filhos, a conduta ofensiva e o nexo de causalidade.

⁷⁸ TJRJ, **Apelação Cível 0012003- 04.2004.8.19.0208 - 2006.001.62576**, 11ª C. Cível. Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, julg. 11 de abr. 2007.

⁷⁹ TJRJ, **Apelação Cível 0007035-34.2006.8.19.0054**, 8ª C. Cível, Rel. Des. Ana Maria Oliveira, julg. 20 de out. 2009.

Desta forma, é compreensível que os tribunais que defendem a possibilidade de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo, entendam que tendo o distanciamento intencional e voluntário dos pais provocado danos aos filhos, a responsabilização civil permite a compensação do sofrimento causado e a punição do genitor infratores, além de alertar os demais genitores para as consequências destes atos⁸⁰.

3.3.2. Jurisprudência Desfavorável nos Tribunais

Em dezembro de 2004, por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pela improcedência do pedido de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo paterno. O Relator desse acórdão foi categórico ao posicionar-se contrariamente, entendendo ser uma “gananciosa pretensão oportunista, com o claro objetivo de lucro fácil, na esteira da chamada indústria do dano moral, agora com uma nova e perigosa ramificação”. *In verbis*:

“Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Indenização. 2. Dano Moral. 3. Objetivo indenizatório deduzido por filha contra o pai, visando compensação pela ausência de amor e afeto. 4. Ninguém está obrigado a contemplar quem quer que seja com tais sentimentos. 5. Distinção entre o direito e a moral. 6. Incidência da regra constitucional, pilar das democracias do mundo a fora e a longo do tempo, esculpida no art. 5º, II, de nossa Carta Política, segundo a qual “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”. 7. Pretensão manifestamente mercantilista, deduzida na esteira da chamada indústria do dano moral, como sempre protegida por deferimento de gratuidade de justiça. 8. Constatação de mais uma tentativa de ganho fácil, sendo imperioso evitar a abertura de larga porta com pretensões do gênero. 9. Sentença que merece prestígio. 10. Recurso Improvido.”⁸¹

O julgador entendeu, nesse caso, inexistir norma jurídica que ampare a pretensão do autor, situando-se a questão exclusivamente no campo moral, tendo em vista que o direito impõe apenas ao pai o dever de assistência moral, e não a obrigação de conceder amor ou afeto. Finalizou seu voto nos seguintes termos:

⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 22 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=285> - Acesso em: 01 de nov. 2014.

⁸¹ TJRJ, **Apelação Cível. 2004.001.13664**, Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, julg. em 19 de jul. 2004.

“Se assim não fosse, estar-se-ia abrindo uma larga porta de incentivo às aventuras mercantilistas do gênero, sendo previsível nova enxurrada de processos em que um dos cônjuges venha a pretender do outro, em razão de separação do casal, compensação financeira pelas juras de amor desde a fase de namoro.”⁸²

Outra decisão denegatória foi a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Agosto de 2005, onde postulava-se a indenização por danos morais sob o argumento da falta de reconhecimento espontâneo de paternidade. Alegava a parte autora que a negligência do réu em não reconhecer a paternidade do menor, embora conhecedor da paternidade do mesmo causou enormes desgastes psicológicos e emocionais à criança.

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. FALTA DE RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DE PATERNIDADE.

Embora, em tese, viável, em condições muito específicas, a contemplação do dano extrapatrimonial no âmbito das relações familiares, deve a jurisprudência agir com extrema parcimônia na análise dos casos em que se dá semelhante postulação, sob pena de que a excessiva abertura que possa ser concedida venha a gerar enxurradas de pretensões ressarcitórias, com a total patrimonialização das relações afetivas. Caso em que não configura hipótese que justifique a concessão do pleito reparatório. Negam Provento.”⁸³

O egrégio entendeu que embora possível em condições muito específicas, a indenização por dano extrapatrimonial na seara das relações familiares deveriam ser analisadas com muita cautela pelos julgadores, sob a óbice de incentivar a propositura de muitas demandas com pretensões ressarcitórias, gerando a “patrimonialização das relações afetivas”. Entendeu ser esse um caso que não fazia jus à indenização por ter o réu demonstrado interesse em estabelecer laços com o menor e colaborado com as diligências de investigação de paternidade.

De igual modo, julgou o Tribunal de Santa Catarina na Apelação Cível nº 2008.057288-0, em janeiro de 2009. Apesar de reconhecer que o abandono afetivo de fato cause danos aos filhos, entendeu não ser cabível a indenização por julgar que a reparação, além de não acalantar o sofrimento do filho abandonado ou suprir a falta do amor paterno,

⁸² TJRJ, **Apelação Cível. 2004.001.13664**, Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, jul. em 19 de jul. 2004.

⁸³ TJRS, **Apelação Cível 70011681467**, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Posto Alegre, 10 de ago. 2005.

acabaria com qualquer possibilidade de reaproximação entre pai e filho, provocando o total afastamento entre eles.

Em abril de 2011, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 0004614-77.2009.8.26.0634, também se mostrou contrário à indenização por abandono afetivo sob o fundamento de que não cabe ao Judiciário adentrar nas questões de cunho meramente sentimento, pois o carinho não se impõe, se conquista. Nesse caso, não restou caracterizado para o ilustre qualquer ilícito propulsor de reparação por danos morais. Eis a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADAS COM ALIMENTOS. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. TEORIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL QUE NÃO SE CONSUBSTANCIA EM ATO ILÍCITO – ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE OBRIGACIONAL. AFETO É SENTIMENTO INCONDICIONAL. PRECEDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DE ALIMENTOS. REQUERENTE MAIOR. AUSÊNCIA DO TRINÔMIO POSSIBILIDADE - NECESSIDADE - PROPORCIONALIDADE. CORRETA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO⁸⁴.

Nas palavras do Desembargador Coelho Mendes:

“(…) Assim, creio que, nas relações familiares compete ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sem intromissão em questões de cunho sentimental, pois a reparação monetária não é a resposta para um caminho para a felicidade, e o carinho não se impõe por um mandamento estatal, mas se conquista, com respeito, diálogo e consideração.”⁸⁵

Observa-se, por óbvio, que a recusa da reparação cível por parte desses tribunais baseia-se na noção enraizada de que o afeto é algo muito subjetivo e pessoal, não podendo o judiciário obrigar alguém a amar a outrem e muito menos penaliza-la por isso, sob pena de patrimonialização das relações afetivas e de pretensões indenizatórias infundadas e com fins meramente lucrativos.

⁸⁴ TJSP, **Apelação Civil 0004614-77.2009.8.26.0634**, 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Coelho Mendes, julg. 05 de abr. 2011.

⁸⁵ Idem.

3.3.3. O Posicionamento dos Tribunais Superiores frente ao Abandono Afetivo

O primeiro caso a chegar ao egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi iniciado na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu o pleito autoral. O autor alegava ter sofrido abandono afetivo ainda criança, após a separação dos seus genitores, tendo sido privado, inclusive, da convivência com a meia irmã, fruto do segundo casamento de seu pai. O juiz *a quo* entendeu, nesse caso, não existir provas concretas do dano sofrido, julgando o pedido improcedente por “não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor”.

Descontente, o autor interpôs Apelação (Apelação Civil nº 208.550-5), levando o caso para julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O julgamento proferido em 1º de Abril de 2004, fixou em 200 salários mínimos a indenização, julgando, portanto, procedente o pedido de autor quanto à reparação por danos morais. *In verbis*:

“ EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”⁸⁶

O Relator entendeu que a responsabilidade dos genitores, decorrente do poder familiar, não se pauta apenas no dever de alimentar, mas também em assegurar o desenvolvimento saudável e digno da criança e do adolescente pelo qual ele é responsável, devendo ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares. Ressaltou o ilustre Relator:

“A relação paterno-filiar em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”⁸⁷

⁸⁶ TJMG, **Apelação Civil 2085505-54.2000.8.13.0000**, Rel. Des. Unias Silva, julg. 01 de abr. 2004.

⁸⁷ Idem.

Submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, essa decisão foi integralmente reformada em dezembro de 2005, quando o Tribunal entendeu não ser possível obrigar o pai a amar, acolher e conviver com o filho, sobretudo quando ele arca com a obrigação de pagar pensão alimentícia, bastando, portanto, a manutenção material da prole.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.⁸⁸

Frente ao Recurso Especial (Resp) nº 757.411 – MG posicionou-se o STJ no sentido de que o descumprimento dos deveres jurídicos decorrentes do poder familiar já é punido pela legislação pátria ao prever no art. 1.638, II do Código Civil e no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a perda do poder familiar. Na concepção do Ministro Relator Fernando Gonçalves, essa ação já cumpria de forma satisfatória as funções punitivas e dissuasória pleiteada na indenização pelo abandono afetivo.

Destacou ainda, que a condenação ao pagamento de indenização sujeitaria ainda a impossibilidade de qualquer chance de uma reaproximação entre pai e filho no futuro, sepultando qualquer oportunidade de vínculo afetivo entre as partes. Encerrou seu voto sustentando:

“Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.”⁸⁹

A decisão não foi unânime, tendo sido proferido votos contrários ao do Relatório. No mais, da decisão foi interposto Recurso Extraordinário (RE) para o Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual foi negado provimento pela Segunda Turma Cível:

“EMENTA CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO

⁸⁸ STJ, REsp n.º 757.411 – MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 29 de nov. 2005.

⁸⁹ Idem.

INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido.”⁹⁰

O Tribunal teve ainda, a possibilidade de reformar o seu entendimento no julgamento de outro Recurso Especial, o Resp nº 514350/SP, cuja ementa segue transcrita. Contudo, decidiu por manter o entendimento apresentado do Resp de Minas Gerais, julgando novamente improcedente o pleito por indenização moral por abandono afetivo.

“EMENTA CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (REsp n.º 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.”⁹¹

Porém, diante de tantas decisões favoráveis à reparação em casos de abandono afetivo nos tribunais de justiça de todo país mesmo após o posicionamento contrário a possibilidade de reparação civil da Quarta Turma do STJ em 2005, o tema chegou novamente ao STJ através do Recurso Especial nº 1159242/SP, agora julgado pela Terceira Turma.

Em um posicionamento surpreendente conduzido pela relatoria da Ministra Nancy Andrighi, surgiu uma decisão inédita que proporcionou uma grande virada e um novo foco para a questão. Decidiu o STJ, nos termos do voto da Ministra e por maioria dos votos, em dar provimento ao Recurso Especial e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo, reduzindo, somente, o valor arbitrado na decisão do

⁹⁰ STF, **RE 567164 ED/MG**, 2ª Turma Cível, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 18 de ago. 2009.

⁹¹ STJ, **REsp n.º 514.350 – SP**, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 28 de abr. 2009.

Tribunal de São Paulo que deu origem ao mencionado Recurso, conforme dispõe a ementa abaixo:

“Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido. ”⁹²

O Tribunal de origem já tinha reformado a sentença de primeira instância que tinha negado a indenização, entretanto, o pai inconformado com a decisão de procedência do pedido de indenização, interpôs Recurso Especial, fazendo com que o STJ tivesse que decidir novamente sobre a temática.

Diante da insistência do pai em alegar não ter abandonado a filha e ainda, que se assim tivesse feito, não haveria qualquer ilicitude em sua atitude, sendo a única punição legal cabível para esse caso a destituição do poder familiar, com base no art. 1.638 do Código Civil,

⁹² STJ, **Resp 1159242 / SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 24 de abr. 2012.

a Ministra se insurgiu afirmando que entendia não existirem restrições legais à aplicação das regras referentes à responsabilidade civil ao Direito de Família, pois segundo ela, o art. 5º, V e X da CRBF/88 e os arts. 186 e 927 do CC/02 tratam o tema de maneira ampla, sendo possível, portanto, sua aplicação às relações familiares. A Ministra Relatora confirmou ainda, ser sim, a perda do poder familiar uma punição, mas ressaltou que não significa ser esta a única possível de ser aplicada:

“Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.”⁹³

Quanto ao dever de cuidado, a Relatora afirma ser esse um dever jurídico corolário da liberdade de gerar ou adotar filhos, sendo este um pressuposto essencial para a formação de um adulto com integridade física e psicológica capaz de conviver em sociedade. Consignou também que o abandono afetivo constitui descumprimento ao art. 227 da Constituição Federal, ainda que este traga o afeto e o cuidado de forma implícita em seu texto. Explica:

“Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos jurídicos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o status de obrigação leal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de coloca-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”⁹⁴

Segundo a Ministra, não se discute no caso o amor em si, mas sim a imposição legal do dever de cuidado atribuído ao genitor enquanto responsável pelo desenvolvimento sadio daquele ser em formação. Pronuncia, então, a célebre frase que marcou a sua relatoria: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. Nas suas próprias palavras:

“O amor diz respeito à motivação, questão que foge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa

⁹³ STJ, **Resp 1159242 / SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, jul. 24 de abr. 2012.

⁹⁴ Idem.

materialização no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

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

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”⁹⁵

Por óbvio, a violação do dever de cuidado promovido pela omissão do genitor, fere o bem jurídico tutelado e pressupõe o ilícito civil, capaz de gerar o dever de indenizar. Cabe, então, ao julgador averiguar se os pressupostos mínimos da responsabilidade civil estavam presentes no caso. Explica a Relatora, que averiguar o dano e o nexo causal, nesses casos, seria simples, bastando um laudo formulado por especialista que comprove a patologia psíquica causada pelo abandono afetivo do pai, ressalvado apenas que ainda que existam casos de abandonados afetivamente que conseguem manter uma vida estável e condição social saudável, esses filhos levarão sempre a dor da ausência de um pai. Destacou:

“Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.”⁹⁶

E também:

“Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício do seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.”⁹⁷

Exposta sua fundamentação, decidiu a relatora pela possibilidade de indenização pecuniária a título de danos morais pelo abandono afetivo paterno filial sofrido pela autora da demanda, condenando o genitor ao pagamento de 200 mil a título de reparação.

⁹⁵ STJ, **Resp 1159242 / SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24 de abr. 2012.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

Acompanharam o voto da Relatora os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, sendo voto vencido o Ministro Massami Uyeda.

Foi apresentado embargos de divergência pelo réu alegando que a decisão contraria a decisão proferida pelo Quarta Turma em 2005, mas este não foi conhecido:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DECISÃO PROFERIDA COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO. EXCEÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Nas hipóteses em que ficar evidenciada a divergência entre turmas da mesma seção ou entre turma e seção, cabem embargos de divergência mediante o cotejo analítico dos arestos, demonstrando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (arts. 541, parágrafo único, e 546, parágrafo único, do CPC, c/c os arts. 266, § 1º, e 255 § 2º, do RISTJ). Não se conhece de embargos de divergência, por absoluta inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade. Embargos de divergência não conhecidos.”

Vale, por fim, ressaltar que a admissibilidade destas ações devem ser analisadas no caso concreto, observada a necessidade de se condenar ou negar provimento de forma responsável e consciente, para que assim se evitem ações para auferir tão somente lucro patrimonial e também para assegurar a punição às condutas ofensivas aos direitos de personalidade dos filhos, evitando que estas fiquem impunes.

Buscando dimensionar o assunto, serão apresentados adiante os desdobramentos do abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, as discussões que o envolve.

CAPÍTULO IV

OS DESDOBRAMENTOS DO ABANDONO AFETIVO

Vista toda a problemática envolvendo o tema, desde a sua base normativa constitucional, principiológica e infraconstitucional, até a posição da doutrina e da jurisprudência, cabe agora discorrer sobre os desdobramentos do abandono afetivo e relaciona-lo com alguns institutos do direito de família que serão aqui abordados, são eles: o poder familiar, a guarda, o dever de visita e a alienação parental.

4.1. Poder Familiar

Tratado pelo Código Civil de 1916 como pátrio poder, onde era assegurado ao chefe da organização familiar direito absoluto e ilimitado sobre os filhos, o instituto ganhou novo contexto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que concedeu tratamento igualitário ao homem e mulher e assegurou-lhe os mesmos direitos e deveres enquanto partes de uma sociedade conjugal, conforme o art. 226 § 5º da CRFB/88⁹⁸, concedendo a ambos os genitores o desempenho do poder familiar.

Acompanhando a evolução, o Estatuto da Criança e do Adolescente também contribuiu com a mudança do instituto, que deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, atribuindo mais deveres e obrigações dos pais para com seus filhos, do que direitos em relação a eles.⁹⁹

Desse modo, de objeto do poder familiar, o filho passou a sujeito de direito, ensejando modificação no conteúdo do poder familiar em razão do interesse social que o envolve, já que em decorrência da sua existência, atribui-se aos pais responsabilidades e funções que garantam os interesses dos filhos. Para Maria Berenice:

⁹⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL - Art. 226 § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 435.

“O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve aos interesses dos filhos.”¹⁰⁰

O poder familiar é irrenunciável, intrasferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal e da socioafetiva. Como os genitores não podem renunciar aos filhos, os encargos decorrentes da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. É possível, somente, a delegação a terceiros, preferencialmente a um membro da família, configurando crime a entrega do menor a pessoa inidônea¹⁰¹, conforme o art. 245 do Código Penal¹⁰². (DIAS, 2013, p.436)

Todos os filhos, de zero a dezoito anos, se submetem ao poder familiar exercido pelos pais, e por esta razão, o Código Civil elenca hipóteses de atribuições do genitores em relação a seus filhos menores, deixando de lado o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação a seus filhos: o dever de cuidado, afeto, amor e carinho. O rol de deveres inerentes ao poder familiar também não abrange os deveres impostos pela Constituição Federal (arts. 227 e 229) e pelo ECA (art. 22), sendo necessário somar às obrigações e direitos previstos pela lei civil todos os outros que também são derivados do poder familiar¹⁰³.

Finalmente, buscando proteger o interesse do menor, o Estado sente-se legitimado a entrar no seio familiar para fiscalizar o adimplemento dos encargos decorrentes do poder familiar, podendo inclusive, suspendê-lo ou extingui-lo, quando um ou ambos os genitores atuam de maneira prejudicial à prole. A suspensão e a destituição do poder familiar consistem em sanções aplicáveis aos genitores em razão da infração dos deveres a eles inerentes. Segundo Maria Berenice Dias:

“O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 435.

¹⁰¹ *Ibidem.*, p. 436.

¹⁰² Código Penal – Art. 245: Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

¹⁰³ DIAS, *op. cit.*, p. 440.

de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.”¹⁰⁴

Ressalte-se, por oportuno, que a perda ou suspensão do poder familiar de um ou ambos os pais não retira o direito do filho menor de ser alimentado, inclusive, quando estes são colocados em famílias substitutas ou ficam sob tutela, pois o encargo alimentar é uma “obrigação unilateral e intransmissível, decorrente da condição de filho e independente do poder familiar”¹⁰⁵.

A suspensão do poder familiar é uma medida menos grave e pode ser revisada quando superada as causas que a provocaram, a fim de que a convivência familiar seja recomposta quando atender o melhor interesse do menor. É uma função facultativa, ficando a sua aplicação a critério do juiz, e pode recair somente sobre um único filho e não sobre toda a prole. Cabe nas hipóteses, por exemplo, de abuso de autoridade (art. 1.637 CC/02), quando falta aos pais os deveres a eles atribuídos (art. 227 da CRFB/88) ou quando estes arruinam o patrimônio dos filhos.

A perda ou extinção do poder familiar, por sua vez, são distinguidas pela doutrina, que determinam que a perda é uma sanção imposta por uma decisão judicial e a extinção quando oriunda da morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. De acordo com o art. 1.635 do Código Civil, extingue-se o poder familiar: I – Pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação; III- pela maioridade; IV- pela adoção do filho por terceiros e V – em virtude de decisão judicial.

Já a perda, imposta por uma decisão judicial, ocorre quando, conforme o art. 1.638 do mesmo diploma legal, ocorrerem: I- castigo imoderado; II- abandono; III- prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e IV – reiteração de falta aos deveres inerentes ao poder familiar. Há ainda, mais uma hipótese, esta ligada à esfera penal: quando cometido crime doloso contra filho, punido com pena de reclusão, a perda do poder familiar é efeito anexo da condenação (art. 92 II do Código Penal).

Dito isto, torna simples a constatação de que o abando afetivo enseja a perda do poder familiar, conforme vimos nas posições doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas no

¹⁰⁴ Ibidem., p. 445.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 445.

decorrer do presente estudo. A controvérsia, nesse caso, permanece em razão do questionamento se a perda do poder familiar seria punição suficiente ao genitor que abandona ou se também seria devida reparação civil por dano moral.

4.2. Guarda

Historicamente, a responsável pela criação dos filhos sempre foi a mãe, a mulher. Entretanto, ainda naquela época, durante a vigência do Código Civil de 1916, ocorrendo o desquite dos genitores, a guarda dos filhos menores cabia ao cônjuge considerado inocente, demonstrando, nitidamente, que a guarda da prole tinha caráter punitivo e repressor ao cônjuge culpado pela separação¹⁰⁶.

Com o advento da Constituição Federal, onde homem e mulher ganharam tratamento isonômico, as discriminações das codificações anteriores foram banidas, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Hoje, ambos os genitores, como detentores do poder familiar, têm o direito e o dever de manterem os filhos menores em sua guarda e proteção, de forma a orientar, educar e conduzir sua formação sadia.

Entretanto, as mudanças da contemporaneidade também proporcionaram mudanças na relação entre pais e filhos, principalmente no cenário de uma separação conjugal, dando novos contornos à guarda dos menores. Aliado ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente preconizado no ECA, a baliza para a concessão da guarda passou a ser o melhor interesse dos filhos, desvinculando a figura do guardião à figura materna, e relacionando-a àquele que demonstrar ter melhores condições de cuidar dos menores.

Na eventualidade de uma separação conjugal, há a possibilidade da guarda ser unilateral ou compartilhada. De acordo com a definição dada pelo art. 1583 § 1º do Código Civil, guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584 § 5º)¹⁰⁷, enquanto que a guarda compartilhada é aquela onde há responsabilização

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 450.

¹⁰⁷ CÓDIGO CIVIL DE 2002 - Art. 1.583 § 5º: Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco das relações de afinidade e afetividade.

conjunta e o exercício de direitos e deveres do pais e da mães que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A Lei tem buscado priorizar, na medida do possível, a guarda compartilhada. A justificativa pauta-se na necessidade de garantir o melhor desenvolvimento psíquico, físico e mental às crianças submetidas à ruptura do seio familiar, que neste momento encontram-se fragilizadas. Com a promulgação da Lei 11.698 de 2008, que versa sobre o instituto e busca garantir o real exercício da autoridade parental e do convívio da prole com ambos os genitores, a guarda compartilhada ganhou destaque no ordenamento jurídico pátrio e nas decisões judiciais acerca do tema.

De fato, a guarda compartilhada é um recurso para alcançar o que apregoa a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente, pois assegura maior aproximação física e sentimental dos filhos com ambos os genitores, permitindo que estes zelem pela integridade e participem da formação e educação dos filhos. Para Maria Berenice Dias:

“Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.”¹⁰⁸

No âmbito judicial, a regra passou a ser a guarda compartilhada, tanto que garantiu previsão expressa no artigo 1.584 do Código Civil, ao afirmar que na audiência de conciliação deverá o juiz informar aos genitores sobre o significado da guarda compartilhada e que, quando não houver acordo entre que eles quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. *In verbis*:

Art. 1584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

- I- requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.
- II- decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 454.

§ 1º na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2º quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Entretanto, quando não for possível o diálogo entre os pais, quando o relacionamento entre eles for conturbado, ou quando houver o consenso de ambos quanto ao não compartilhamento da guarda, aconselha-se a determinação da guarda unilateral. Há ainda, o caso das famílias monoparentais, onde o infante é reconhecido somente por um dos genitores, na maioria das vezes, pela mãe, que passa a exercer a guarda unilateral da criança.

No que concerne à guarda unilateral, o parágrafo 2º do artigo supramencionado especifica que ela será concedida ao genitor que revele possuir melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação. Cabe, contudo, de acordo com o parágrafo 3º, ao pai ou a mãe que não detenha a guarda a obrigatoriedade de supervisionar o interesse dos filhos, para que assim se conserve a convivência familiar e o melhor interesse da criança e do adolescente envolvido.

A preferência pela guarda compartilhada se justifica justamente no fato de que a guarda unilateral se mantém através do direito de visita do genitor não guardião, o que na maioria das vezes, afasta o laço de afetividade por propiciar conflitos por causa das regras impostas pelo guardião, por se limitar a momentos pré-determinados e etc. Para Maria Antonieta Pisano Motta¹⁰⁹:

“A prática tem mostrado com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.”

Dito isso, observa-se que a guarda compartilhada é um instrumento que evita a efetivação do abandono afetivo por ter como premissa a convivência familiar dos filhos com

¹⁰⁹ MOTTA apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 459.

ambos os genitores. Por outro lado, a guarda unilateral proporciona desconfortos e conflitos que inflama o abandono do genitor não guardião, seja porque este se afasta para não ter que passar por constrangimentos e conflitos com o guardião, seja porque a não convivência ocasiona o afastamento e, conseqüentemente, a falta de responsabilidade e interesse do não guardião no exercício do seu direito de visita.

4.3. Dever de Visita

Destinado ao genitor não guardião, o instituto do dever de visita persegue a manutenção da relação parental diante dos casos em que há a privação diária com os filhos, o que normalmente ocorre após a ruptura da sociedade conjugal. Tal medida tem como foco assegurar a convivência entre pais e filhos, dando seqüência às relações de afeto, cuidado, respeito e responsabilidade entre o genitor e sua prole.

A regulamentação de visitas, portanto, consiste no direito do genitor não possuidor da guarda do menor, estar na presença e conviver com o mesmo, conforme dispõe o art. 1.589 do Código Civil de 2002:

Art. 1.589: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-lo e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar a sua manutenção e educação.

Percebe-se pela redação do dispositivo legal supracitado que não havendo concordância entre os genitores sobre como se dará as visitas, as mesmas deverão ser convenionadas pelo poder judiciário, a fim de assegurar ao menor o direito de convivência com o genitor não guardião, independentemente da relação existente entre os ex-cônjuges.

O Código de Processo Civil também abordou o tema, conceituando no § 2º do art. 1.121 a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia do genitor não guardião:

Art. 1.121 § 2º: Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Há, contudo, quem entenda ser inadequada a expressão “dever de visitas”, por entender que os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia apenas em determinados períodos de tempo, Maria Berenice, por exemplo, afirma:

“A visitação em datas predeterminadas, fixando quando o genitor pode ficar com o filho em sua companhia, cria um distanciamento entre ambos. A imposição de períodos de afastamento leva ao estremecimento dos laços afetivos pela não participação do pai no cotidiano do filho, além de gerar certo descompromisso com o seu desenvolvimento. As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propiciam o afastamento entre eles, lenta e gradualmente, até o desaparecimento, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas.”¹¹⁰.

Compartilhando do mesmo entendimento, Cláudia Maria da Silva afirma não haver visita para quem convive:

“é de fato simplória a defesa de que a convivência familiar se esgota na garantia da presença física, na coexistência, com ou sem coabitação. A exigência da presença paterna não é apenas física. Soa paradoxal, mas só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, uma relação verdadeiramente familiar.”¹¹¹

Entretanto, a justificativa encontrada para a utilização da expressão “dever de visita”, encontra-se no próprio Código Civil, que em seu art. 1634, II dispõe: “Compete aos pais, quanto à pessoas dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda”. Atribui-se, dessa forma, um dever aos genitores de concretizar a convivência com o menor por meio das visitas para que se possa cultivar o afeto quando a convivência diária se torna impossível.

O instituto do dever de visita nada mais é do que a tentativa do judiciário de regular e garantir o dever de convivência atribuído aos genitores, pois trata-se de um direito do próprio filho de conviver com o genitor com o qual não está cotidianamente. Preserva-se, aqui, a

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 459.

¹¹¹ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005, p. 137.

necessidade de cultivar o afeto e de firmar os vínculos familiares e o direito fundamental do menor de convivência, conforme disposto no art. 227 da CRFB/88.

Em que pese ser escassa a regulamentação do dever de visitas e ter o instituto perdido a sua força com o advento da guarda compartilhada, o Código Civil de 2002 prevê que em casos de guarda unilateral, é responsabilidade do genitor não guardião a supervisão dos interesses dos filhos, conforme preceitua o art. 1.583 § 3º do referido diploma legal¹¹². Assim, ainda que o genitor não seja o guardião, não está ele eximido da responsabilidade de garantir à sua prole os direitos a eles inerentes, devendo observar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Assegurado o direito do não guardião em conviver com seu filho, a postura do guardião em impedir as visitas configura privação do direito de convivência do menor e a obstrução da manutenção de uma relação afetiva essencial para as necessidades morais e psicológicas da prole. De igual modo, o inadimplemento do exercício do dever de visita demonstra a falta de comprometimento com a criação e formação do menor, ensejando, na maioria das vezes, prejuízos emocionais ao filho, que se vê abandonado.

Para situações como essas, existem mecanismos que asseguram o direito da criança em estar com o seu genitor. Tanto para obrigar um dos pais a entregar o filho ao outro, para que com ele possa permanecer durante os períodos pré-estabelecidos, quanto para fazer com que as visitas sejam realizadas. A visita não é somente um direito ou uma faculdade dos pais, mas sim uma obrigação, onde estes devem cumprir os horários de visitação de maneira adequada. É um dos deveres inerentes ao poder familiar, cujo descumprimento configura infração administrativa sujeita a multa de três a vinte salários mínimos (Art. 249 do ECA) e igualmente, o abandono, a justificar a destituição do poder familiar (Art. 1.638 II do CC/02)¹¹³.

Caracteriza-se, então, o abandono afetivo decorrente do não cumprimento do dever de visita, onde é possível mensurar o dano causado aos filhos levando em consideração as consecutivas e frequentes situações de abandono em que o menor é submetido, seja pela abstenção total da convivência, seja pelas reiteradas desculpas do genitor para o não

¹¹² CÓDIGO CIVIL DE 2002 - Art. 1.583 § 3º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. Pg. 466.

comparecimento às visitas e cumprimento de suas obrigações como pai, onde filho espera o genitor nas datas estabelecidas, cria expectativas em torno da visita e desestabiliza-se com sua ausência¹¹⁴.

4.4. Síndrome da Alienação Parental

Diante do significativo aumento de divórcios, viu-se surgir um fenômeno caracterizado pelo descuido, por parte do guardião, da proteção da criança e do adolescente. É a chamada Síndrome da Alienação Parental – SAP, onde o genitor guardião utiliza o menor como instrumento de vingança e compensação pela perda do cônjuge. Atesta Maria Berenice Dias:

“Muitas das vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, desmoralização, de descrédito do ex parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.”¹¹⁵

Este transtorno psicológico caracteriza-se como um meio pelo qual o cônjuge, ou responsável detentor da guarda do menor, utiliza-se para implementar falsas memórias, envolvendo o não guardião ou um ente familiar, visando obstruir o vínculo afetivo entre as partes, dificultando gradativamente a convivência entre eles e ocasionando danos, na maioria das vezes, irreversíveis na relação entre os envolvidos.

Em outras palavras, a alienação parental é um conjunto de sintomas que sucede à transformação da consciência do menor, de forma que ele mesmo, influenciado pelo seu guardião, passa a tomar como verdade o que lhe é relatado. Assim, esse distúrbio psíquico tem como objetivo principal a distorção da imagem do genitor alienado na criança, de modo

¹¹⁴ ROCHADEL, Greicy Mandelli Moreira e MOREIRA, José da Silva. **Do Descumprimento da Regulamentação de Visitas e Condenação por Abandono Afetivo**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11847&revista_caderno=14. Acesso em: 02 de nov. 2014.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. Pg. 473.

que a própria criança, acreditando no que lhe é dito, distancia-se voluntariamente do seu genitor¹¹⁶.

Vale a reprodução da definição dada por Maria Berenice Dias:

“A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.”¹¹⁷

Resta caracterizado o exercício abusivo do direito de guarda, onde o genitor guardião utiliza-se da relação de confiança adquirida com a convivência diária para rechaçar a figura do não guardião, propiciando um distanciamento das partes e, conseqüentemente, o abandono afetivo não voluntário, por privação de convivência. Nas palavras de Giselda Hironaka:

“Pode acontecer de se configurarem hipóteses de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor-guardião que, muitas vezes, confundindo os papéis paternos com os conjugais, acaba por afastar o genitor não-guardião do convívio com os filhos. Assim, isto pode se dar, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.”¹¹⁸

Por ser a Síndrome da Alienação Parental uma forma de abuso do poder familiar e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança, criou-se a Lei 12.318/2011, para que tal conduta fosse reprimida. Ela tipifica a alienação parental, enumerando as condutas nela abrangidas e as sanções legais previstas.¹¹⁹ A pretensão dessa promulgação era justamente

¹¹⁶ ARAÚJO, Ynderlle Marta de. **A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/876/A+Alienacao+Parental+no+Ordenamento+Jur%C3%ADico+Brasileiro>. Acesso em: 02 de nov. 2014.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**, 3ª edição, IBDFAM, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, 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+abandono+afetivo>. - Acesso em: 02 de nov. 2014.

¹¹⁹ Lei n. 12.318, de 26 de Agosto de 2010. Dispõe sobre Alienação Parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12318.htm> - Acesso em: 02 de nov. 2014.

inserir o tema no âmbito jurídico, para que os operadores do direito pudessem aplicá-la de forma mais segura e profunda no caso concreto, evitando danos maiores à criança alienada.

Dito isto, observa-se, por óbvio, ser a alienação parental fator determinante para muitos casos de abandono afetivo, onde o genitor alienado, buscando cessar os conflitos e as cenas vexatórias diante dos filhos, afasta-se do seio familiar. Não cabe aqui uma justificativa para tal atitude, mas sim uma abordagem do problema por outra ótica, onde o abandono afetivo ocorre por intervenção de terceiros, não por vontade própria do genitor. Há, portanto, uma correlação entre a alienação parental e o abandono afetivo, já que ambos abordam a mesma questão: o direito e o dever da convivência familiar.

A luta contra a alienação parental e o abandono afetivo se comunicam, ainda, no fato de que ambos os genitores têm o dever de cuidado, atenção, educação e afeto com a criança e/ou o adolescente em formação, deveres esses atribuídos constitucionalmente. Porém, ao nos depararmos com casos de abandono afetivo oriundos da alienação parental, estamos diante do descumprimento das obrigações parentais por parte de ambos os genitores, que como pais, devem garantir o desenvolvimento saudável e harmonioso do menor.

Percebe-se, portanto, que os institutos da alienação parental e do abandono afetivo, intrinsecamente ligados ao dever de cuidado, são males sociais resultantes das atuais relações familiares. O papel do judiciário, nesses casos, passa a ser fundamental para a gestão das pessoas vulneráveis envolvidas, de modo que sejam às elas garantido a proteção e o amparo do poder público em situações lesivas ao seu desenvolvimento e saúde psíquica.

CAPÍTULO V

PROPOSTAS LEGISLATIVAS E O PROJETO PAI PRESENTE

Desde que o tema chegou aos tribunais brasileiros, o debate acerca das obrigações parentais na criação dos seus filhos e as consequências do seu descumprimento tem sido corriqueiros dentro da sociedade, dando visibilidade às situações de abandono e humilhação das quais crianças e adolescentes têm sido vítimas. Dando voz ao clamor popular, representantes eleitos do povo no Senado Federal se manifestaram desenvolvendo Projetos de Lei que se destinam a estabelecer uma regulamentação legal específica sobre o abandono afetivo.

Serão analisadas, dessa forma, três propostas com enfoques diferentes, mas com objetivos únicos: uniformizar as decisões e reforçar a responsabilidade dos genitores quanto ao desenvolvimento sadio, harmonioso e integral das crianças e adolescentes de todo país.

No mais, será também apresentado um projeto desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça que tem favorecido a minoração dos casos de abandono afetivo e incentivado a retomada da convivência entre pais e filhos em todo o país.

5.1. Projeto de Lei nº 700/2007

Elaborado pelo então senador, Marcelo Crivella, o projeto de lei nº 700/07 pretende modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para que passe a constar a previsão normativa específica do abandono afetivo paterno filial e suas implicações no âmbito civil e penal.

A primeira alteração proposta é a renumeração do art. 4º da Lei 8.069/90 (ECA), de modo que seu parágrafo único se transforme em parágrafo 1º e sejam acrescentados os parágrafos 2º e 3º com a redação que segue:

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

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

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

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

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida. (NR)¹²⁰

Pela redação dos parágrafos supramencionados, percebe-se o propósito de destacar a obrigação inerente aos pais de prestarem assistência a seus filhos e garantir o desenvolvimento pleno e sadio, preservando os interesses destes enquanto seres vulneráveis ainda em formação. Para tanto, o parágrafo 3º enumera outras formas de assistência moral devida aos filhos menores, além das que já possuem expressa previsão legal.

O segundo artigo do projeto, por sua vez, modifica sete artigos do ECA, quais sejam: arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130.

O art.5º do ECA passaria a conter apenas um parágrafo único caracterizando como conduta ilícita, sujeita à reparação de danos, o abandono moral. Poria fim, então, a um dos principais argumentos utilizados para a não concessão da indenização por danos morais em casos com referida temática. *In verbis* a nova redação:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)¹²⁰

Já os arts. 22 e 24 do ECA teriam suas redações alteradas para incluir, respectivamente, os deveres de convivência e assistência material e moral e substituir a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, posteriormente modificado pela Lei nº 12.510 de 2009.

Ao artigo 56 do referido Estatuto, seria adicionado o inciso IV, que imputaria a obrigação aos dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental de comunicar ao Conselho Tutelar casos de “negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta

¹²⁰ SENADO FEDERAL, Projeto de LEI nº 700 de 2007, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516 – Acesso em: 03 de nov. 2014.

Lei”. No artigo 58, adicionaria, ainda, a exigência de respeito, no processo educacional, dos valores morais e éticos.

Enquanto o artigo 129 do ECA passaria a contemplar a necessidade de observância dos artigos 22, 23 e 24 do mesmo diploma legal, nos casos de destituição de tutela, suspensão ou perda do poder familiar (incisos IX a X), o artigo 130, último a ser modificado pelo segundo artigo do Projeto de Lei 700/2007, passaria a incluir a hipótese de negligência no rol de possibilidades de concessão de medida cautelar de afastamento do agressor ou responsável da moradia comum do menor.

A polêmica, contudo, fica a cargo do terceiro artigo do Projeto de Lei nº 700/2007, que intenta a inclusão do artigo 232-A na Lei 8.069/90. Com esse artigo, fica clara a intenção do PL em ampliar a tratativa do abandono afetivo, caracterizando-o não somente como ilícito civil, mas também como ilícito penal. Versaria da seguinte forma:

“Art. 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.”

Segundo o autor, o PL tem como fundamento o art. 227 da Constituição Federal, que impõe ao Estado e a família o dever de assegurar à crianças e adolescentes, dentre outros direitos, o direito à dignidade e ao respeito. Argumenta em sua fundamentação que não há como negar que o “abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels consequências sobre a formação psicológica e social dos filhos”¹²¹.

O Senador Marcelo Crivella, enfatiza ainda que, embora a lei não tenha “o poder de alterar a consciência dos pais, pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência com os filhos”. Ademais, lembra que a iniciativa não tem a pretensão de regular o amor e o afeto por meio de lei. Pretende, tão-somente, esclarecer, definitivamente, que os pais têm como dever:

“acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e,

¹²¹ SENADO FEDERAL, Projeto de LEI nº 700 de 2007, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516 – Acesso em: 03 de nov. 2014.

na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.”¹²²

Alega que embora a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, é imprescindível que se estabeleça uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita tanto na esfera cível, quanto na esfera penal. E é incisivo ao afirmar ainda, que a relação entre pais e filhos não pode ser esgotar em uma dimensão monetária, como se fosse o pagamento da pensão alimentícia bastante para esgotar os deveres dos pais em relação à prole.

Ao finalizar sua justificção, o Senador ressaltou acreditar que além de estabelecer uma regra que caracterize o abandono moral como conduta ilícita, o referido Projeto de Lei também orientaria as decisões judiciais sobre o tema, superando o estágio de insegurança jurídica alcançado em virtude de inúmeras decisões judiciais controversas proferidas ao longo do tempo.

O Projeto foi apresentado e enviado para apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), sob a relatoria do Senador Valdir Raupp, que resultou em algumas emendas e críticas ao projeto, dentre as mais relevantes, a suposta inadequação do termo “abandono moral” e a responsabilização penal.

Em relação ao termo “abandono moral”, a crítica pautou-se no fato de que usualmente a doutrina e a jurisprudência utilizam o termo para se referir ao crime tipificado no artigo. 247 do Código Penal. Já em relação à responsabilização penal, julgou-se ser excessivo estabelecer uma punição no âmbito penal diante de uma questão ainda tão controversa e delicada, bem como temeroso tipificar penalmente uma situação que com facilidade pode ter relação com a alienação parental. Diante desta dificuldade de identificação da situação abarcada, a Comissão entendeu ser perigoso se valer do direito penal, que tem “caráter de *última ratio*”, para regular a questão, sendo a reparação na esfera civil suficiente para sanar o caso.¹²³

Após suas ponderações, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania votou favoravelmente à aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007, acompanhado da Emenda nº 01-CCJ, proposta pelo próprio Senador Crivella - que julgou necessário alterar a

¹²² SENADO FEDERAL, Projeto de LEI nº 700 de 2007, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516 – Acesso em: 03 de nov. 2014.

¹²³ Idem.

redação do art. 1.589 do Código Civil para que passasse a constar a expressão “deverá visitá-los e tê-los em sua companhia”, ao invés de “poderá visitá-los e tê-los em sua companhia” – e por outras cinco emendas, incluindo as que alteraram o termo “abandono moral” e suprimiu a responsabilidade penal pelo abandono afetivo paterno filial.

O Projeto também foi encaminhado para apreciação da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), que dará a decisão terminativa. Contudo, não tivemos até o momento o parecer da referida Comissão, apesar de já existirem três relatórios, cada um com uma relatoria diferente. Os dois primeiros têm conteúdo quase idêntico e ambos acompanharam o parecer da Comissão antecessora e votaram pela aprovação do PLS com as emendas propostas. Já o terceiro relatório, se mostra como complemento destes, ainda que apresente um voto parcialmente divergente.

O relator do terceiro parecer acrescentou aos demais argumentos utilizados para aprovação do Projeto de Lei nº 700/2007 que o Estado brasileiro é signatário de compromissos internacionais, que ganham status de Emenda Constitucional no nosso ordenamento jurídico, e que apontam para a necessidade do aprimoramento das normas legais que asseguram os direitos das crianças e adolescente, indo além, ao utilizar-se do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 1159242/SP para evidenciar a gravidade do dano causado em casos de abandono afetivo. Ademais, o relator do voto deixou claro que concorda com a emenda contrária à caracterização do instituto como ilícito penal apenas por temer a inviabilização da aprovação do PLS, mas não por discordar da tipificação proposta. Por fim, encerrou afirmando que discorda com a Emenda nº 01 -CCJ proposta pelo autor, por não vislumbrar a obrigatoriedade da visita e convivência dos pais com os filhos, votando pela aprovação do Projeto de Lei com as Emendas nº 2 à 6 propostas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.¹²⁴

O Projeto está desde o dia 09 de Outubro de 2014 no gabinete da Senadora Ângela Portela para relatoria.¹²⁵ Porém, ao que tudo indica, o parecer terminativo da Comissão será favorável à comutação da proposta em Lei, atribuindo uma nova prospecção jurídica ao instituto do abandono afetivo e promovendo maior segurança jurídica quanto à temática.

¹²⁴ SENADO FEDERAL, Projeto de LEI nº 700 de 2007, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516 – Acesso em: 03 de nov. 2014.

¹²⁵ Idem.

5.2. Projeto de Lei nº 470/2013

De autoria da Senadora Lídice da Mata, o Projeto de Lei nº 470/2013, denominado Estatuto das Famílias, foi apresentado ao Senado Federal com o propósito de reunir em um só instrumento legal toda a legislação referente ao Direito de Família, além de modernizá-la. A proposta busca soluções para conflitos e demandas familiares a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade¹²⁶, contemplando a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade contemporânea.

Desenvolvido em conjunto com o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a proposta do Estatuto das Famílias sugere o desenvolvimento de uma legislação específica, por meio de um Estatuto autônomo que reúna regras de direito material e processual, proporcionando maior celeridade, simplificação e economia processual nas demandas judiciais. Dessa forma, abre espaço no sistema jurídico positivo para as novas demandas surgidas em razão das relações que se apresentam no seio familiar moderno, como é o caso do abandono afetivo, da alienação parental e da filiação socioafetiva.

Um dos principais argumentos para apresentação do projeto é o de que a legislação atual está ultrapassada e defasada em relação à realidade familiar, que deixou de ser essencialmente um núcleo patrimonial para dar lugar à afetividade. Em sua justificação sobre a proposta, afirma a Senadora autora da proposta:

“Não é mais possível tratar questões da vida familiar, que perpassam por idealizações, sentimentos e perdas, valendo-se das mesmas normas que regulam questões meramente patrimoniais. Essas peculiaridades inerentes às relações familiares têm levado muitos países a editar códigos ou leis autônomas de Direitos das Famílias, fato que aponta a necessidade de aprovação de uma legislação específica que trate não só dos direitos, mas também das demandas familiares, para sair do plano da abstração e solidificar na efetivação das previsões específicas. Basta lembrar a experiência brasileira bem-sucedida, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, da Igualdade Racial, do Torcedor etc.”¹²⁷

¹²⁶ DELGADO, Mário Luiz. **Um Novo Direito de Família que se Projeta**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26765/um-novo-direito-de-familia-que-se-projeta> - Acesso em: 31 de out. 2014

¹²⁷ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 470 de 2013, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242 - Acesso em: 31 de out. 2014

Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM, ao se posicionar sobre a questão, explica:

“As fontes do Direito de Família como a doutrina e os princípios são avançados, mas as regras jurídicas ficaram ultrapassadas. Embora o Código Civil seja de 2002, ele traduz concepções morais da década de 1960. Daí a necessidade de adequar essas regras às novas formatações de família que não são protegidas pela legislação atual”¹²⁸.

A Senadora Lídice da Mata vale-se ainda do pretexto de que as “mudanças propostas têm como norte a Constituição Federal, para dar efetividade à promessa de realização dos valores fundantes do Estado, que afirma ser Democrático de Direito” e também que, além disso, a autonomia normativa eliminaria o grande número de propostas legislativas em tramitação que objetiva a modificação do Código Civil, evitando que haja uma modificação radical no sentido e no alcance do mencionado diploma legal, que em suas palavras, “já se transformou em verdadeira colcha de retalhos”¹²⁹.

Os principais pontos do PLS 470/2013 são a tese do abandono afetivo, a paternidade socioafetiva, a alienação parental e famílias recompostas. Na parte processual, por exemplo, defende o protesto por dívida alimentar como mais uma possibilidade de cobrança do devedor de alimentos. Dentre os temas mais polêmicos, por sua vez, estão o reconhecimento das famílias homoafetivas, a utilização do termo convivência familiar ao invés de guarda compartilhada e a auto curatela, um instituto novo para pessoas com deficiência, por exemplo, terem um curador nomeado.¹³⁰

Em relação ao tema objeto do presente trabalho, o abandono afetivo, a proposta busca positivá-lo, atribuindo valor jurídico ao instituto e minimizando as controvérsias existentes quanto ao tema, principalmente no que diz respeito à caracterização da conduta ilícita e consequentemente, da possibilidade de reparação. Em sua justificação, a autora evidencia a necessidade de tratar com absoluta prioridade o convívio familiar assegurado às crianças e adolescentes pelo princípio da paternidade responsável, fundamentado no art. 227 de

¹²⁸ IBDFAM. **Projeto de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto-de-Estatuto-das-Fam%C3%A9Dias+%C3%A9+apresentado+no+Senado> - Acesso em: 31 de out. 2014.

¹²⁹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 470 de 2013, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242 - Acesso em: 31 de out. 2014

¹³⁰ IBDFAM. **Projeto de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto-de-Estatuto-das-Fam%C3%A9Dias+%C3%A9+apresentado+no+Senado> - Acesso em: 31 de out. 2014.

Constituição Federal. Afirma ainda ser possível a reparação em casos de abandono afetivo para penalizar a negligência parental, podendo esta ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

Apesar de versar ao longo de todo o texto sobre questões que implicam diretamente no abandono afetivo, o projeto destinou o Capítulo V do Estatuto das Famílias para abordar especificamente a matéria, mais precisamente, os artigos 108 e 109 *in verbis*:

Art. 108. Considera-se conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente.

Art. 109. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos estabelecidos em lei especial de proteção à criança e ao adolescente, prestar-lhes assistência afetiva, que permita o acompanhamento da formação da pessoa em desenvolvimento.

Parágrafo único. Compreende-se por assistência afetiva:

- I** – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;
- II** – solidariedade e apoio nos momentos de necessidade ou dificuldade;
- III** – cuidado, responsabilização e envolvimento com o filho.

A proposição foi distribuída para análise para Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e, em caráter terminativo, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Não foram recebidas emendas ao projeto e até o momento, somente a CDH emitiu seu parecer, cujo teor foi pela aprovação do Projeto 470/2013 sob a ótica da sua competência, ou seja, da garantia e proteção dos direitos humanos e proteção à família. Resta agora aguardarmos para saber qual será o destino desse projeto.

5.3. Projeto Pai Presente

No presente momento, apresenta-se como um dos caminhos para coibição do abandono afetivo, o Projeto Pai Presente, cuja finalidade é propiciar a convivência entre pais e filhos, mas principalmente, regularizar a situação de milhares de pessoas que não possuem

paternidade reconhecida no Brasil, garantindo-lhes o direito à paternidade assegurada no art. 226 § 7º da Constituição Federal de 1988.

Implantado pela Corregedoria Nacional de Justiça, órgão ligado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o projeto foi consolidado a partir do Provimento 12, publicado em agosto de 2010, que instituiu um conjunto de medidas a serem adotadas pelos juízes para identificarem os supostos pais e tomarem as providências necessárias no intuito de garantir esse reconhecimento¹³¹ e o fiel cumprimento da Lei 8.560/1992, que regula e investigação de paternidade.

As medidas instituídas pelo Provimento permitem que os juízes responsáveis notifiquem as mães de estudantes, cuja certidão de nascimento não conste no registro paterno, para que compareçam ao fórum e informem os dados do suposto pai, para que então o juiz possa iniciar o procedimento de investigação oficiosa de paternidade, regulado pela Legislação supracitada. Para localizar essas crianças, o CNJ solicitou ao Ministério da Educação (MEC) em 2010 os dados do Censo Escolar para mapear as crianças matriculadas na rede de ensino cuja certidão de nascimento não mencionava o nome do pai¹³². Nessa busca, foram localizadas cerca de 5,5 milhões de crianças nessa situação, revelando um alto índice de abstenção paterna. Indaga-se, se estas crianças não foram sequer reconhecidas por seus genitores, que dirá receberam o afeto, a atenção e a convivência que lhe são devidos por direito.

Os números significativos trazidos com as medidas instituídas reflete o sucesso do Projeto. Segundo noticiado pelo CNJ através de seu site em 10 de Agosto de 2014, desde 2010 o Pai Presente resultou em cerca de 536 mil notificações emitidas por juízes de diversas comarcas do país. Dessas notificações resultaram mais de 42 mil reconhecimentos espontâneos, além de 15,4 mil pedidos de exames de DNA nos casos em que não houve reconhecimento espontâneo por parte dos genitores. Apesar dos números expressivos, segundo informado pela Corregedoria Nacional de Justiça, estima-se que os dados reais sejam

¹³¹ JUS BRASIL. **O Projeto Pai Presente, do CNJ, é bem-sucedido em todo Brasil.** Disponível em: <http://amab.jusbrasil.com.br/noticias/3058852/19-03-projeto-pai-presente-do-cnj-e-bem-sucedido-em-todo-brasil>

- Acesso em: 31 de out. 2014

¹³² PORTAL CNJ – **Programa Pai Presente já facilitou mais de 42 mil casos de reconhecimento espontâneo de paternidade.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29308:programa-pai-presente-ja-facilitou-mais-de-42-mil-casos-de-reconhecimento-espontaneo-de-paternidade#ad-image-0> – Acesso em: 31 de out. 2014

muito maiores, pois em muitos dos mutirões que são realizados nos tribunais os dados não são devidamente computados no banco de dados nacional.¹³³

Dessa forma, considerando ser um direito fundamental ter o nome do pai na certidão de nascimento, dele dependendo, inclusive, a possibilidade de se postular outros direitos correlacionados com a filiação, como por exemplo, pedido de pensão alimentícia e herança, o Programa Pai Presente demonstrou ser esse um caminho para mitigar o abandono afetivo e proporcionar a pais e filhos a possibilidade de reaproximação e recuperação da relação afetiva. Com o sucesso do programa de 2012, a Corregedoria Nacional de Justiça reeditou e aprimorou o Projeto através do Provimento 26.

¹³³ PORTAL CNJ – Programa Pai Presente já facilitou mais de 42 mil casos de reconhecimento espontâneo de paternidade. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29308:programa-pai-presente-ja-facilitou-mais-de-42-mil-casos-de-reconhecimento-espontaneo-de-paternidade#ad-image-0> – Acesso em: 31 de out. 2014

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao logo desse trabalho, a percepção de que o abandono afetivo pode ensejar reparação por dano moral ao filho abandonado está intimamente ligada aos novos valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, cujo âmago é a preservação da dignidade da pessoa humana.

Embora a Constituição tenha propiciado mudanças nas relações sociais, foi necessária ainda uma evolução progressiva e gradual para que muitos direitos e deveres nela preconizados fossem recebidos e praticados pela sociedade, principalmente no que diz respeito ao núcleo familiar, até então submisso ao poder patriarcal.

Superado esse momento transacional, ficou evidente a valorização do afeto no seio das relações familiares, que passou a ser a base de sua formação. Seus membros passaram a ter tratamento igualitário e a serem valorizados dentro de suas individualidades e necessidades, demonstrando finalmente que os valores e princípios atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio permeavam nas relações interpessoais.

Surgiram, então, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, que vieram para reafirmar os valores já consagrados constitucionalmente, principalmente no que diz respeito à necessidade de observar os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável, da convivência familiar e outros, enquanto genitores e responsáveis por pessoas ainda em formação.

Diante deste cenário, restou clara a impossibilidade dos pais de se escusarem dos deveres a eles inerentes, sendo sua responsabilidade assegurar os direitos de educação, convivência familiar, orientação, cuidado e afeto, daqueles, aos quais, concederam a vida. Por esta razão, negar esses cuidados, além de atribuir sanções aos pais, causa danos irreparáveis à saúde física, mental e emocional das crianças e adolescentes desamparados, que na maioria das vezes, não conseguem se desenvolver de forma sadia.

Mesmo com tantos diplomas legais positivando e ressaltando as atribuições inerentes à condição de pai, inúmeros genitores preferiram ainda assim desconsiderar a importância de zelar por seus filhos, deixando-os à mingua de qualquer atenção, afeto ou cuidado.

Como visto neste trabalho, a tese da reparação civil por danos morais ganhou força ante a conjuntura do abandono afetivo, e tem sido cada vez mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Obviamente, sabe-se que o Poder Judiciário não tem o condão de determinar que um genitor ame seu filho e muito menos, de monetarizar o afeto através de indenizações descabidas. O que se pretende, na verdade, é que se faça valer todos os deveres impostos por lei, e que uma vez descumpridos e configurados os pressupostos da responsabilidade civil, ensejem reparação.

Hoje, nosso ordenamento jurídico deixa evidente a possibilidade de indenizar em casos de abandono afetivo. Contudo, apesar dos avanços doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, ainda permanece a resistência quanto ao cabimento de reparação pecuniária quando o assunto é a afetividade, o que pressupõe a imprescindibilidade de se positivar a matéria para que não existam mais dúvidas quanto à necessidade de compensação àqueles que tanto já sofreram.

Dessa forma, conclui-se, que apesar de ainda polêmico, o abandono afetivo tem ganhado conotações relevantes no âmbito do poder judiciário à medida que tem se verificado ser plenamente cabível a condenação dos genitores que negligenciam afetivamente a sua prole. Cabe dizer não se tratar de banalização do afeto e muito menos da intervenção descabida do Estado na vida íntima familiar, mas sim da necessidade inequívoca de se demonstrar aos pais que, aos filhos, também são devidos os alimentos para a alma, afinal de contas, “todos somos filhos de alguém, ainda que alguns se neguem por sua vez a serem pais”.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ynderlle Marta de. **A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/876/A+Alienacao+Parental+no+Ordenamento+Jur%C3%ADdico+Brasileiro>>. Acesso em: 02 de nov. 2014.
- BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal, 1988.
- _____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002.
- _____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre Alienação Parental.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-filial**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, jun. /jul. 2006.
- CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história**. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Incesto e Alienação Parental**. 3º edição, IBDFAM, Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Alimentos e Paternidade Responsável**. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?17,3> - Acessado em: 10 de out. 2014.
- DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12987>>. Acessado em: 28 de out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7º volume: responsabilidade civil, 21 Ed. São Paulo:Saraiva, 2007.

_____, Maria Helena. **O Atual Estado do Biodireito**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mário Luiz. **Um Novo Direito de Família que se Projeta**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26765/um-novo-direito-de-familia-que-se-projeta>> - Acesso em: 31 de out. 2014.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Carlos Alberto, **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> > - Acesso em: 28 de out. 2014.

_____. **Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>> - Acesso em: 19 de out. 2014.

IBDFAM. **Projeto de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADias+%C3%A9+apresentado+no+Senado>> - Acesso em: 31 de out. 2014.

JUS BRASIL. **O Projeto Pai Presente, do CNJ, é bem-sucedido em todo Brasil**. Disponível em: <<http://amab.jusbrasil.com.br/noticias/3058852/19-03-projeto-pai-presente-do-cnj-e-bem-sucedido-em-todo-brasil>> - Acesso em: 31 de out. 2014

LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro**. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2ª tiragem [s.l.]: Saraiva, 2012.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares; **Dos Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial.** Disponível em:

<<https://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>> - Acesso em: 10 de out. 2014

MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 2085505-54.2000.8.13.0000**, Desembargador Unias Silva, Minas Gerais, 01 de abr. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005.

PEREIRA, Rodrigo da cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** Del Rey, 2006.

_____. **Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 11 de out. 2014.

PORTAL CNJ – **Programa Pai Presente já facilitou mais de 42 mil casos de reconhecimento espontâneo de paternidade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29308:programa-pai-presente-ja-facilitou-mais-de-42-mil-casos-de-reconhecimento-espontaneo-de-paternidade#ad-image-0>> – Acesso em: 31 de out. 2014

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2004.001.13664**, Desembargador Mário dos Santos Paulo, Rio de Janeiro, 19 de jul. 2004.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0012003-04.2004.8.19.0208 - 2006.001.62576**, Desembargador Cláudio de Mello Tavares, Rio de Janeiro, 25 de abr. 2004.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0007035-34.2006.8.19.0054**, Desembargadora Ana Maria Oliveira, Rio de Janeiro, 20 de out. 2009.

RIO GRANDE DO SUL, 2ª Vara Cível da Comarca de Capão Canoa, **Processo Cível nº 1411030012032-0**, Juiz Mário Romano Maggioni, Capão da Canoa, 15 de set. 2003.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível nº 70011681467**, Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 10 de ago. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHADEL, Greicy Mandelli Moreira e MOREIRA, José da Silva. **Do Descumprimento da Regulamentação de Visitas e Condenação por Abandono Afetivo**. Disponível em:

<[http://www.ambito-](http://www.ambito-
juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11847&revista_cad
erno=14)

[juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11847&revista_cad](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11847&revista_cad
erno=14)

[erno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11847&revista_cad
erno=14)>. Acesso em: 02 de nov. 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, **Apelação Cível nº 2008.057288-0**, Desembargador Fernando Carioni, Criciúma, 07 de jan. 2009.

SÃO PAULO. 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, **Processo Cível nº 583.00.2001.036747-0**, Juiz Luís Fernando Cirillo, São Paulo, 05 de jun. 2004.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação Cível nº 0004614-77.2009.8.26.0634**, Desembargador Coelho Mendes, São Paulo, 20 de abr. 2011.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: A Valoração do Elo Perdido ou não Consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 700 de 2007, em tramitação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>.

_____. Projeto de Lei nº 470 de 2013, em tramitação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242>.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005.

STF, **Recurso Extraordinário nº 567164 ED/MG**, Rel. Min. Ellen Gracie, 18 de ago. 2009.

STJ, **Recurso Especial nº 757.411-MG**, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 29 de nov. 2005.

_____, **Recurso Especial nº 514.350-SP**, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 29 de nov. 2005.

_____, **Recurso Especial nº 1.159.242-SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 28 de abr. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Caso Real de Abandono Paterno**. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203> > - Acesso em: 5 de out. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAMATARO, Yves. **Reflexões Acerca da Possibilidade de Reparação Civil decorrente de Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211447,41046-Reflexoes+acerca+da+possibilidade+de+reparacao+civil+decorrente+de>> - Acesso em: 19 de out. 2014.