

ASPECTOS JURÍDICOS DO ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Sttefany Aline Chaves Juliano¹
Luciano Henrique Diniz Ramires²

RESUMO

O presente trabalho científico tem por objetivo trazer à baila uma visão geral e comparada do Direito de Família nos moldes anteriores e sua evolução social, bem como e principalmente os aspectos sócio jurídicos do abandono afetivo, apontando a importância do vínculo afetivo na formação da identidade do ser humano, analisando ainda a jurisprudência e doutrina em casos concretos. O objetivo da pesquisa é indicar conceitos e também pressupostos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, passando por uma breve análise do fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, princípio Constitucional, bem como nos Princípios norteadores do Direito de Família, entre eles o Princípio da Afetividade, e ainda uma abordagem cognitiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista o melhor interesse da criança quando aquele estiver diante de outros interesses. Posteriormente, busca-se mostrar a caracterização do dano moral quando caracterizado o abandono afetivo, bem como julgados com a referida matéria. Adotaram-se como métodos de abordagem indutivo; de procedimento pesquisa bibliográfica, de cunho teórico- prático.

Palavras-chave: Abandono afetivo; Direito de Família; princípios; jurisprudência.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2. ANÁLISE DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO, ESPECIFICAMENTE NO TOCANTE AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES, 3. ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL 4. A JURISPRUDÊNCIA EM ANÁLISE, CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Com os avanços sociais e jurídicos trazidos pelas mudanças normativas do Direito de Família também surgiram inúmeros institutos capazes de ferir princípios norteadores do Direito, assim, no que se refere ao instituto do abandono afetivo, a lei após a utilização da analogia e de interpretações põe a salvo a integridade de crianças e adolescentes quando deixados de lado por seus genitores em claros casos de omissão de cuidado e prestação.

¹ Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1994) e mestrado em Direito – Instituição Toledo de Ensino (2001). Atualmente é profissional liberal – ADVOCACIA e professor mestre III da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

Atentando-se para a responsabilidade civil extracontratual vemos a possibilidade clara em fixação de quantum indenizatório em casos de abandono afetivo. Os genitores tem dever de cuidado, contudo, em casos onde não está presente tal dever, a jurisprudência atual e dominante, juntamente com a doutrina tem permitido responsabilizar financeiramente aqueles que deviam estar atentos ao crescimento de sua prole.

Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar a efetividade dos princípios basilares constitucionais e do Direito de Família, bem como a jurisprudência garantista e protetora que tem por premissa a proteção integral à criança e ao adolescente, haja vista a preocupação com o aumento de problemas psicológicos e sociais de crianças cuja base familiar não está enraizada. Importante salientar que a utilização da responsabilidade civil extrapatrimonial determinada pelos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil deve estar intimamente ligada com o melhor interesse da criança e do adolescente, sob pena de frustrar a possibilidade em aplicação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

Importante ressaltar que também são objetivos do presente artigo científico: 1. Evolução histórica do Direito de Família; 2. Análise da do Direito de Família contemporâneo, especificamente no tocante aos princípios constitucionais e norteadores; 3. Abandono afetivo e responsabilidade civil; 4. E finalizar explicitando a jurisprudência pátria em casos concretos de abandono afetivo reconhecidos pelos Tribunais.

Para a realização da pesquisa e trabalho, adotou-se os seguintes métodos de abordagem indutivo; de procedimento artigo, de cunho teórico prático, haja vista que o trabalho traz à baila a lei comentada bem como a revisão de obras sobre o assunto, e por fim a jurisprudência crescente dos Tribunais, a fim de contextualizar a realidade brasileira no presente caso, direcionar a pesquisa científica nos moldes traçados no presente trabalho, e solucionar a problemática proposta.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

De proêmio, antes de iniciar o debate acerca do tema principal do presente artigo, é necessário esclarecer como surgiu a necessidade do Direito de Família pátrio acompanhado das conquistas sociais e os avanços legislativos.

No que diz respeito ao Direito de Família em nosso ordenamento, vemos que sucessivas mudanças legislativas iniciaram-se na metade do século passado e tiveram seu auge com o advento da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã. A partir daí, surgiram inúmeras leis tentando adequar-se às novas perspectivas da família e da sociedade.

Em virtude da evolução da humanidade e do próprio pensamento, o que era aceitável antigamente, hoje, passa a ser abominado pela sociedade, com tal pensamento, dentro dessa

caminhada evolutiva o Direito precisa necessariamente acompanhar os anseios sociais, sob pena de transformar-se em letra morta, caindo em desuso.

Em virtude desse acompanhamento social, muitas situações foram surgindo e necessitando de respaldo legal, sendo possível citar, entre outras, a união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas.

As leis que surgiram antes da Constituição Federal brasileira de 1988 buscavam sistematizar o modelo da família patriarcal, privando da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

Assim, como marco histórico no tocante à legislação familiar, temos a promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil). Este Código, projetado por Clóvis Beviláqua, é uma obra de seu tempo, iniciada e concluída em 1889, tendo sido aprovada tão somente em 1912 pelo Senado Federal, entrando em vigor a partir 1º de janeiro de 1917 e que, segundo o ministro Luiz Edson Fachin, “o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 tratava de um sistema fechado que abordava apenas disposições que favoreciam à classe dominante.” Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados, como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão, ainda, o mesmo autor afirma que, frente o Código de Beviláqua, ser sujeito de direito significava ser “sujeito de patrimônio”, ou seja, ter muitos bens. Para tanto, precisava comprá-lo, sendo em igual medida “sujeito do contrato”, bem como, sujeito de família, recebendo o Código a designação de o ‘Estatuto Privado do Patrimônio’, exatamente porque se coloca como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, ideal projetado, em parte, para o Código Civil de 2002.

Nesta esteira, a legislação cível daquela época, totalmente patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser” e direcionava-se aos grandes proprietários, sendo que a maioria das pessoas não sabiam de seus direitos e, muito menos, que podiam invocá-los.

Na época, a família patriarcal posicionava-se como pilar central da legislação, exemplo disso foi a indissolubilidade do casamento e a capacidade relativa da mulher. O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Ademais, à mulher era atribuída apenas a função de colaboração no exercício dos encargos da família, conforme artigo 240 do mesmo diploma legal.

Neste diapasão, vemos que a legislação cível, mais especificamente no tocante ao tópico que tratava da família, trouxe para a época uma codificação totalmente preocupada e voltada para a conservação do casamento, dedicando-lhe uma parte especial. Cuidadosamente e detalhadamente, foram disciplinados os impedimentos para a sua realização, suas formalidades, direitos e deveres dos

cônjuges, regimes de casamento, entre outros, trazendo ao operador do Direito um verdadeiro ‘modo de fazer’ a ser seguido ritualmente para a celebração, convivência e situações voltadas ao casamento.

No que tange à filiação, havia clara e evidente distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, registrado no assento de nascimento a origem da filiação, nas palavras de Maria Berenice Dias (Manual de Direito das Famílias, 8ª ed., p.30):

“Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, num vã tentativa a preservação do casamento.”

Como exemplo previsto pelo antigo Código e que não se atentava ao verdadeiro interesse que o Direito de Família deveria zelar, podemos citar o instituto da guarda, onde a mesma era atribuída ao consorte não culpado pelo desquite, sendo que, somente em situações gravíssimas a perdia. Portanto, tal instituto estava atrelado à culpa na separação e não no bem-estar da criança, ou melhor interesse da criança, Princípio que norteia as relações familiares no atual Código Civil de 2002.

Após evoluções sociais pelas quais passou a família durante os anos, houve a necessidade de certas alterações legislativas, tendo uma em questão sido a mais expressiva, a Lei nº 4.121 de 1962, também conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada, e que devolvia aquela a plena capacidade, deferindo-lhe bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho, contudo, ainda havia prevalência da vontade do homem, conforme redação do parágrafo único do artigo 380 do Código Civil de 1916: “divergindo os genitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência”.

Contudo, em que pese a manutenção de normas excessivamente patriarcais e mesmo com certos avanços, a mulher mudou sua posição dentro da entidade familiar, passando a participar efetivamente da administração do lar. Essa lei representou uma das maiores conquistas da classe feminina perante a legislação brasileira.

Após algum tempo, já em meados de 1949 entrou em vigor a Lei nº 883, que trata sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, permitindo seu reconhecimento, através de ação de reconhecimento de filiação, tendo direito inclusive a alimentos provisionais, se lhe for favorável a decisão de primeira instância, devendo para isso estar dissolvida à sociedade conjugal.

Ainda, aos filhos, foi reconhecida a igualdade de direitos, independente da natureza da filiação, inclusive o direito à herança, como também o direito do filho, mesmo ilegítimo, poder acionar o pai à prestação de alimentos, em segredo de justiça. O maior e grande avanço desta legislação foi a proibição de qualquer menção à filiação ilegítima no registro civil, deixando de lado a postura preconceituosa do qual o legislador se fez valer no texto da Lei nº 3.071 de 1916.

Mais tarde, a instituição do divórcio (EC 9/77 e L 6.515/77) colocou termo a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família com instituição sagrada, surgindo assim novos paradigmas.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988 a família recebeu novos contornos, vislumbrando princípios e direitos conquistados pela sociedade ao longo de décadas de luta. Diante da nova perspectiva da família, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar, que em conformidade com o artigo 266 passa a ser uma comunidade fundada na igualdade e no afeto:

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

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

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

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos

§ 7º Fundado 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 exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal de 1988 propiciou uma profunda mutação na estrutura social e familiar, e assim como ensina Zeno Veloso:

Num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito, instaurando o preceito da igualdade entre o homem e a mulher, e estendeu o

conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, e por isso foi denominada como “Constituição Cidadã”.

Vários princípios constitucionais foram adotados pelo Direito de Família e a partir deles o conceito de família foi se transformando, passando esta a ser considerada uma união fundada no afeto recíproco.

O legislador alterou seu enfoque na legislação, deixando de oferecer proteção especial ao casamento e tão somente aos filhos legítimos, para priorizar a proteção da família à pessoa dos filhos de forma igualitária, sem qualquer distinção.

No dia 20 de novembro de 1989 foi instituída a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente, aprovada em assembleia geral, ocorrida em Nova Iorque e ratificada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99. Dessa feita, surgiu uma nova visão de responsabilidade e no intuito de positivá-la em 1990 foi editada a Lei n.º 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representou um grande avanço no reconhecimento dos direitos dos mesmos.

Assim, após a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o reconhecimento do estado de filiação passou a ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem qualquer tipo de restrição, observado o segredo de justiça, uma das maiores conquistas obtidas ao longo de séculos de distinção e preconceito.

A Lei 10.406 de 2002, outro grande marco histórico, que institui o Novo Código Civil, fruto do projeto de Lei n.º 634/75, trouxe inúmeras mudanças legislativas e sociais para o ordenamento jurídico brasileiro, com a mutação de vários aspectos sociais e um novo Direito de Família, menos patriarcal e mais igualitário, pois diferentemente de outrora, atualmente divide-se em direito pessoal, patrimonial, união estável, tutela e curatela. No antigo Código, dividiam-se em casamento, relações de parentesco e institutos protetivos da tutela, curatela e ausência, ainda, é possível apontar que foi somente com a vigência do Código Civil de 2002 que o legislador infraconstitucional começou a observar o bem-estar do menor e a satisfação de seus interesses.

Ainda, é válido mencionar que para certos doutrinadores, o novo Código Civil só regulamentou direitos anteriormente tutelados pela Constituição da República de 1988, bem como demais leis esparsas já citadas e editadas anteriormente a sua vigência.

2. ANÁLISE DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO NO TOCANTE AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

A Constituição Federal permitiu, na linha da evolução proporcionada por determinados fenômenos de mudanças já apontados anteriormente a abertura do sistema jurídico em matéria de Direito de Família, assim a Constituição Federal de 1988 teve como escopo a interpretação das leis infraconstitucionais para uma nova realidade material: a de igualar o direito entre familiares nas suas relações de convívio, permitindo que todos sejam reconhecidos e devidamente tratados como sujeitos de direitos, autorizando o reconhecimento de suas individualidades e de um maior respeito a seus direitos fundamentais.

Assim, com o novo Direito de Família instituído pelo Código Civil de 2002, de natureza eminentemente privada mas com interesse de norma pública, instaurou-se a igualdade entre homem e mulher, revelando verdadeira proteção à família, seja pela constituída pelo casamento bem como por aquela obtida através da união estável, ainda, consagrou a igualdade entre filhos, seja os havidos ou não pelo casamento, seja pela adoção, garantindo a todos os mesmos direitos.

Seguindo o raciocínio do ordenamento jurídico brasileiro, a todo Direito antecede princípios norteadores, destarte, neste ramo em específico não seria diferente, tendo princípios basilares a serem seguidos, seja pelo operador do Direito, seja pela família ou seus integrantes.

Para Roberto Alexy, “os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização, assim, possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, tendo conteúdo de validade universal”.

Neste diapasão, iniciamos a abordagem dos princípios, trazendo à tona inicialmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador de todo o Direito Brasileiro e fundante do Estado Democrático de Direito, sendo positivado no primeiro artigo da Carta Magna, assim, o direito de família está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando na família respaldo para irradiar-se e assim surgir novos princípios, assim, em última análise referido princípio significa igual dignidade para todas as entidades familiares, não sendo possível dar tratamento distinto às várias formas de filiação tampouco aos vários tipos de constituição de família.

Por outro lado, tido como um segmento direto do princípio da dignidade da pessoa humana, temos o princípio da liberdade, conquista social obtida com os avanços normativos ao longo do tempo e consagrado com a Constituição Federal de 1988, a liberdade surgiu nas relações familiares com o fim do poder exclusivamente patriarcal, redimensionando o conteúdo das relações e ampliando a igualdade entre cônjuges. Entrementes, em razão do referido princípio é assegurado o direito a todo e qualquer indivíduo a constituição de relações conjugais por sua própria escolha, seja pelo casamento ou pela união estável, seja de natureza hétero ou homossexual, da mesma forma existe a liberdade na

dissolução do casamento ou extinção da união estável por parte de apenas um ou ambos os cônjuges (ou companheiros), por fim, a norma civil consagra a possibilidade na alteração do regime de casamento mesmo após de contraído o matrimônio, assim, vemos que há possibilidade na alteração ou escolha livre por parte de cada indivíduo.

De igual modo temos o princípio da solidariedade familiar, com origem exclusiva nos vínculos afetivos, tem como base valores éticos, haja vista que em tal princípio está presente também a fraternidade e reciprocidade. Vemos que a Constituição da República em diferentes partes impõe o dever de solidariedade, seja de pais aos filhos, às pessoas idosas, entre irmãos, entre outros. Máxima de tal princípio vemos a consagração deste na inteligência do artigo 1.511 do Código Civil, estabelecendo:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Ainda, vemos que tal princípio prevalece na obrigação alimentar, seja ela de ascendentes para descendentes, descendentes para ascendentes, entre colaterais, ou de outro modo. Percebam que, em qualquer dispositivo da norma de família ou qualquer instituto, referido princípio está presente e assegura ao cidadão a promoção de todos os seus direitos que a ele são oferecidos.

Outro princípio constitucional inerente ao Direito de Família é o da proteção integral a criança, adolescentes e jovens, que se confunde com o princípio da proteção dos filhos. Sabemos que entre os cidadãos até os 18 anos há expressiva vulnerabilidade, sendo pessoas em desenvolvimento e devendo ser protegidas por parte de todos os setores da sociedade. A Carta Constitucional assegura as crianças, adolescentes e jovens 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 serem colocados a salvo de toda e qualquer forma de negligência, violência, discriminação ou crueldade. Basicamente, este princípio garante que a toda e qualquer criança, adolescentes e jovens, relações paterno-filiais, tendo direito a tratamento isonômico, bem como garante a eles a convivência familiar, destarte, no que concerne ao direito de família, é dever dos genitores assegurar vida digna e segura aos seus filhos, sendo assim nem mesmo o fim de um relacionamento não acarreta a cisão dos direitos, tampouco deveres com relação à prole.

Além dos princípios já mencionados temos o princípio da afetividade, inerente a toda e qualquer relação familiar e que no presente artigo científico, merece especial atenção. O princípio da afetividade pode ser conceituado como uma junção entre os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade e proteção às crianças, adolescentes e jovens, tendo em

vista que neste princípio o que prevalece é o cuidado, a atenção, o respeito aos direitos fundamentais mais básicos.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

O afeto não é fruto da biologia, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. (...)

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Nesse contexto e analisando os princípios norteadores vemos que, não somente perante o Direito de Família mas também para o presente trabalho científico o princípio norteador é o princípio da afetividade.

3. ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.

Abordados os temas periféricos, iniciaremos a abordagem acerca do tema principal do presente trabalho científico, qual seja o abandono afetivo, sua conceituação, e também suas causas e consequências.

Inicialmente importante trazer novamente ao debate que tal instituto está intimamente ligado ao princípio da proteção dos filhos, norteador do Direito de Família. O abandono afetivo de maneira clara e concisa pode ser definido como a omissão de cuidado, de criação, de educação, de companhia e de assistência moral, psíquica e social que o pai e a mãe devem ao filho quando criança ou adolescente.

Assim, é cediço que dentre todos os deveres do poder familiar há um onde a observância deve ser primordial e seguida como encargo para ambos os genitores, ainda que separados, qual seja o

dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e dirigir-lhes a criação bem como a educação, conforme disciplina o artigo 1.634, incisos I e II, do Código Civil, que disciplinam:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

(...)

Desta forma, quando há inobservância dos ditames legais e dos princípios basilares do Direito de Família, deixando algum dos genitores de exercer o dever de cuidado e agindo com indiferença afetiva para com seus filhos, ocorre o abandono afetivo.

Maria Berenice Dias ao lecionar consigna:

No atual conceito de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, tendo em vista que através de estudos obtidos pelas ciências onde restou demonstrado que há decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação.

Ainda, entre os direitos fundamentais dos menores está o de ter seu desenvolvimento harmonioso e sadio, da mesma forma é garantido a eles o direito de ter uma criação e educação no seio de sua família.

Entrementes vemos que a convivência dos pais com os filhos é necessária, não podendo ser tratada como mera liberalidade tampouco ser ignorada. A paternidade deve ser responsável e os pais ter uma convivência real com filhos, não sendo mero direito, mas sim um dever. Até mesmo nos casos de visitas, tal instituto não deve ser observado apenas como um ônus imposto, mas uma oportunidade e um dever de convivência afetiva, haja vista que o distanciamento pode produzir sequelas de ordem emocional e social irreparáveis, comprometendo assim o seu desenvolvimento enquanto ser humano e cidadão, além do sentimento de dor e abandono que pode causar reflexos permanentes na vida da prole.

Segundo os ensinamentos de Claudete Carvalho Canezin:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo da afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável, assim, a figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites.

Quando configurada omissão do genitor no cumprimento da prestação afetiva perante seus filhos, deixando de atender aos deveres inerentes de cuidado produz danos emocionais merecedores de reparação, assim, faltando a referência do genitor o filho será prejudicado para o resto de sua vida.

Restando comprovado falta de convívio há dano afetivo suscetível de indenização, inclusive com acarretamento de perda do poder familiar pelo próprio abandono, conforme determina o artigo 1.638, inciso II, do Código Civil, contudo, merece especial e integral atenção tal dispositivo legal, haja vista que no caso de abandono afetivo com posterior perda do poder familiar, tal instituto deve ser aplicado como sanção em desfavor do genitor, mas sabendo que o referido genitor não age com cuidado e é omissos na criação da prole, a perda do poder familiar irá ser aplicada como verdadeiro bônus.

Nos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes:

Provou-se que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos, além disso, a ausência de tais cuidados caracteriza o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos e da mesma forma fere o princípio da solidariedade familiar, sendo tais valores protegidos constitucionalmente, tal tipo de violação caracteriza dano moral, assim, quem causa tal dano é obrigado a indenizar, sendo o valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas sofridas ao longo de uma vida de esquecimento e omissão.

Acerca do assunto, ressalta-se sobre o surgimento de inúmeras posições favoráveis e desfavoráveis a concessão de dano moral ocasionado por rejeição de um ou outro genitor (valendo-se todas de centenas de fundamentações), sendo a maioria delas fundamentada no enquadramento do abandono afetivo nos requisitos da responsabilidade civil, a fim de imputar ao sujeito omissos no dever de cuidado e afeto o pagamento pelo prejuízo moral suportado pela prole. De acordo com Flávio Tartuce, podem ser citados a título de exemplo, alguns doutrinadores favoráveis a indenização nesses casos, como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Lobo, sendo contrários a esse entendimento Regina Beatriz Tavares da Silva e Judith Martins-Costa, realçando, ainda que a reparação imaterial é cabível independentemente de ter ocorrido convivência anterior entre pai e filho. Diante disso é que se faz importante, o estudo da responsabilidade civil quando da constatação do abandono moral do filho negligenciado, rejeitado, afetivamente, durante a criação por um de seus pais ou por um deles

Sabe-se que o Código Civil traz dois tipos de responsabilidade civil, a saber: a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, a primeira, regida pelos artigos 389 e seguintes, enquanto a segunda regida pelos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma. No que diz respeito ao abandono afetivo, a responsabilidade civil a ser discutida é a extracontratual, tratada pelos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, haja vista que na relação pais e filhos inexistente contrato celebrado.

Ainda, é imperativo constitucional que é permitido a indenização por danos morais, a qualquer cidadão, podendo então a reparação civil adentrar em qualquer ramo, à medida que Carta Magna é base para todas as demais leis infraconstitucionais que devem estar em consonância com ela, é possível falar-se em reparação civil pelo abandono afetivo.

Caio Mário da Silva Pereira, ensina:

Para a configuração da obrigação de indenizar no campo da responsabilidade subjetiva, é exigida a presença de três elementos, quais sejam: a) a verificação de conduta antijurídica, cujo comportamento seja contrário ao direito, por comissão ou por omissão; b) a existência de um dano, no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) nexos de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico.

Referidos requisitos estão presentes principalmente no artigo 186 do Código Civil, o qual trata da responsabilidade extracontratual subjetiva, aplicável nos casos de abandono moral, utilizado como fundamento nas ações que pleiteiam esse tipo de ressarcimento pelo abandono.

Com base nas premissas trazidas, é imperioso reconhecer a existência do caráter didático da possibilidade em indenização pelo abandono afetivo, contudo, desperta atenção a hipótese em um relacionamento mantido através do prejuízo financeiro, não sendo a forma mais correta de estabelecer uma relação afetiva entre pais e filhos, todavia, tal instituto pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a eficácia de um direito das famílias mais consentâneo.

Dado o exposto, o dano à dignidade humana da prole em estágio de formação que sofre o abandono deve e merece ser passível de reparação material, não somente para que os deveres parentais omitidos não fiquem impunes, mas também, e principalmente, para que qualquer possibilidade ou pensamento futuro de abandono possa ser desestimulada pelas posições e decisões do Judiciário fixadas em casos reais, mostrando assim que o afeto tem preço alto e merece estar sob olhar atento de toda a sociedade.

4. O ABANDONO AFETIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Trazida a abordagem periférica sobre o tema, bem como o tópico principal, merece discussão no presente trabalho a abordagem da jurisprudência pátria acerca do abandono afetivo, o entendimento dos Tribunais Superiores e suas discussões.

No que se refere a julgados relativos ao tema em testilha, salienta-se que existem várias decisões em sentidos diversos oriundos de todos os Tribunais do país, seja de Varas, Tribunais, Superior Tribunal de Justiça e também o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente vale lembrar que, como um dos precursores da tese que permite a indenização por dano moral relativo ao abandono afetivo, Rodrigo da Cunha Pereira atuou na primeira ação judicial em que se reconheceu a indenização extrapatrimonial por abandono filial. Na ocasião, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido (Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte. Sétima Câmara Cível. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juízes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida, vogal).

Tal julgado revelou-se um verdadeiro marco histórico para o Direito de Família, que até então não possuía decisão nesse sentido. Afinal, a fixação de indenização em pecúnia a um filho que foi renegado pelo pai não era uma situação vista a todo momento.

Contudo, após inúmeros recursos por parte do genitor, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão de primeira e segunda instância proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e assim afastou o dever de indenizar no caso, argumentando que havia ausência de ato ilícito, pois o pai não estaria obrigado a amar o filho, em suma, o abandono afetivo seria situação incapaz de gerar reparação pecuniária (STJ, Recurso Especial 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

Em que pese a decisão do Superior Tribunal de Justiça, vários foram os debates acerca do tema, vários doutrinadores, juristas e operadores do Direito tiveram diversos posicionamentos nos mais variados sentidos, assim, o tema não estaria enterrado.

Cerca de algum tempo após o primeiro caso ter chegado ao Superior Tribunal de Justiça, outro caso semelhante foi julgado naquela Corte, tendo os ministros decidido de maneira diversa:

“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 consequente 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/1988. 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” (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, *DJe* 10/05/2012).

Em seu julgamento, a ministra-relatora ao fundamentar o acórdão consignou a possibilidade de aplicação de dano moral nas relações de família, assim, com suas fundamentações restou provado haver possibilidade na interação entre ambos os temas do Código Civil, a saber: o Direito de Família e a Responsabilidade Civil.

Ainda, para a Ministra Nancy Andrighi, o dano moral consistente na omissão afetiva está presente nas relações familiares tendo em vista que aos pais é deveras necessário o suporte psicológico à sua prole. Assim, quando o cuidado é analisado como valor jurídico e fundamento de princípio norteador, há ilícito e culpa por parte do pai em ter abandono afetivamente o filho, e assim expõe frase que passou a ser repetida e seguida no meio jurídico e social: "amar é faculdade, cuidar é dever". Concluindo pelo nexos causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a paternidade de filha havida fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono, a magistrada entendeu por reduzir o quantum reparatorio que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Analisando o posicionamento adotado pelo último acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, vemos que tal julgado representa correta concretização jurídica do princípio da solidariedade; sem perder de vista a função pedagógica ou de desestímulo que deve ter a responsabilidade civil.

De todo modo, fazendo uma pesquisa mais atual, posterior ao último aresto superior, é notado que mesmo após algumas decisões em mesmo sentido no Superior Tribunal, ainda há grande oscilação jurisprudencial nos demais Tribunais Estaduais do país onde há certa incerteza quanto a fixação de reparação civil pecuniária, com ampla prevalência de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito em casos tais, notadamente pela ausência de prova do dano.

Trilhando esse caminho, de acordo com a primeira orientação do Tribunal da Cidadania, na Corte Estadual que despertou o debate, deduziu-se que “por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0647.15.013215-5/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgado em 10/05/2017, *DJEMG*15/05/2017).

Na mesma linha, sem prejuízo de muitas outras ementas de negação do ilícito: “a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Beligerância entre os genitores”

(TJRS, Apelação Cível n. 0048476-69.2017.8.21.7000, Teutônia, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol, julgado em 26/04/2017, *DJERS* 04/05/2017). De todo modo, pode ser notada certa confusão técnica no último *decisum*, pois não é o ilícito que é elemento do dano moral, mas vice-versa.

Por outra via, concluindo pela ausência de prova do dano, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “a jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. Non liquet, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido” (TJSP, Apelação n. 0006195-03.2014.8.26.0360, Acórdão n. 9689092, Mococa, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016, *DJESP* 02/09/2016).

Em complemento, e mais recentemente, o Tribunal gaúcho aduziu que “o dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral” (TJRS, Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Rel^a Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, *DJERS* 06/06/2017). Na pesquisa que realizei, em junho de 2017, constatei que muitos julgamentos seguem a última frase da ementa, segundo a qual o mero distanciamento físico entre pai e filho não configura, por si só, o ilícito indenizante.

Diante desse panorama recente, Flavio Tartuce recomenda:

Os pedidos de indenização por abandono afetivo sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho, pois nota que os julgados estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização.

Acrescente-se que no próprio Superior Tribunal de Justiça existem acórdãos recentes que não admitem a reparação de danos por abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Desse modo, julgando “alegada ocorrência de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Não caracterização de ilícito. Precedentes” (STJ, AREsp 1.071.160/SP, Terceira Turma, Rel. Min.

Moura Ribeiro, *DJE* 19/06/2017). Ou, ainda, “a Terceira Turma já proclamou que antes do reconhecimento da paternidade, não há se falar em responsabilidade por abandono afetivo” (STJ, Agravo Regimental no AREsp n. 766.159/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE*09/06/2016).

Além dos já citados, ao longo dos anos inúmeros foram os julgados em vários Tribunais do país com jurisprudência de maioria dominante no sentido de possibilitar aos filhos haver a garantia de indenização pecuniária suportada pelos genitores em razão de omissão no tocante à prestação e cuidado para com os filhos. Destarte, é possível pontuar que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com a jurisprudência e doutrina pátria, em que pese o caráter sancionador da indenização, vemos que a fixação de valor para os casos de omissão afetiva também constitui verdadeira prevenção para que futuros casos não ocorram e mostrem que o cuidado e o dever de assistência é necessário e substitui qualquer valor.

CONCLUSÃO

Com a evolução histórica e social do Direito de Família, bem como a mudança dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários visando uma abordagem com pensamento voltado ao ser e não mais ao ter, vemos que os operadores do Direito, bem como o legislador passaram a tratar de maneira mais humanista o instituto da família, assim, a possibilidade de haver responsabilização civil nos casos de abandono afetivo que antes era visto como algo impossível, hoje, nos moldes atuais da jurisprudência tem se tornado rotina.

A política social visualiza a família como importante instituto capaz de trazer benefícios e também malefícios para a vida de seus integrantes, assim, os genitores perante sua prole tem responsabilidade ímpar e dever de cuidado assegurado pela Constituição da República.

Nesta égide, no presente estudo buscou demonstrar que as medidas constantes dos atuais julgados de família especificamente no que tange ao abandono afetivo, bem como os princípios e os atuais entendimentos consolidados detém um viés voltado para o melhor interesse dos filhos, pouco importando-se com valores ou com a vontade dos genitores, visando beneficiar tão somente a criação da prole, haja vista que a criação consciente e com participação dupla beneficia a toda a família.

Por fim, todas as questões acima levantadas permeiam os atuais estudos do direito civil, especificamente no que diz respeito ao direito de família, das políticas sociais e dos princípios gerais, indo muito além do próprio sistema jurídico. Tais fatos, por si só, demonstram que a responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, à luz da jurisprudência brasileira é medida que se impõe, devendo ser fixada quando houver verdadeira omissão de cuidado e prestação afetiva em desfavor da prole por parte de seus genitores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. 05 de Outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, Out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27/05/2019.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília-DF, Jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 27/05/2019.

BRASIL. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. Brasília-DF, Ago 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em 27/05/2019.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Brasília-DF, Jan 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 27/05/2019.

BARROS, Sérgio Rezende de. A ideologia do afeto. Revista do IBDFAM, Belo Horizonte, Del Rey. Disponível em www.srbarros.com.br. Acesso em 20/05/2019.

HISTÓRIA DO DIREITO. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/direito-romano/direito-romano.php>>. Acesso em 20/05/2019.

HISTÓRIA DA ORIGEM DA FAMÍLIA. Disponível em: <<http://pt.wiktionary.org/wiki/fam%C3%ADlia>> Acesso em: 20/05/2019.

Sentença inédita conquista o direito ao afeto. Presidente Prudente, 2004. Disponível em: Portal Unitoledo.br. Copyright 1997-2004. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Acesso em 20/05/2019.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 757.411-MG. Relator Ministro Fernando Gonçalves da Quarta Turma, decisão publicada em 27/03/2006. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 20/05/2019.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário número 567164. Relatora Ministra Ellen Grace. Decisão publicada em 11/09/2009. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 20/05/2019.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível número 1.0702.03.056438-0/001, 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 25/09/2007, Data da publicação 09/10/2007, Desembargador Relator: Geraldo Augusto. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp>. Acesso em 20/05/2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível com Revisão n. 511.903-4/7, julgada pela Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Caetano Lagrasta, publicado em 12/03/2008. Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 20/05/2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo número 01.36747-0, da 31ª. Vara Cível Central de São Paulo, juiz Luís Fernando Cirillo, sentença publicada em 26/06/2004. Disponível em www.consulex.com.br/news.asp?id=4177. Acesso em 20/05/2019.

STJ condena pai a indenizar filho em danos morais por abandono afetivo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-26/stj-condena-pai-indenizar-filho-danos-morais-abandono>>. Acesso em 20/05/2019.

Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em 20/05/2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, 1ª ed. Editora Forense. São Paulo. 1989.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito, São Paulo.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 8ª ed. 2011. São Paulo.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003

CANEZIN. Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. São Paulo. IBDFAM.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.