

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Alanna Carneiro Santos¹

Marcos Caldas Martins Chagas²

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), que eleva, como paradigma de proteção estatal, a dignidade da pessoa humana, acirram-se discussões a respeito do núcleo familiar, construindo-se novos conceitos, desconstituindo-se paradigmas. A Afetividade passa a ser determinante para reconhecimento da existência de uma família, núcleo que deve ser o centro do desenvolvimento humano. Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Estado, os familiares e a sociedade ficam responsáveis pelo desenvolvimento saudável de filhos menores, sendo a convivência afetiva um dever dos pais. O presente artigo tem como objetivo demonstrar o recente entendimento dos magistrados nos diversos tribunais brasileiros acerca da responsabilidade civil do genitor desde que seja comprovado o dano a integridade moral e psíquica dos

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior – email:

alannacsantos@hotmail.com.br

² Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Buenos Aires – Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUCMINAS. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil, graduação e pós-graduação. email: marcos.chagas@ferreirachagas.com.br

filhos. Ademais, deseja-se fazer ver como a doutrina e jurisprudência tratam o tema. Partindo da premissa de proteção ao bom desenvolvimento moral e psicológico da criança conclui-se pela possibilidade de responsabilização civil, por ato ilícito, de pais que, por dolo ou culpa, abandonam afetivamente seus filhos.

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO.

INTRODUÇÃO

A CRFB/1988 promoveu modificações no nosso ordenamento jurídico solidificando a força normativa dos princípios e, particularmente, propiciou à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, com respeito à vida, à saúde, à educação, dentre tantos outros, listados na norma de seu art. 227, bem como à convivência familiar e comunitária, além de represar as crianças e adolescentes de qualquer forma de discriminação, negligência, crueldade e opressão.

De fato, a evolução do Direito de Família o tornou mais humanizado, com preocupação primordial em reconhecer, no núcleo familiar, a condição de *locus* privilegiado para o desenvolvimento, em todos os aspectos, do ser humano.

Nesse contexto, partindo-se do paradigma constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, a CRFB/1988 impõe ao Estado, à sociedade e à família o dever de “proteção integral”, priorizando o desenvolvimento da criança e do adolescente, que passam a ser sujeitos ativos de direitos e não meros objetos de compaixão, como, anteriormente, eram tratados.

Insta dizer que o princípio da proteção integral da criança e do adolescente

norteia a conduta dos genitores na criação de seus filhos, impondo o dever de cuidar, educar, nutrir e, principalmente, de, com eles, conviver harmonicamente em ambiente afetivo e que propicie o seu desenvolvimento humano.

Embora os direitos das crianças estejam insculpidos no nosso ordenamento jurídico, há uma tendência em se dar importância à subsistência do filho, priorizando como dever dos pais o de dar assistência material, esquecendo-se que, o que a CRFB/1988 protege é a *vida digna*, com imposição de outros deveres aos pais, de extrema relevância na formação dos filhos, como a necessidade de afeto e de convivência familiar.

Pela importância que se dá, atualmente, à convivência, pautada no afeto, como base para o reconhecimento do núcleo familiar, o presente artigo tem o objetivo geral de apontar a possibilidade de responsabilização civil por ato ilícito dos genitores por “abandono afetivo”, sendo o tema atual e polêmico, fato que justifica a pesquisa realizada.

Portanto, para dar início ao trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, além de análises jurisprudenciais dos tribunais ao tema.

Para tanto inicia-se no item um trazendo o direito fundamental à dignidade da pessoa humana e sua influência no direito de família na pós-modernidade. Em seguida, no item dois serão analisados os princípios constitucionais deste ramo da ciência, como o princípio da afetividade, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da integral proteção da criança e do adolescente.

No item três será analisado o poder familiar, os direitos e deveres oriundos deste e no item quatro se trabalhará a responsabilidade civil por abandono afetivo, tema objeto do referido trabalho.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE

Do Direito Romano tem-se que, desde a origem, o termo família – proveniente do latim *famulus* - que significa “escravo doméstico” -tem como base uma organização firmada no patriarcado, sistema no qual mulheres, filhos e servos eram sujeitos ao poder limitador do pai (ENGELS. 1984).O pátrio poder era concedido somente ao *pater*, o qual possuía o direito de vender, matar, expor, receber ou trocar todos os membros da família que fossem, por exemplo, considerados incapazes.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2013, p.29)

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía

justiça. Exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia “*in loco filiae*”, totalmente subordinada a autoridade marital, nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios [...].

Era o *pater* que adquiria bens e exercia poder sobre o patrimônio familiar sobre as pessoas dos filhos e da mulher. Na era primitiva o que determinava os relacionamentos eram os instintos, por meio da qual a mulher e o homem se aproximavam sem qualquer laço afetivo, apenas para procriação e perpetuação da espécie. A família tinha uma formação extensiva, que formava unidades de produção que davam incentivo ao citado fim de procriação.

Quanto aos filhos, o reconhecimento da criança dependia do *pater*, que podia reconhecê-lo ou rejeitá-lo na família. Assim, em Roma já se constatava a caracterização de filhos legítimos e ilegítimos em razão das núpcias; os ilegítimos

poderiam ser naturais ou espúrios (CAMPOS, 2006).

Ocorre que, no decorrer dos séculos, essa estrutura foi abalada, passando por diversas transformações. Nota-se, como exemplo, que o Cristianismo exerceu sobre o poder paternal infinita influência evolutiva, tornando-se, inicialmente, o defensor dos mais fracos e em especial das crianças.

Até meados do século XIX, a noção de família se referia a núcleos amplos, englobando não só pais e filhos, mas também parentes e escravos, todos em coabitação, fato que não permitia que os membros se aproximassem, dificultando a privacidade, bem como os laços afetivos.

Aquela época, não se falava em vínculo afetivo propriamente dito, entre pais e filhos, não existindo preocupação com a individualidade das crianças, ou de seus possíveis direitos, reduzidos em razão do domínio do poder do pai sobre eles e sobre os outros membros da família.

Novos fatos sociais indicam que a noção de Direito Romano a respeito das entidades familiares sofre profundo abalo, quando confrontadas com a realidade atual.

De fato, há um movimento, pós-segunda guerra, pela adoção de estados constitucionais, nos países ocidentais, fruto das consequências de um processo de lutas políticas, ideais de liberdade, igualdade, fraternidade e de exigências de organizações políticas, econômicas e sociais.

Referido movimento constitucionalista foi claramente inspirado no conteúdo ideológico liberal das cartas políticas francesas, de 1789, e da Constituição Norte-Americana, de 1787. Vale ressaltar que, na visão de Armando Ribeiro, estes sistemas constitucionais foram fontes inspiradoras para as principais constituições ocidentais. O seu foco central era a proteção racional de direitos relativos às liberdades burguesas. Já havia, entretanto, uma necessidade de se extrapolar a perspectiva formal das constituições sobre a defesa dos direitos à liberdade, em

“quadro de valores constitucionais suscitados, implícitos no próprio sistema constitucional, decorrência lógica e filosófica de sua própria unidade” (DIAS, 2004. p. 152).

Esse ideal de dignidade trouxe a alteração normativa mais significativa na esfera de proteção de direitos privados, no Brasil, que contempla toda evolução do conceito de família: a Constituição da República Federativa do Brasil, que passou a positivar, como *direito fundamental*, a dignidade da pessoa humana.

Merece destaque, a esse respeito, a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha 2000, p.72:.

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso que é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de se mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, A dignidade da pessoa humana passa a ser um *superprincípio* que irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (ANTUNES ROCHA. 2000. p. 71).

No mesmo sentido, Pereira (2012, p.114) ensina: “A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade

Como paradigma de proteção do Estado, esse superprincípio impõe o reconhecimento de uma constitucionalização do Direito Privado, que ora deve assegurar não somente o direito à vida, mas à vida digna.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (apud TARTUCE, 2005, p. 34), o princípio em questão é:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa,

contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições efetivadas não ultrapassem os limites intangível imposto pela dignidade da pessoa humana

Daí, decorre a relevância de se repensar o conceito de família, como um núcleo de convivência harmoniosa, afetiva, pautada na solidariedade, confiança, respeito, colaboração e união, de modo a propiciar o pleno e melhor desenvolvimento de cada um de seus membros, inclusive sob o prisma de valores morais, éticos e sociais. Respeitados estes valores estaria a família responsável por criar um ambiente de dignidade para o convívio e o desenvolvimento de seus membros.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com a quebra de paradigmas milenares advindos do arcaico conceito de família do Direito Romano, A CRFB/1988, sob o comando normativo da garantia ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana, cria-se um novo conceito de núcleo familiar, “antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento”, ora pautado no liame subjetivo do afeto, independendo da origem, da forma de filiação, da quantidade de pais ou, mesmo, da diversidade de gêneros de seus membros (TEPEDINO. 2014).

Com lastro na norma do art. 227 da CRFB/1988, a criança e o adolescente passam a ter o direito fundamental ao seu bom desenvolvimento, cuja responsabilidade é imposta à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao próprio Estado.

Nesse sentido, a norma do art. 4º do mencionado Estatuto confirma essa proteção, estabelecendo:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente consolida o princípio da integral proteção da criança e adolescente, sustentado pelo direito ao respeito, direito à dignidade e direito à liberdade.

Outro direito que foi resguardado é o da convivência familiar, em que toda criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família.

O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais “gerais” – isto é, os mesmos que os adultos fazem jus -, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhes são especialmente dirigidos. Garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores (PEREIRA, 2012, p. 151).

Assim, justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, ou seja, aquelas que se encontram em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar

(PEREIRA,2012).

Ainda, no que diz respeito ao interesse pelo desenvolvimento da criança e do adolescente no seio familiar e sua intrínseca relação com a dignidade humana, o ordenamento jurídico brasileiro, hoje, valoriza o afeto como fundamento a constituição de família.

Nesse sentido, ensina Lôbo (2008, p. 37):

[...] na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz da convivência e na responsabilidade. No estágio em que encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

Nas palavras de Pereira (2012, p.211), “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”.

Com fundamento na afetividade e seu caráter normativo como princípio que é, hoje não se justificam distinções discriminatórias entre filhos, devendo a nova família representar uma comunidade de afeto. Afinal, o que determina a verdadeira filiação nos dias de hoje não são os laços consanguíneos e sim os laços afetivos construídos, pois a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade.

Destarte, sejam os genitores biológicos ou sócio-afetivos, cabe a eles proporcionarem aos filhos o convívio necessário ao desenvolvimento do afeto, essencial à formação do ser humano.

Nesse sentido ensina Angeluci (2006, p.59)

o afeto é um valor, inerente à formação da dignidade da pessoa humana, tal como o direito à herança genérica, guardadas às proporções”. Por isso, acrescenta o autor, deve ser levado em consideração nas lides forenses, especialmente que versem sobre família.

3 PODER FAMILIAR: dos direitos e deveres extra patrimoniais

Durante muito tempo vigeu, no âmbito das famílias brasileiras, a concepção do *pátrio poder*, inspirado no *pater familiares* do Direito Romano, que se traduz no poder exclusivo do pai sobre os filhos, em um contexto de absoluta hierarquia e incontestável subordinação ao provedor da família (PEREIRA, T., PEREIRA. R., 2006).

No ordenamento jurídico brasileiro, com a vigência do Código Civil de 2002, a expressão perde sentido e é substituída por *poder familiar*.

Nesse sentido:

A necessidade de o Estado regular a relação existente entre os pais e seus filhos, com base na evolução do que antes se via no pátrio poder, levou o legislador civilista de 2002 a abraçar o termo *poder familiar*. Assim, enquanto os filhos forem menores, ou seja, não tenham atingido a capacidade civil plena, estarão sujeitos ao poder familiar que impõe aos pais os deveres, nos termos do art. 1.634, CC (FIGUEIREDO, ALEZANDRIDIS, 2014, p. 13).

De fato, na visão de Gonçalves (2010, p.368), o “poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia o direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio-dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos”.

Importante frisar que o CC/2002, ao introduzir uma nova terminologia no que tange ao pátrio poder, identificando-o como “poder familiar”, não abandonou a natureza de “poder” do instituto.

Nos dizeres de Diniz (2002, p. 514):

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.

Com a política de proteção integral às crianças e adolescentes, em atenção à posição adotada pelo CC/2002, o ECA consolidou o direito dos filhos de serem amparados e protegidos pelos pais, competindo a estes, em igualdade de condições, o exercício de dirigir e comandar a estrutura da família, tendo como um dos principais objetivos a serem alcançados ser o desenvolvimento sadio e equilibrado do menor por meio de uma adequada formação.

A norma do art. 229 da CRFB/1988, vem estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, sendo que o art. 1.634 do CC/2002, estabelece esses direitos e deveres, sendo eles, *in verbis*:

Art. 1.634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III – ... (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, os ensinamentos de Venosa (2010, p.310)

Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental à formação da criança. Faltando com este dever, o progenitor faltoso, submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 225 do Código Penal). Entre a responsabilidade da criação temos que lembrar que, cumpre também aos pais fornecer meios para tratamento médico que se fizerem necessário.

Assim, cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e dignidade, que estão estabelecidas no ECA.

Referida lei, em seu art. 21, traz a norma expressa de que o poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, afastando qualquer possibilidade de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra a criança e adolescente.

Há de se ter em mente, no entanto, que o exercício do poder familiar não se altera com a separação, divórcio ou a dissolução da união estável dos pais como determina a norma do art. 1.632, CC/2002 (BRASIL, 2002). O regime de visitas,

mesmo diminuindo o convívio entre os genitores, não pode restringir os direitos e deveres inerentes ao poder familiar que representam, antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes (SILVA PEREIRA, 2013).

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

De forma resumida, pode-se dizer que, em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil é decorrente do inadimplemento contratual (responsabilidade contratual) ou da ocorrência de ato ilícito (responsabilidade extracontratual, ou *aquiliana*).

No que diz respeito ao tema proposto, e sob a análise da responsabilidade civil *extracontratual*, que ato ilícito é ato contrário ao Direito, praticado por qualquer pessoa, através de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viola direito de outrem, ou exercido com excesso aos limites impostos pelo fim econômico ou social, como descreve a norma do art. 186 do Código Civil.

Aqui, fixa-se que, para a possibilidade de responsabilização civil, há de se observar três elementos: elemento subjetivo; dano; nexos de causalidade entre os dois elementos anteriormente citados.

Em regra, a responsabilização civil por ato ilícito se dá pela ocorrência de elemento subjetivo, em que o dano se origina em função de uma ação ou omissão voluntária, decorrente de dolo, negligência ou imprudência.

O dano, pode se consubstanciar em patrimonial, extra-patrimonial, e lucros cessantes, sendo incontestável a possibilidade de indenização por dano de natureza moral.

Com o advento da nova ordem constitucional prevista na norma do art. 227 da CRFB/1988, foi atribuída a família, à sociedade e ao Estado o dever de proteger a criança e o adolescente, representando um direito oponível não somente ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família, de modo que a não exteriorização do afeto em favor do filho além de desobedecer um dever de ordem moral, afronta, sobretudo, a ordem legal em nível constitucional (SILVA PEREIRA, 2008).

A mudança de paradigma faz indispensável a alteração do pensamento acerca do núcleo familiar e de sua finalidade, devendo-se atentar para a promoção do bem estar e dignidade de seus membros, em detrimento de sua consideração como um fim em si mesmo.

Partindo do pressuposto que a convivência e a afetividade são deveres dos pais, observa-se que a privação da convivência afetiva, por ação ou omissão destes, ou, como denominado na doutrina, “O ‘abandono afetivo’, “nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade”. (LÔBO, 2008, p. 288):

Nesse sentido, ensina, ainda, Hironaka (2006, p.136):

O abandono afetivo configura-se pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo. É inquestionavelmente um direito personalíssimo [...].

Para se estabelecer a possibilidade de responsabilização civil, e conseqüentemente a obrigação de indenizar, é necessário perquirir se o abandono afetivo pode causar danos indenizáveis à criança ou adolescente.

Na esfera das obrigações extra patrimoniais, através do exercício do *poder familiar*, os pais têm a responsabilidade pela assistência conjunta dos filhos, sendo imprescindíveis, ambos, na formação do caráter, na educação, no desenvolvimento psicológico de sua prole, com necessidade de convivência, de forma afetuosa, independentemente de prestação ou não de assistência material.

O abandono afetivo, então, caracteriza-se pela falta do dever de convivência e influência afetiva durante a fase de desenvolvimento físico e psicológico do ser humano.

Para Nader (2010), o intencional descumprimento do dever de visitas por parte do genitor não guardião ao seu filho, muitas vezes motivado pelo sentimento de vingança ao ex-cônjuge, pode configurar hipótese de abandono afetivo, causando aos filhos sentimento de rejeição e abalo a sua auto estima.

Certo é que a doutrina diverge sobre a possibilidade de reparação de danos pela falta de cumprimento do dever de convivência afetiva mas, por outro lado, não diverge da possibilidade desse inadimplemento ter influência negativa no desenvolvimento psicológico e de, em certos casos, ser determinante para causar danos na esfera da honra subjetiva e, até, objetiva dos filhos.

Ora, no que tange especificamente ao dever de direção da criação de seus descendentes de primeiro grau, resta ao genitor e à genitora prover-lhes não só suas necessidades materiais, obrigação esta que pode ser cumprida com o pagamento de pensão alimentícia, cabendo-lhe, também, o suprimento de sua

formação, conferindo-lhe ao petiz o arcabouço psicológico necessário para o enfrentamento das situações cotidianas que lhe apresentarão no futuro (DALL’OGLIO JÚNIOR, 2014).

Nesse sentido, Gonçalves (2014) *in verbis*:

Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.

Para o citado doutrinador, descaberia qualquer interpretação no sentido de não indicar a ocorrência de danos para as atitudes de um pai ou de uma mãe que adotem condutas de distanciamento dos filhos, não lhe conferindo a oportunidade de uma saudável, e imprescindível, convivência com os pais.

Salientando esse dever de formação dos filhos, entende Hironaka (2006) a existência do “direito ao pai”, *in verbis*:

Por direito ao pai, na sua valoração juridicamente relevante, deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, o que ocorre com a maioria dos animais que habita a face da Terra. Na via reversa, encontra-se o dever que tem o pai – leia-se também, sempre, a mãe – de produzir tal convívio, de modo a buscar cumprir a tarefa relativa ao desenvolvimento de suas crias, que é, provavelmente, a mais valiosa de todas as tarefas incumbidas à raça humana. É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.

Nessa esteira de pensamento, entende-se que a afetividade é fator para

reconhecimento do núcleo familiar, e, um núcleo familiar afetivo, é sede para a efetivação do direito à dignidade, intrinsecamente ligado ao direito de ser feliz.

Se o abandono é capaz de gerar infelicidade, ou indignidade, ele é possível de causar danos. Nesse sentido, Tartuce (2009) considera que:

Como já se observou na doutrina, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com os filhos, ou se o afeto pode ser imposto ou

não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que, no abandono afetivo, há a presença da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um bem jurídico estabelecido em lei.

Dito isso, o dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano causado à personalidade da criança e do adolescente, cuja proteção está consagrada na CRFB/1988RB/88. Nesse sentido:

A violação do direito alheio fica clara pelo estudo do art. 1.634, do atual Código Civil, comando legal que prevê os atributos do exercício do poder familiar. Desses atributos do exercício, merecem destaque a direção da criação e dever de companhia e guarda dos pais em relação aos filhos. A ideia fica ainda mais cristalina pela redação do art. 229 da Constituição Federal de 1988, que também faz menção aos deveres dos pais pelos filhos, entre os quais o dever de criação e o de educação (TARTUCE, 2009).

Nos dizeres de Dias (2011, p.460: “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação”.

Aqui vale verificar, então, se o dano, se causado, é passível de reparação de cunho patrimonial. Percebe-se, que o traço marcante do abandono afetivo consiste no descaso pela criação, educação e convívio com os filhos, podendo ser nefasto para o desenvolvimento das crianças privadas desses direitos (MADALENO, 2009).

Tartuce (2009) expõe que o principal argumento jurídico para a possibilidade

de reparação por danos morais causados pelo abandono afetivo seria a tipificação da conduta nas normas do art. 186 do CC/2002, que traz positivado o conceito de ato ilícito e, em combinação com a norma do art. 927, CC/2002, estabelece a obrigação de reparar o dano.

Àqueles que defendem a possibilidade de sua reparação, entendem que, demonstrada a ocorrência de distúrbio subjetivo significativo, com influência na dignidade, no desconforto sofrido pela falta de afetividade e presença de um dos pais, provoca danos de natureza moral, indiscutivelmente indenizáveis.

É esse, por exemplo, o entendimento, do STJ:

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/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, exsurgindo, 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.
(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA
TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Do voto vencedor, tem-se:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (STJ. 2009) REsp 1159242 (2009/0193701-9 – 10/05/2012. Disponível em: www.stj.jus.br).

CONCLUSÃO

A CRFB/1988, em consonância com os modernos sistemas constitucionalistas pós segunda guerra mundial, traz profundos avanços, principalmente, na esfera de proteção do indivíduo, tendo como paradigma a o respeito à dignidade da pessoa humana, tratado como princípio norteador de todo o, nosso, ordenamento jurídico.

E é com fundamento nesse princípio que foram abandonados conceitos, ou preconceitos, milenares, arcaicos, discriminatórios, de concepções que não se coadunam com a realidade social de hoje, principalmente no que diz respeito as relações familiares. Filho é filho, de qualquer forma que seja a relação paterna,

homens e mulheres com iguais direitos e deveres, inclusive, de constituírem família com indivíduos do mesmo gênero.

Nesse contexto, nascem núcleos familiares em que, para seu reconhecimento, basta a convivência social afetiva, não importando se a família tem um pai, uma mãe, ou dois pais, ou duas mães, enfim, parafraseando o compositor Lulu Santos, considerando justa, toda forma de amor.

Certo é que, dentro de um ordenamento jurídico em que se tem o afeto como indispensável para o reconhecimento de uma relação familiar, e partindo do pressuposto que ele é elemento para a efetivação do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, percebe-se a necessidade de proteção à efetivação do direito dos filhos de ter, não só o convívio, mas o convívio afetivo, harmônico, que traga o indispensável ambiente para o desenvolvimento humano.

A criança e o adolescente merecem, da normatividade jurídica, a chamada proteção integral e passam a ser sujeitos de direitos fundamentais não só à subsistência, mas sobretudo ao carinho, afeto e cuidado para seu desenvolvimento.

Essa proteção é dever dos pais e, o descumprimento desse dever, pela falta de convívio afetivo, ou pelo abandono afetivo, pode trazer danos de ordem moral.

No que diz respeito à responsabilidade civil e a possibilidade de reparação, a percebe-se que, estando presentes os pressupostos de existência de de responsabilidade extracontratual por ato ilícito, ou seja, ação ou omissão voluntária, dano, de qualquer natureza, e nexos de causalidade entre o elemento subjetivo e o dano, não há outro entendimento, senão, o de entender como possível, e jurídica, a reparação desses danos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242 2009/0193791-9** – 10/05/2012.

ANGELUCI, Clebber Afonso. Amor **tem preço?** *Revista CEJ*, Brasília, n. 25. out-dez, 2006. Disponível em:
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2000/2141>>.

Acesso em 06/05/2014.

ANTUNES ROCHA. Carmem Lúcia. **O Princípio da Dignidade Humana e a Exclusão Social**. *In: Anais do XXVII conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, V. I, 2000

BRASIL. **Constituição (1988)**. 42. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva 2009.

_____. **Lei nº 8.069 de junho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente**. Senado, DF, 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

CAMPOS, Wânia Andrea Luciana Chagas Duarte de FIGUEIREDO. **O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva**. IN: PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALL’OGLIO JÚNIOR, Adilto Luiz. **Teoria do desamor: a reparabilidade do abandono afetivo paterno-filial**. Disponível em:

<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf>. Acesso em 05/05/2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo, Revista do Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual... 2004, p. 64; IN: TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.5.2012. Editora Saraiva, São Paulo.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da propriedade privada e do estado**. Tradução José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984.

FELISBINO, Ana Laura; SANTOS, Mariane Guimarães e FERREIRA, Reginaldo. **Direito da Família da Criança e do Adolescente**. Disponível em: www.webartigos.com

FIGUEIREDO, Fabio Vieira e ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Ed. Saraiva. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf>.

Acesso em: 07/05/2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Pressupostos, elementos e limites ao dever de indenizar por abandono afetivo**. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <www.flavioartuce.adv.br> Acesso em 05/05/2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. **Responsabilidade Civil**. V. 7. **Rio de Janeiro: Forense, 2010**.

PEREIRA, Tânia da Silva; in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 5.ed. ver. Atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, Ed. 2007.

TARTUCE, Flávio. **Danos morais por abandono moral. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil- Constitucional das Relações Familiares**. http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html. Acessado em 20/10/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.