

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

REPARAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO DE MENOR

MARIA CLARA ARCA PEIXOTO

Rio de Janeiro

2019

MARIA CLARA ARCA PEIXOTO

REPARAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO DE MENOR

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta.**

Rio de Janeiro

2019

MARIA CLARA ARCA PEIXOTO

REPARAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO DE MENOR

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS FORMULÁRIO

DE AVALIAÇÃO DE MONOGRAFIA

DATA DA APRESENTAÇÃO: _/_/2019.

NO DIA SUPRAMENCIONADO, A BANCA EXAMINADORA INTEGRADA PELOS PROFESSORES

E, REUNIU-SE PARA EXAMINAR A MONOGRAFIA DE

DRE, INTITULADA

-.

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO(A) ALUNO(A), ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS, POR EXAMINADOR:

	<i>Nota: Respeito à Forma (Até 2,0)</i>	<i>Nota: Apresentaçã o Oral (Até 2,0)</i>	<i>Nota: Conteúdo o (Até 5,0)</i>	<i>Nota: Atualidade e Relevância (Até 1,0)</i>	<i>Nota Total e Final</i>
<i>Prof. Orientador</i>					
<i>Prof. Membro 01</i>					
<i>Prof. Membro 02</i>					
<i>Média Final</i>	X ----- X ----- -- X ----- X -- ----- X ----- X ----- XX				

PROF. ORIENTADOR:

NOTA:

PROF. MEMBRO 01:_NOTA:

PROF. MEMBRO 02:_NOTA:

MÉDIA FINAL:

SE A MÉDIA FINAL FOR 10,0 (DEZ), O TRABALHO RECEBE INDICAÇÃO PARA O PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS?() SIM() NÃO

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, que tanto me apoiaram durante toda a faculdade, me dando muito carinho, pois sem o amor incondicional deles eu não teria conseguido chegar até aqui. Foram a inspiração para o meu tema no presente trabalho.

Ao meu namorado Rômulo Lucena, que com todo o seu amor me ajudou pacientemente durante períodos difíceis de minha vida e se tornou meu melhor amigo.

Ao meu grande e fiel companheiro Bruce, que nunca me abandona e é minha fonte de conforto e carinho.

Por fim, agradeço à minha orientadora Fabiana Rodrigues Barletta, que foi extremamente atenciosa comigo e me ajudou a terminar a monografia, lendo cada capítulo e me dando dicas preciosas, tudo feito com muita paciência.

“A suprema felicidade da vida é ter a convicção de que somos amados.”

Victor Hugo

RESUMO

PEIXOTO, MARIA CLARA ARCA. REPARAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO DE MENOR

86 f. Monografia, graduação em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

A presente monografia possui como objetivo estudar se há a possibilidade de pais serem condenados a pagarem quantias de dinheiro a seus filhos menores de idade caso os abandonem afetivamente, e em caso positivo, se essa opção estaria correta de acordo com o nosso sistema jurídico pátrio brasileiro. Nesse sentido, foi feita uma análise sobre o conceito de família, suas origens históricas, evolução, aplicação dos princípios existentes no ordenamento jurídico, projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, estudo da responsabilidade civil parental e a jurisprudência brasileira sobre o tema. Nesse sentido, a pesquisa averigua as condições para a condenação civil sobre a responsabilidade parental de cuidado e afeto.

Palavras-chave: Abandono de menor; Dever parental; Instituto da Responsabilidade civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 FAMÍLIA, SOCIEDADE E DIREITO.....	11
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	11
1.2 DA FAMÍLIA PATRIARCAL ÀS DIVERSAS FORMAS DE FAMÍLIA.....	12
1.3 A FAMÍLIA ATUAL E DEVERES IMPOSTOS AOS SEUS MEMBROS.....	15
1.4 AMPARO AOS FILHOS MENORES NO CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL.....	21
2) A IMPORTÂNCIA DO AFETO DENTRO DO ÂMBITO FAMILIAR E JURÍDICO E O ESTUDO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO TEMA.....	27
2.1 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA E A INCLUSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SEIO FAMILIAR.....	27
2.2 AUSÊNCIA DE AFETO NO ÂMBITO FAMILIAR.....	31
2.3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS.....	35
3) A QUESTÃO DO ABANDONO AFETIVO E PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA.....	46
3.1 DISCUSSÃO ACERCA DO ABANDONO AFETIVO SER QUESTÃO PÚBLICA OU PRIVADA.....	46
3.2 PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL SOBRE O TEMA.....	50
4) JURISPRUDÊNCIA E RESPONSABILIDADE CIVIL PARENTAL.....	62
4.1 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS AO DEVER DE INDENIZAÇÃO.....	62
4.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS AO DEVER DE INDENIZAÇÃO.....	67
4.3 REPARAÇÃO CIVIL.....	72
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

O presente tema da monografia mostra-se de suma importância nos dias atuais, uma vez que cresce o número de casos na justiça brasileira sobre a reparação civil em casos de abandono afetivo de menores de idade. Com os elos familiares cada dia mais frágeis e a facilidade em se obter divórcio na atualidade, diversas vezes os pais se separam e o genitor que não obteve a guarda do filho menor termina por abandoná-lo afetivamente. Não há um consenso sobre o assunto, pois é bastante controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Alguns defendem a tese de que se obrigar um genitor a pagar quantias de dinheiro a seu filho, que abandonou afetivamente, seria monetarizar o amor, e o amor não pode ser avaliado em preço. Essa era a posição antiga do STJ, que recentemente mudou de entendimento através de um Recurso Especial.

Outros argumentam que a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e os princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, devem ser entendidos de modo favorável ao menor de idade, sendo possível a reparação por danos morais pelo abandono afetivo do genitor. Além disso, estando presentes os requisitos para a indenização civil, prevista no Código Civil, também seria possível a condenação do genitor.

No primeiro capítulo, é feito um estudo sobre o conceito de família e a evolução da mesma, sobre como era na antiguidade e atualmente, e suas diferenças. Também é feita uma análise dos deveres impostos à família atual, como o afeto que deve haver entre os seus membros e o amparo que as crianças e adolescentes possuem nas leis brasileiras.

No segundo capítulo, é analisada a importância da família para a sociedade, como os direitos humanos devem estar dentro do âmbito familiar, as graves consequências que podem ocorrer nos menores de idade caso não haja afeto no seio da família, e os princípios existentes no sistema jurídico brasileiro que são aplicáveis ao tema.

No terceiro capítulo, estuda-se se o tema abandono afetivo seria uma questão pública ou privada a ser analisada, se o Estado deve ou não interferir em assuntos familiares, além de expor os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que visam regulamentar o tema.

No quarto e último capítulo, é feita uma pesquisa e análise sobre a jurisprudência brasileira e as diferentes posições dos tribunais, com exemplos de julgamentos contra e a favor da indenização por abandono afetivo, destacando-se, desse modo, que o tema é muito controvertido e está longe de haver uma pacificação no entendimento. Ressalta-se a importância das duas diferentes decisões do STJ acerca da temática, e também sobre os requisitos para haver reparação civil em casos de abandono afetivo de crianças e adolescentes.

1 FAMÍLIA, SOCIEDADE E DIREITO

1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

A família, como instituição natural, antecede um estatuto jurídico, pelo simples fato de existirem homens. Entretanto, é imprescindível que haja uma regulamentação jurídica, pois deve haver harmonia no ambiente social, a fim de que os indivíduos e a comunidade em que vivem sejam protegidos. Desse modo, o Estado apresenta medidas para a organização da família e proteção de seus membros¹.

A palavra “família” possui diversas concepções, dentre elas a que se extrai dos dispositivos legais, como o ordenamento civil, ou seja, de que família legítima é a que se constitui pelo casamento ou união estável. O Código Civil não estabelece uma definição precisa do que seja família, porém trata com minúcias os diversos aspectos atinentes ao Direito de Família. Em sentido mais amplo, a família pode ser entendida como um agrupamento humano que provém de um ancestral em comum, gerando efeitos de cunho alimentar ou sucessório².

Assim Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim³ definem família:

São considerados membros da mesma família os descendentes de um tronco comum, em linha reta ou colateral, e também os afins, todos sob a égide do patriarca, ou *paterfamilias*. Para certos efeitos, equiparam-se a familiares outros membros do grupo, como agregados ou dependentes, assim definidos nas legislações previdenciárias e fiscais. Na constituição da família, à luz do direito, distinguem-se a união formal, pelo casamento, e a união informal, de fato, pela convivência de fim amoroso, sem as formalidades do ‘papel passado’.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 20

² AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides da Cunha de. **Separação e divórcio-teoria e prática**. 5 ed. São Paulo: Livraria e Editora universitária de direito, 1999. p. 17

³ *Ibidem*, p.18.

(...) A união, com certa duração, enquadra-se nos moldes de um núcleo familiar – agrupamento de pessoas unidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses.

Existem dois pontos fundamentais a serem observados durante a elaboração do ordenamento constitucional: a estrutura orgânica do Estado, que compreende a forma de governo e seus órgãos dirigentes, e a pessoa humana, que possui direitos e garantias individuais. Nesse sentido, tais direitos inerentes ao indivíduo fazem oposição ao formalismo burocrático das instituições e evitam abusos do poder centralizador. Sendo assim, há um aparente conflito de interesses entre o Estado e os direitos do indivíduo, que não se revela essencialmente verdadeiro ante a colocação dos objetivos de harmonia e paz social, os quais são bens que aspiram o ser humano, em busca da felicidade pessoal dentro da organização grupal⁴.

Além disso, existem regras essenciais da ordem político-social e econômica, que provém até mesmo do Direito Natural, ou seja, regras de interação inerentes à convivência humana, que são encontradas desde o momento inicial até a formação do indivíduo.⁵

1.2 DA FAMÍLIA PATRIARCAL ÀS DIVERSAS FORMAS DE FAMÍLIA

A partir do século XX, ocorreram transformações mundiais e uma grande evolução social, o que causou impactos na sociedade brasileira. Nesse sentido, as ciências jurídicas tem o dever de observar as mudanças sociais que influenciaram o

⁴ AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides da Cunha de. **Separação e divórcio-teoria e prática**. 5 ed. São Paulo: Livraria e Editora universitária de direito, 1999. P.19

⁵ *Ibidem*, p. 20.

direito e a sua aplicação social, observando-se a alteração comportamental em relação às relações pessoais⁶.

Durante séculos, certos valores foram considerados absolutos, os quais não podiam ser questionados, mas estes foram sendo lentamente substituídos com o passar do tempo pela própria sociedade, através de suas modificações e evoluções, mudando suas prioridades. Isto inclusive pode ser identificado nas relações pessoais, as quais passaram ter muito mais importância e valor, com a concepção da pessoa humana como base de todo um sistema organizacional, fazendo com que a partir do seu bem-estar e respeito, traduzidos em “dignidade”, pudessem emanar todas as demais medidas. Desse modo, as relações pessoais foram atingidas pela mudança de perfil social, causando consequências no próprio direito, o qual internalizou tais mudanças e editou novos parâmetros para as relações comerciais, educacionais, comerciais, trabalhistas, de direito público e, principalmente, as que nasceram no meio familiar. Nesse sentido, foi necessário adequar o direito à realidade e às demandas sociais de modo eficiente, compreendendo o que a sociedade aclamava como digno de tutela.⁷

A família foi a maior atingida pelas alterações sociais, pois o estilo de vida das pessoas foi drasticamente mudado, o que gerou consequências para a família patriarcal, a qual foi obrigada a ceder lugar a outros modelos familiares. A função familiar foi mudada e o papel dos membros que a constituíam também foi modificado, criando-se um novo cenário⁸.

Paulo Lôbo assim resume essa nova situação no âmbito familiar⁹:

De um período extremamente conservador e autoritário no que se refere à família tradicional, elitizada, hierarquizada e matrimonializada – datado do século XX – até o estágio contemporâneo da família plural, democrática, humanizada e funcionalizada ao atendimento e à promoção da dignidade das pessoas dos seus integrantes, foram inúmeros os acontecimentos que motivaram alterações jurídicas no quadro das relações familiares. Como acentua a doutrina, houve

⁶ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Juruá Editora, 2012, p. 23.

⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 20.

profundas mudanças de função, natureza, de composição e de concepção da família, especialmente após o advento do Estado Social, sendo marcante a progressiva tutela constitucional da família.

Como exemplo da radical mudança ocorrida no seio familiar, é necessário citar a concepção de família para a sociedade romana, na qual família estava regida sob o princípio da autoridade, na qual o *pater*, que era o homem, era o único ser considerado pessoa e ocupava todos os cargos importantes na sociedade, além de ser o chefe dentro de sua própria família, com poderes de até mesmo para decidir se seus filhos teriam pena de morte, castigo ou se seriam vendidos, possuindo um poder ilimitado sobre os mesmos. Assim define tal situação Fustel de Coulanges¹⁰:

Segundo os antigos princípios, o lar é indivisível, assim como a propriedade; os irmãos não se separam quando o pai morre e, com maior razão, dele não se poderão desligar durante a vida. No rigor do direito primitivo, os filhos continuam unidos ao lar paterno e, em consequência, submetidos a sua autoridade; enquanto o pai viver serão sempre menores. Compreenda-se como essa disposição só se manteve válida enquanto a velha religião doméstica teve seu pleno vigor. Essa sujeição ilimitada do filho ao pai desapareceu bem cedo em Atenas. Em Roma, a velha regra foi inescrupulosamente conservada; o filho durante a vida do pai, jamais pôde cuidar de um lar particular, embora casado, mesmo tendo filhos, ficava sob a tutela do pai. Além disso, acontecia com o poder paternal o mesmo que com o poder marital; tinha por origem e por condição o culto doméstico. O filho nascido do concubinato não estava colocado sob a autoridade do pai. Entre o pai e esse filho não existia comunhão religiosa: nada havia, portanto, que conferisse a um a autoridade e ordenasse ao outro a obediência. A paternidade por si só não conferia ao pai direito algum. Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com seu chefe e seu governo.

Enquanto isso, a mulher não exercia uma posição de autonomia e nem mesmo de relevância, pois era subordinada a seu pai quando ainda não havia se casado e

¹⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005. P. 98

após o casamento, era subordinada ao marido, não possuindo nem mesmo direitos próprios¹¹.

Tal estrutura era tão rígida que somente a partir do século IV, com o surgimento do cristianismo na sociedade romana, que a moral e benevolência foram reconhecidas como questões relevantes para a sociedade, momento em que o patriarcalismo passou a ser aos poucos mitigado, até haver igualdade dentro do casamento, sem a superioridade do homem sobre a mulher. Houve abrandamento das regras e progressiva restrição da autoridade do pater, conferindo maior autonomia às mulheres e aos filhos¹².

A família patriarcal foi sendo destronada, o que fez surgir novos conceitos de família, desde a concepção básica da comunidade do que é família até as normas jurídicas que tratam das relações familiares. O modelo patriarcal de regra tornou-se exceção e a igualdade dos direitos e deveres da mulher e do homem na sociedade conjugal atual abriu grandes oportunidades para diversas mudanças familiares¹³.

1.3 A FAMÍLIA ATUAL E DEVERES IMPOSTOS AOS SEUS MEMBROS

O pátrio poder sofreu severas mudanças ao longo dos séculos, evoluindo quanto à compreensão romana, na qual o *pater* exercia poder ilimitado sobre o patrimônio e seus descendentes. Com o passar do tempo, a família perdeu seu caráter institucional a fim de adquirir um caráter instrumental e funcional. ¹⁴

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.31.

¹² *Ibidem*, p. 31.

¹³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Juruá Editora, 2012, p. 29.

¹⁴ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**.3 ed. São Paulo: Destaque. p.68.

Desse modo leciona Pietro Perlingieri¹⁵:

A família como formação social, como 'sociedade natural', é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.

Maria Berenice também segue essa lógica¹⁶:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. No dizer de Giselda Hironaka¹⁷, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

No mesmo sentido se posiciona Maria Helena Diniz¹⁸:

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para realização integral do ser humano.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, São Paulo: Renovar, 2008. p. 263.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 21.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 1, p. 10, abr./maio 1999. apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 21.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 21.

Desse modo, o direito de família brasileiro não ficou inerte frente às mudanças ocorridas na concepção de família e sua importância, produzindo, dessa forma, normas que, aos poucos, qualificaram as relações intersubjetivas, com novos direitos e obrigações a serem atendidos pelo grupo familiar, lugar propício a múltiplas relações, necessidades e necessidades, que são expandidos para além dos limites domésticos e proporcionam o crescimento emocional, moral e econômico de cada membro da família¹⁹

A família é o primeiro espaço de convivência social e de acolhimento do indivíduo, sendo protegida até mesmo pelo Estado, justamente por ser o local próprio e ideal de formação da pessoa humana. É a família que constrói, ampara, acalenta, corrige, e abriga o indivíduo desde o seu nascimento, inclusive zela pelos seus membros até depois da morte, desempenhando, pois, papel importante para o desenvolvimento do homem e sua coexistência social²⁰.

Nesse sentido, o afeto passou a ter grande importância e ser reconhecido e valorizado pelos estudiosos do direito de família, sendo incorporado na jurisprudência e nos projetos de lei, permitindo que atualmente existam as relações jurídicas de direito de família. Importante ressaltar que para esse novo direito de família, o afeto é fundamental²¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana concedeu ao afeto a sua valorização, condição, seus valores íntimos, ou seja, permitiu que o afeto fosse percebido juridicamente, possuindo um valor insubstituível, uma vez que diversas famílias só existem por causa do afeto que une seus membros. Nesse sentido, com a clara valorização das funções afetivas, a família torna-se a base das pessoas contra os problemas externos, nutrindo diariamente seus membros, imprimindo-lhe mais um

¹⁹ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. **Convivência Parental e Responsabilidade Civil**, São Paulo: Juruá Editora, 2016, p. 88

²⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 522

²¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Juruá Editora, 2012, p. 29.

traço funcional. O resultado disto é que o afeto está cada vez mais presente no direito, tornando-se massa amálgama deste novo universo jurídico-familiar e tornando-se elemento jurídico.²²

Desse modo, o dever que se impõem aos membros familiares é tratar a todos dentro do núcleo familiar com atitudes respeitadas, a fim de garantir a dignidade de todos. A nova sistemática normativa constitucional exige dos membros de uma entidade familiar o exercício de verdadeiros direitos-deveres em prol da concretização da dignidade e desenvolvimento da personalidade dos demais membros dessa família. Isso significa que são estabelecidos deveres jurídicos que visam garantir a efetividade da dignidade dos indivíduos que compõem uma entidade familiar, os quais são impostos pela Constituição Federal Brasileira de 1988, através da observância de certos princípios, tais como dignidade da pessoa humana, solidariedade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança²³.

Nesse sentido, afirma Gerlanne Luiza Santos de Melo²⁴:

O que se protege não é a família titular de interesse separado e autônomo. Protege-se a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. É a pessoa que ocupa o centro da tutela constitucional que protege a família, não como instituição valorada em si mesma, mas como – e apenas – instrumento de tutela da dignidade humana.

Por isso pode-se afirmar que a família, como formação social, é, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa²⁵.

²² KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Juruá Editora, 2012, p. 54.

²³ *Ibidem*, p. 55.

²⁴ MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar: direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 10 de julho de 2019

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002. P. 248.

Para o Direito, é importante conseguir atender às múltiplas demandas que a família impõe neste século, com enormes alterações no modelo então conhecido, o da família nuclear e formada através do matrimônio. Tais mudanças não trazem reflexos apenas na compreensão dos juristas sobre o fenômeno, mas também na reflexão e ponderação sobre as possibilidades e limites da intervenção do Estado no grupo até bem pouco tempo entendido por alguns como imune a esse tipo de interferência. Os caminhos da família e os possíveis efeitos jurídicos das novas conformações familiares são, portanto, as atuais inquietações das relações que se travam entre o Direito e a Família²⁶.

Pode-se observar no ordenamento jurídico brasileiro atual a mutação experimentada no entendimento de pátrio poder, sendo dessa forma eliminadas as heranças romanas sobre o *pater* e seu absoluto e irrestrito poder sobre a família. Exemplos podem ser apontados em diversos dispositivos no ordenamento jurídico, como o artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a igualdade entre o homem e a mulher, não havendo mais, portanto, a inferioridade de direitos da mulher sobre o homem, artigo 226, §5º da Carta Maior, que prevê que os direitos da sociedade conjugal serão exercidos igualmente, assim como no §6º do mesmo dispositivo, o qual permite o divórcio:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção 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 à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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

Assentaram-se diversos avanços na legislação que versa sobre Direito de Família, como por exemplo os princípios constitucionais que dispõem sobre

²⁶ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência Parental e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Juruá Editora, 2016. p. 89.

igualdade, o divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a tendência mundial perfilhada pela legislação das nações modernas sobre o tema, que apontam para uma maior proteção à prole, tema este ao qual não era atribuída importância. Atualmente, o conceito de pátrio poder é visto sob uma ótica mais ampla, com uma maior carga de responsabilidade atribuída aos pais. Assim, o Estado possui maior poder de intervenção em questões concernentes aos interesses do menor incapaz, podendo dessa forma, ampará-lo e protegê-lo.²⁷

Acerca do tema, Maria Berenice faz importante crítica²⁸:

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso²⁹, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Além da Constituição Federal brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), possui dispositivos que apontam com nitidez a radical mudança de compreensão sobre o pátrio poder familiar, quais sejam: art. 21, que afirma que o poder familiar será exercido igualmente pelo pai e pela mãe do menor³⁰; art. 22, *caput*, que dispõe sobre o dever de ambos os genitores quanto ao sustento, guarda e

²⁷ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência Parental e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Juruá Editora, 2016. P. 69.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 26.

²⁹ VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999. apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 26.

³⁰ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

educação dos filhos menores além da obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse destes³¹; art. 23, *caput*, que determina que a escassez e ou falta de recursos materiais dos pais não acarreta em perda ou suspensão do poder familiar³²; a perda ou suspensão do poder familiar só se dará mediante decretação judicial, observado o contraditório, como estabelece o art. 24³³.

1.4 AMPARO AOS FILHOS MENORES NO CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL

O perfil familiar foi se modificando ao longo do tempo, não mais obedecendo ao modelo patriarcal, sendo admitidos diversos modelos de famílias, o que teve como consequência um delineamento pela jurisprudência sobre outras ramificações do direito de família, tais como as uniões homoafetivas, calcadas basicamente no pressuposto afetivo. O direito civil brasileiro sofreu severas mudanças, trazendo o Código Civil de 2002 grandes inovações, principalmente no direito de família, o qual foi influenciado por preceitos gerais da matéria civil e também pelas mudanças sociais ocorridas no âmbito familiar, nos indivíduos de forma particular. A principal novidade, além da possibilidade de um sistema aberto e apto a operar com liberalidade, está na constituição dessa nova família³⁴.

Como dito anteriormente, a família foi, aos poucos, tornando-se um lugar de realização para seus membros, observando-se a felicidade individual, porém relativizando-a em face do bem-estar do grupo. Nessa esteira afirma Rodrigo da Cunha Pereira³⁵:

³¹ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

³² Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

³³ Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

³⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Juruá Editora, 2012, p. 52.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 25.

Assim, o seu espaço é tido como instrumento para a realização do ser humano, tendo como valores elementos que até então não eram reconhecidos pelo direito, como o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum e a felicidade de seus membros. Tais valores passam a gravitar dentro de uma órbita social, democrática e humanista, própria do novo sistema. A família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independe de qualquer vínculo biológico, independente do vínculo biológico, restando mais uma vez evidenciado que o afeto é a viga da construção estrutural destas novas relações familiares. E o direito não ficou indiferente a tal situação. O afeto entre os membros familiares de uma forma ou de outra sempre existiu. Porém, as pessoas somente puderam optar por ele de uma forma concreta e desinteressada após a revolução social e opção de escolha, sobretudo nos últimos anos, através da liberdade de expressão ocorrida e do espaço para a autenticidade que se criou no seio familiar.

Atualmente, a família não existe apenas com fins de propagação da espécie e permanência da raça, mas surge na atualidade através de vínculos de afetividade³⁶. Pode-se afirmar que o Direito de Família é um direito fundamental de todos, e que a família moderna está fundada na cooperação, na solidariedade e no respeito a cada um de seus membros³⁷.

Nesse sentido, o direito civil familiar moderno encontrou uma nova faceta do Estado, que respeita os limites legais da família, a comunhão plena, confere autonomia privada aos indivíduos, e inclusive está presente, através do Judiciário quando é necessário, de modo repressivo ou curativo. Tal intervenção estatal é bastante frequente e se revela com maior nitidez quando o assunto é a proteção do direito da infância e juventude. Ademais, a mulher conquistou papel relevante e crucial na sociedade moderna, conquistando o poder, o qual anteriormente era exclusividade do homem, podendo desse modo, assumir cargo decisivo em diversos setores sociais, escolhendo seus próprios caminhos³⁸.

³⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, v.5: direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.17.

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 27.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V.5. 25 ed. São Paulo: Saraiva. p.18.

São diversas as mudanças que podem ser mencionadas no Direito de Família e alguns exemplos são a igualdade absoluta entre homem e mulher, paridade de direitos entre filhos de qualquer origem, vínculo matrimonial que pode ser desfeito, reconhecimento da união estável³⁹. Tais alterações tiveram como objetivo a preservação da coesão familiar e dos valores culturais, com acompanhamento da evolução dos costumes, dando-se à família moderna um tratamento legal mais adequado à realidade social, de modo que as necessidades da prole fossem atendidas e que houvesse diálogo entre os cônjuges ou companheiros. Por muito tempo prevaleceu a ideia de que a criança somente possuía importância para o Estado quando a mesma cometia algum delito ou era abandonada. Nas demais situações, o Estado praticamente delegava total autonomia aos pais para a criação e educação dos filhos⁴⁰.

Entretanto, essa situação mudou, e atualmente, no âmbito da questão familiar, a preocupação com a criança e o adolescente possui grande importância para a sociedade moderna, questão essa de importância no mundo inteiro. Com relação a isto, foi estabelecida constitucionalmente a doutrina de proteção integral ao menor, a qual foi ratificada com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº 8.069, o qual data de 1990, e que detalha os termos de proteção e assistência à criança e ao adolescente. Nesse contexto, o Estado passou a tratar dos menores como sujeitos de direitos⁴¹. Nessa esteira, Tânia da Silva Pereira afirma⁴²:

Como sujeitos de direitos, ou seja, titulares de direitos fundamentais, crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de direitos fundamentais. Assim como a Constituição Federal traçou as diretrizes gerais de proteção integral à criança e ao adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente veio por esmiuçá-las e o Código Civil ratifica

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. V.5. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, 2012. p.3.

⁴⁰ *Ibidem*, p.12.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 49.

⁴² PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

estes deveres pessoais e patrimoniais dos genitores ou de quem possui a guarda do menor.

Nesse sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 demonstrou preocupação internacional sobre o tema, como pondera Paulo Lôbo⁴³:

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, e internalizada no direito brasileiro, com força de lei em 1990, preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais. Para cumprir o princípio do melhor interesse, a criança deve ser posta no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o “espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”. As crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos; “já não se trata de ‘menores’, incapazes, pessoas incompletas, mas de pessoas cuja única particularidade é a de estarem crescendo”⁴⁴.

Como demonstrado acima, em 1990 o Brasil ratificou a “Convenção sobre os Direitos da Criança”⁴⁵, aprovada por unanimidade pela Assembleia da ONU em 1989, Convenção esta que foi consequência de um esforço conjunto entre vários países, os quais procuraram definir, durante dez anos, quais eram os direitos humanos comuns a todas as crianças, a fim de que formulassem normas legais, internacionalmente aplicáveis, capazes de englobar as inúmeras conjunturas socioculturais que existem entre os povos⁴⁶.

⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 26-27.

⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 20 de julho de 2019.

⁴⁵ Preâmbulo

Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade

⁴⁶ BELOFF, Mary. **Los derechos del niño en el sistema interamericano**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2004, p. 35. apud LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 27.

Caio Mário também comenta sobre a Convenção⁴⁷:

Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o princípio do melhor interesse da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. Reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente as responsabilidades dentro da comunidade.

Ademais, a Constituição Federal Brasileira também demonstra preocupação com o menor, em seu artigo 227, devendo ser observado por todo o ordenamento jurídico.

Portanto, pode-se perceber que o Direito exige, nas relações parentais, determinados comportamentos dos pais com relações aos seus filhos, que implicam em convivência, cuidado, assistência imaterial, tendo como objetivo, sempre que possível, estreitar os laços entre esses sujeitos, e possibilitar a melhor formação e desenvolvimento da parte mais vulnerável desta relação, ou seja, os filhos. O Direito possui algumas ferramentas eficazes para alcançar esse fim, como a regulamentação de visitas, cominação de multa diante do descumprimento do regime fixado e até mesmo a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo⁴⁸, tema que será melhor abordado adiante.

Nesse sentido, é nítida a importância da família na formação psíquica do filho menor, pois é no seio familiar que o mesmo adquire condições de desenvolver-se de

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 23 de julho de 2019.

⁴⁸ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**, Juruá Editora, 2012, p. 60.

modo completo, em ambiente de afeto e amor. Todavia, o abandono afetivo é um problema verdadeiramente desafiador ao legislador, pois trata-se de uma questão na qual dificilmente poderia ser relegada a uma mera questão legal, ultrapassando o mero status normativo e refletindo grande entrave social, questão a ser abordada no próximo capítulo.

2) A IMPORTÂNCIA DO AFETO DENTRO DO ÂMBITO FAMILIAR E JURÍDICO E O ESTUDO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO TEMA

2.1 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA E A INCLUSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SEIO FAMILIAR

Todos os seres humanos devem ser respeitados e tratados igualmente, e por isso torna-se fundamental a existência dos direitos humanos no seio familiar, a fim de poder-se assegurar os direitos fundamentais do homem, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual orienta de todo o ordenamento jurídico pátrio⁴⁹.

Assim, as ideias sobre cidadania e inclusão alojaram-se definitivamente no Direito de Família, transformando a maior parte das discussões deste ramo do direito em uma questão de Direitos Humanos. O indivíduo desenvolve sua personalidade e desenvolve suas potencialidades para conviver em sociedade e para buscar sua realização pessoal no âmbito familiar e este é o lugar onde ocorrem os fatos mais importantes da vida do ser humano, desde seu nascimento até a morte, além da vivência de problemas e sucessos⁵⁰.

Desse modo, Sérgio Resende de Barros ⁵¹, afirma:

O direito de família é o mais humano dos direitos. No entanto, apesar disso, ele não tem sido correlacionado com os direitos humanos. Para essa omissão deve haver uma justificação. Algo dificulta enxergar como direitos humanos os direitos subjetivos relativos à família. É preciso remover esse empecilho. A humanidade se constrói pela força maior da solidariedade humana, em cuja origem está a solidariedade familiar, fomentada pelo afeto culminado no amor. (...) Se a família é a matriz, a solidariedade é a motriz dos direitos humanos. (...) O direito fundamental à família e os seus direitos operacionais devem ser garantidos sem discriminação

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.59

⁵⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **Da adoção**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 14.

⁵¹ BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IB-DFAM/Síntese, n. 14, jul./set. 2002. P. 1.

alguma, a fim de que o direito de família seja não só o mais humano dos direitos, como também o mais humano dos direitos humanos.

Atualmente a família, além de ser plural, está passando por transformações, desenvolvendo-se juntamente com o meio social, superando valores e obstáculos antigos. A consagração de princípios fundamentais da família, através da Constituição Federal de 1988 e com a evolução do meio social, tem estimulado o surgimento de uma nova legislação no direito de família. A nova estrutura da família passou a se vincular e a se manter por elos afetivos, em homenagem à valorização do ser humano e a da dignidade da pessoa humana, que apenas são possíveis com o respeito aos direitos humanos no âmbito familiar⁵².

A partir da Constituição Federal de 1988, os conceitos e valores do direito de família no âmbito civil mudaram, tornaram-se solidários, não sendo mais o patrimônio a única e exclusiva prioridade social. Os indivíduos passaram a ter o reconhecimento como máximo valor de todo o sistema e lhes foram conferidos o direito de ter a integridade preservada⁵³.

Sobre a mudança na finalidade da família, Maria Berenice Dias assim se pronuncia⁵⁴:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. O fato é que ainda que o Estado tenha o dever de regular a vida em sociedade e as relações entre as pessoas, não pode deixar de consagrar o direito

⁵² PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de família e o novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 26.

⁵³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 28.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p.25.

à liberdade e assegurar o direito à vida, mas vida de maneira adjetivada: vida digna, vida feliz.

Nesse sentido, a família necessita ser unida por laços de afeto e de solidariedade, a fim de que seus membros atinjam sua finalidade, ou seja, a de atingir a felicidade e da dignidade de seus membros. Diante disso, a constitucionalização do direito de família se tornou um macroprincípio, que se irradia sobre todos os demais, gerando consequências sobre as relações no seio familiar⁵⁵.

Nessa esteira, afirma Sérgio Resende de Barros⁵⁶:

O direito à vida implica e funda o direito à família como o primeiro na ordem jurídica das entidades familiares, o mais fundamental dos direitos familiares. Mas também outros direitos humanos levam a pensar na família. Liberdade, igualdade, fraternidade, felicidade, segurança, saúde, educação e outros valores humanos básicos se relacionam com o direito à família e remetem ao lar, onde eles se concretizam em direitos familiares. Mas, a partir do lar e a principiar do direito à família, os direitos familiares só se realizam plenamente se estiverem envolvidos e sustentados pelo afeto.

Diversos direitos humanos somente poderão ser respeitados se no meio familiar também tiverem proteção. Desse modo, não é possível afastar do lar familiar a incidência dos direitos humanos, pois a família é o pilar da sociedade e berço de todo e qualquer direito humano. Constitui núcleo vital da sociedade, pois a própria organização social acontece em torno da estrutura familiar, entretanto a família atual tornou-se diferente, ou seja, não é mais patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada como era outrora⁵⁷.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p.27.

⁵⁶ BARROS, Sergio Resende. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 04 de setembro de 2019.

⁵⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 28.

Nas palavras de Aline Karow⁵⁸:

Portanto, tornou-se natural o discurso jurídico de que as situações patrimoniais devem ser otimizadas em favor das situações existenciais. Repita-se. Todo o enfoque Constitucional e Civilista agora aponta para a valorização da pessoa em detrimento do patrimônio, não tendo espaço para ser diferente no campo do Direito de Família. A família patriarcal foi destronada, nascendo novos conceitos de família, desde a visão básica da comunidade do que é família até as normas jurídicas que tratam das relações familiares.

O meio familiar tornou-se ao mesmo tempo, um refúgio para seus membros, o qual exerce a função de proteção contra as dificuldades da vida e ambiente propício para o desenvolvimento pessoal do indivíduo. Além disso, é na atualidade o instrumento de realização do ser humano, possuindo como valores elementos que até então não eram reconhecidos pelo direito, como o afeto, solidariedade, união, confiança, respeito, projeto de vida comum, felicidade e amor. Esses valores passam a existir dentro de uma lógica social, democrática e humanista, própria do novo sistema ⁵⁹.

Essa transformação social teve como consequência a valorização da pessoa humana como sujeito de desejos e direitos, e, formando sua dignidade e sua tentativa de obter felicidade como direitos humanos essenciais à pessoa humana. Consequentemente, ocorreu uma verdadeira alteração do conceito de família, no qual seus ideais voltaram-se à proteção da pessoa humana, de modo que a família torna-se um meio para a realização afetiva e pessoal de seus componentes⁶⁰.

Com o passar do tempo, apareceu na sociedade um paradigma diferente, que aumenta os direitos dos indivíduos, tal como foi na viabilidade de divórcio legal, intensificando a autonomia do ser para buscar afeto e felicidade. Desse modo, não se pode mais conceber o direito de família sem estar o mesmo associado aos direitos

⁵⁸ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p.28.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 54.

humanos, pois é por causa dos mesmos o direito de família passou a evidenciar o afeto em detrimento do patrimônio, tornou os direitos e deveres entre homens e mulheres iguais, extinguiu toda discriminação entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, assim como criou como vértice de orientação das relações afetivas o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da procura pela felicidade e realização pessoal de seus integrantes, sendo mais fiel aos ideais de pluralismo, democracia, liberdade, igualdade, entre outros, voltando-se a preservação da pessoa humana, garantindo-lhe vida digna e feliz⁶¹.

2.2 AUSÊNCIA DE AFETO NO ÂMBITO FAMILIAR

Durante muito tempo, o direito de família se omitiu ante os casos concretos no qual o genitor negligenciava afetivamente seus filhos. Isso ocorreu devido à omissão legislativa sobre esse assunto, fazendo com que diversos magistrados deixassem de reconhecer o afeto como valor jurídico, uma vez que inexistia previsão legal expressa a esse respeito⁶².

Assim, filhos de casamentos desfeitos, de uniões mal sucedidas, ou mesmo de casais que nem chegavam a se casar, permaneciam relegados em segundo plano na vida do genitor, o qual, terminava por cumprir com sua obrigação legal de apenas fornecer alimentos, a fim de evitarem as consequências do descumprimento de uma obrigação alimentar, como a prisão. Alimentos, vestuário, assistência médica, medicamentos, educação, todos os bens materiais podiam ser comprados pela prestação alimentar paga pelo genitor, mas isso não era o suficiente para o crescimento moral e psicológico da criança.⁶³

Nesse sentido, expõe João Baptista Villela⁶⁴:

⁶¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 54.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. **Pai Real, Pai Ideal**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 49.

⁶⁴ VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substância triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

A família é o primeiro agente de socialização do ser humano e a carência de afeto e de amor no lar marcará para sempre o futuro da criança, perturbando o desenvolvimento físico e psíquico do menor, podendo até mesmo modificar seu caráter, comprometendo-lhe toda a vida futura⁶⁵.

A partir do século XX, a sociedade experimentou diversas mudanças, tais como culturais, religiosas, e econômicas, as quais repercutiram na família, a qual teve que se reformular ante tais modificações sociais. A mulher foi inserida no mercado de trabalho, integrando os números da população economicamente ativa, e começou a desempenhar papel de trabalhadora e de mãe, exercendo a atividade profissional e doméstica ao mesmo tempo, a dupla jornada. O papel do homem, que até então era conhecido como único provedor do lar, sofreu significativas mudanças, uma vez que o provento passou a ser compartilhado igualmente entre o casal e, com o tempo, outras funções do lar foram divididas também, fazendo com que homens e mulheres passassem a dividir a autoridade familiar⁶⁶.

Esta mudança ocasionou em um comportamento diferente do filho com o pai e vice-versa, com a figura paterna passando a ser vista como um elemento mais presente no desenvolvimento da personalidade da criança, fornecendo afeto e atenção, - diferentemente Roma antiga, na qual o *pater* tinha poderes ilimitados e o patrimônio era visto como de suma importância, sem haver preocupações com a parte afetiva da prole - interferindo diretamente na formação de identidade dos filhos⁶⁷.

⁶⁵ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. 3 ed. São Paulo: Destaque. p. 56.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V.5. 25 ed. São Paulo: Saraiva. p.18.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.21-22.

Assim expõe Lucas Daniel Ferreira de Souza⁶⁸:

A figura paterna é um agente importante de socialização para os filhos e sua ausência, principalmente afetiva, por vezes acarreta danos irreparáveis impossibilitando-os, em alguns casos, inclusive para o exercício do amor, visto que se tornam indivíduos hostis e deprimidos condenados eternamente ao desafeto. (...) Danos possíveis causados pela ausência de afeto vão de sentimentos de baixa autoestima, processos de inadequação social, agressividade, criminalidade, insegurança, sentimento de menos valia e, até, comportamos autodestrutivos e sociopatas.

O fato é que a ciência já comprovou cabalmente que a ausência de afeto e o conseqüente abandono sentimental podem trazer conseqüências para a formação moral da criança, bem como pode culminar em transtornos psicológicos e patologias. É um dever inerente ao poder familiar a direção moral do menor, que se entende como conselhos, vigilância, preparação para a vida, ou seja, atitudes que lhe proporcionem obrigatoriamente a instrução primária, valores estes trazidos pelo “novo” direito de família⁶⁹.

Assim afirma Maria Berenice Dias⁷⁰:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da

⁶⁸ SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Abandono Afetivo Paterno: O dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ**. Revista de Direito da FAT, v. 10, 2013. Disponível em:

<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao10/convidados/ABANDONO_AFETIVO_PATERNO_artigo.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.455

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 138-139.

existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

O abandono também pode advir da mãe, como afirma Basílio de Oliveira⁷¹:

Está demonstrado que o cuidado materno na infância é essencial à saúde mental. Esta é uma descoberta comparável em magnitude à do papel das vitaminas na saúde física e de significação de longo alcance nos programas de higiene mental preventiva; as crianças sem os cuidados da mãe no lar, ou fora dele, são uma fonte de infecção social tão real e séria como os portadores de difteria e tifo. A relação mãe-filho determina em parte a infraestrutura da vida moral e a maneira com que o menor se ligará aos outros e os reconhecerá como valores autônomos e independentes: o clima de bem-estar e acolhimento do menor deriva da presença materna e só é possível com a mãe afetuosa, inserindo no menor, em sua vida psicológica, a dimensão da duração e tendo certa imagem do outro a preservar. Já se definiu o abandono do menor como carência de afeição materna. Psicologicamente, o menor abandonado é o portador da síndrome da carência dos cuidados maternos. Sociologicamente, o menor abandonado é o menor socialmente marginalizado.

Importante ressaltar que o item 6 da Carta Internacional da Criança prevê⁷²:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe.

⁷¹ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. 3 ed. São Paulo: Destaque. p. 57.

⁷² ONU. Declaração do direito das crianças. Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_dir_eitos_crianca.pdf> Acesso em: 07 de setembro de 2019.

Nesse sentido, pode-se concluir que o afeto é, no atual conceito de família, o elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar seus filhos com o carinho necessário para a formação plena da personalidade dos menores. A evolução das ciências psicossociais demonstrou a influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio dos indivíduos em formação, e por isso, não deve ser ignorada. Desse modo, a convivência dos genitores com seu filho não é um direito, e sim um dever. Não existe o direito de visitá-lo, há a obrigação de convivência com o mesmo⁷³.

Os deveres do pais para com seus filhos ultrapassa o mero sustento econômico, pois é necessário o pleno desenvolvimento da criança, o que inclui o lado emocional e psíquico. Para que ocorra o envolvimento e cuidado ideais são necessários: engajamento paternal, que se refere às interações do pai com seu filho menor; acessibilidade, que significa o pai estar disponível quando a criança precisa; e a responsabilidade, que pressupõe o cuidado do pai em relação às necessidades da sua prole. Nesse sentido, o envolvimento vai além do mero contato, abrangendo aspectos relativos a cuidar, zelar, estar disponível e atento às necessidades da criança⁷⁴.

2.3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Ocorreu uma revolução no direito brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que se deu com a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, que podem ser implícitos, de acordo com a doutrina e a jurisprudência. Alguns princípios não estão escritos nos textos legais, entretanto, possuem uma fundamentação ética nos ordenamentos jurídicos a fim de que a vida

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 138.

⁷⁴ GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. **Pai Real, Pai Ideal**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 49.

em sociedade seja viável. Desse modo, representam os valores de toda a sociedade, convertendo-se em normas⁷⁵.

O positivismo, com seu sistema de regras rígido, foi aos poucos sendo afastado, e os princípios, que promovem o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, foram sendo promovidos e largamente utilizados⁷⁶.

Nessa esteira, afirma Caio Mario⁷⁷:

Os princípios constitucionais, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990)¹²² delinearão novos paradigmas no âmbito das relações familiares. O papel dos princípios é informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um direito principiológico.

Desse modo, surgiu uma nova concepção sobre a família, esta agora com maior valorização dos laços de afeto entre seus membros, rompendo com um passado em que não se enxergava a família como berço de afeto e de solidariedade⁷⁸.

As normas jurídicas apresentaram-se limitadas, acanhadas para realizar o comando constitucional. Inovações foram trazidas para o direito pátrio, e uma delas foi o princípio da interpretação conforme a Constituição, o qual revelou-se de grande importância, pois propaga a ideia de que a lei deve ser interpretada, em todos os momentos, a partir da Lei Maior. Dessa forma, os princípios constitucionais

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2011. p. 61.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 81.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 82.

expressaram a dignidade humana a todo o sistema legal, com o propósito de alcançarem todas as relações jurídicas⁷⁹.

O direito construiu princípios e regras que têm como finalidade a proteção da personalidade humana, pois o conceito de pessoa foi reformulado¹²⁶. Antes da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana não era sacramentada de forma expressa no texto constitucional. Somente após o período ditatorial, durante a redemocratização do Brasil, que o resgate do valor humano foi buscado incessantemente, consagrando-se a dignidade da pessoa humana e a valorização dos direitos fundamentais, que foram postos sobre qualquer outra disposição estatal⁸⁰.

No Direito de Família, este considerado o ramo jurídico que mais sofreu alterações ao longo dos anos, os princípios encontraram ambiente propício para se propagarem. A partir do momento em que a Constituição Federal normatizou certos princípios, ocorreu uma revolução no Direito de Família, e algumas antigas concepções foram transformadas⁸¹.

A família deixou de ser protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior aos interesses dos seus membros, para que fosse tutelada como instrumento de organização e otimização da personalidade dos sujeitos que a integram, obtendo papel funcional de ser instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana⁸².

Assim afirma Maria Berenice Dias ⁸³:

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.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2017. p. 40.

⁸⁰ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 103.

⁸¹ *Ibidem*, p. 104.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. Op. Cit. p. 63.

A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum - , permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se positivado expressamente no art.1º, III, da Constituição Federal, e é o princípio basilar de todo o Estado, elevando a dignidade da pessoa à condição de fundamento da República. O constituinte teve a preocupação de consagrar este princípio como valor nuclear da ordem constitucional. Constitui-se em uma norma e dever-ser, com caráter jurídico e vinculante⁸⁴.

Assim como no âmbito da responsabilidade civil quanto no familiar, a dignidade da pessoa humana é amplamente utilizada durante a aplicação de normas pois é considerado um princípio norteador⁸⁵.

A partir dele, direitos fundamentais se concretizam e se manifestam subprincípios ou princípios implícitos, de acordo com o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, tais como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, além de diversos princípios éticos. A compreensão de tal princípio deve ser baseada em sentimentos e emoções, sendo impossível entendê-lo de uma maneira puramente intelectual⁸⁶.

Nessa esteira, Aina Hohenfeld Angelini Neta ensina⁸⁷:

A pessoa humana é um ser valoroso em si mesmo, superior, na perspectiva kantiana, na ordem da natureza e das coisas. Este valor intrínseco do homem é dado pela dignidade. É por isso que

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2017. p. 62.

⁸⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 109.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 62.

⁸⁷ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. **Convivência Parental e Responsabilidade Civil**. 1 ed. São Paulo: Juruá Editora, 2016. p. 68.

qualquer ato que vise coisificar a pessoa ou equipará-la a um objeto fere violentamente o princípio da dignidade humana. A dignidade humana repousa, portanto, na ideia de respeito irrestrito ao ser humano. Dessa forma, a Constituição da República concebeu o homem como centro de referência da ordem jurídica, que se humaniza e legitima imantada pelo valor que se irradia a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, também é importante destacar o princípio da afetividade, o qual não está expressamente previsto na Constituição de 1988, mas pode ser considerado um princípio jurídico implícito, uma vez que pode ser extraído através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, como dispõe o artigo 5º, § 2º, da Carta. Além disso, decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual representa o vértice orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro⁸⁸.

Pode ser considerado um princípio tão importante e basilar para a família que é possível considerá-lo como um dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e parentes entre si, de forma duradoura⁸⁹.

Nesse sentido, afirma Paulo Lôbo⁹⁰:

Assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.

Outro princípio importante de ser citado é o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Os direitos e garantias dos indivíduos que compõem este grupo estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Este é um microsistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.86.

⁸⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.73.

⁹⁰ *Ibidem*, p.73.

penal, e identifica crianças e adolescentes como sujeitos de direito. Está pautado através dos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e também da proteção integral, visando conduzir os menores à idade adulta de modo responsável, como sujeitos da própria vida, de modo que possam aproveitar completamente de seus direitos fundamentais⁹¹.

Tal princípio é pautado no dever dos pais em terem os filhos em sua companhia e de lhe educarem e criarem, como prevê o Código Civil, em seu art. 1.634, incisos I e II, sendo que esse encargo compete tanto ao pai quanto à mãe, ainda que não mantenham mais entre si laços afetivos, pois mesmo quando é estabelecida a guarda unilateral, ao genitor que não possuir a guarda lhe é assegurado o direito de visitas, conforme art. 1.589 do Código⁹².

Diante das gradativas e profundas transformações sofridas pela sociedade, que acabaram refletindo sobre a estrutura da família e sobre a forma de se enxergar os laços familiares, a questão sobre a criança e o adolescente constituiu-se questão de suma relevância no mundo inteiro, o que não era observado na antiguidade. Em 1959 a Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual foi considerada um importante marco na luta a favor dos direitos dos menores, instituindo a primeira mobilização da consciência coletiva, despertando o mundo civilizado para essa temática que ocupa o primeiro lugar no plano das reformas sociais contemporâneas⁹³.

Em 1990 o Brasil ratificou a “Convenção sobre os Direitos da Criança”⁵⁸, aprovada por unanimidade pela Assembleia da ONU em 1989, Convenção esta que foi fruto de um esforço conjunto entre vários países, os quais procuraram definir, durante dez anos, quais eram os direitos humanos comuns a todas as crianças, a fim de que formulassem normas legais, internacionalmente aplicáveis, capazes de englobar as inúmeras conjunturas socioculturais que existem entre os povos.⁹⁴

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2017. p. 55.

⁹²Ibidem.

⁹³PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.33

⁹⁴ Ibidem.

Nos dizeres de Caio Mário sobre a Convenção⁹⁵:

Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o princípio do melhor interesse da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. Reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente as responsabilidades dentro da comunidade.

Na mesma esteira afirma Paulo Lôbo⁹⁶:

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989⁵², adotada pela Assembleia das Nações Unidas, e internalizada no direito brasileiro, com força de lei em 1990, preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais. Para cumprir o princípio do melhor interesse, a criança deve ser posta no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o “espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”. As crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos; já não se trata de ‘menores, incapazes, pessoas incompletas, mas de pessoas cuja única particularidade é a de estarem crescendo.

Anos antes da ratificação da Convenção, a Constituição Federal de 1988 já havia se debruçado sobre o problema que gira em torno da criança e do adolescente,

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 47.

⁹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 26-27.

em seu artigo 227, sendo que seu conteúdo é considerado uma síntese da convenção internacional dos Direitos da Criança, proclamados pela ONU, como supracitado. Em 1990 surgiu a Lei nº 8.069, que dispôs sobre o “Estatuto da Criança e do Adolescente”, minuciando os termos de proteção e assistência à criança e ao adolescente⁹⁷.

O ECA assegura em seu art. 4º, que 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, bem como ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Desse modo, percebe-se que tornou-se imprescindível que a família assegure à criança o direito de convivência familiar⁹⁸.

Também no mesmo referido diploma legal, em seu art. 5º, está previsto que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Assim, pode-se afirmar que o ECA e a Constituição Federal proíbem de forma expressa o abandono à criança, seja material ou afetivo, pois não permite nenhuma forma de negligência e qualquer atentado, seja por ato, ou por omissão, aos direitos fundamentais da criança, como por exemplo em casos de abandono afetivo⁹⁹.

A Constituição Federal e o ECA adotaram o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, transformando-se em sujeitos de direito, além de terem sido contemplados com grande quantidade de garantias e prerrogativas. Por este motivo, a Constituição lista os responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado.¹⁰⁰

O conceito atual de pátrio poder é visto sob uma visão mais abrangente, com um maior fardo de responsabilidade atribuído aos pais. Desse modo, o Estado possui

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 49.

⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p.34

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família.12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2017. P.469.

maior poder de intervenção em questões que dizem respeito aos interesses do menor incapaz, podendo dessa forma, protegê-lo e ampará-lo¹⁰¹.

A definição de pátrio poder moderno pode ser entendida como bem leciona Basílio de Oliveira¹⁰²:

Pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito natural, confirmado pelo Direito Positivo, e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo.

Além disso, o ECA prevê em seu art. 7º que, dentre os direitos fundamentais dos menores está o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, assim como em seu art. 19 impõe que os mesmos possuem o direito de serem criados e educados no seio de suas famílias.

Outros dispositivos neste texto legal apontam com nitidez o princípio da proteção integral e sobre a nova concepção de pátrio poder familiar, a saber: art. 21, que afirma que o poder familiar será exercido igualmente pelo pai e pela mãe do menor; art. 22, *caput*, que dispõe sobre o dever de ambos os genitores o sustento, guarda e educação dos filhos menores além da obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse destes; art. 23, *caput*, que determina que a escassez e ou falta de recursos materiais dos pais não acarreta em perda ou suspensão do poder familiar; a perda ou suspensão do poder familiar só se dará mediante decretação judicial, observado o contraditório, como estabelece o art. 24.

Como expõe Paulo Lôbo sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente¹⁰³:

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 1ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1968 apud OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. 3 ed. São Paulo: Destaque. p. 69.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

Além disso, outro princípio importante de ser mencionado é o da paternidade responsável, o qual preconiza que no conceito atual de família, o afeto é visto como elemento agregador, o que exige dos genitores o dever de criar e educar os filhos menores sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. As ciências que estudam o psiquismo humano fizeram muitas descobertas, inclusive a de que o contexto familiar é de suma importância para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação¹⁰⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente qual seria a definição de afeto, entretanto verifica-se tanto no texto constitucional, no ECA, e no Código Civil, como demonstrado anteriormente, que deve haver a proteção ao afeto no meio familiar, reconhecendo-o como valor jurídico, em consagração ao próprio princípio da paternidade responsável¹⁰⁵.

Por esse princípio, há responsabilidade individual e social das pessoas que vêm a gerar uma nova vida humana, a qual deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor¹⁰⁶.

O legislador, todavia, ao impor sobre o pai deveres de comportamento em face dos filhos, já estabeleceu a relação de prevalência ante tal liberdade e o interesse do menor à adequada formação de sua personalidade, determinando, em síntese, que este último interesse prevalece em relação ao sustento, guarda e educação dos filhos menores – não já, note-se, ao amor, ao afeto, ao carinho, sentimentos pessoais

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 138

¹⁰⁵ Ibidem, p. 107.

¹⁰⁶ GAMA, Guilherme Calon Nogueira. **Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. P. 77.

subjetivos com relação aos quais a liberdade de autodeterminação do pai mantém - se prevalente à luz do tecido constitucional. Dessa maneira, a legislação pátria prevê expressamente o dever de proteção, cuidado e amparo dos filhos pelos genitores, tanto com a prestação de bens materiais, através da obrigação alimentar, como também pela obrigação de propiciar um desenvolvimento moral e psíquico saudável aos filhos, o que somente pode ser atingido com a presença dos genitores na vida dos filhos, com o afeto e a solidariedade permeando os laços de convivência no seio familiar¹⁰⁷.

A situação de desamparo emocional não é incomum e não há no ordenamento jurídico brasileiro um amparo objetivo aos interesses da criança em relação ao tema, como possui em relação a alimentos ou assistência econômica¹⁰⁸. Desse modo, importante se mostra o debate e estudo acerca do abandono afetivo ser uma questão pública ou privada e quais projetos de lei estão em trâmite no Congresso Nacional, temas estes que serão estudados a seguir.

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.118.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. 3 ed. São Paulo: Destaque. p. 166.

3) A QUESTÃO DO ABANDONO AFETIVO E PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA

3.1 DISCUSSÃO ACERCA DO ABANDONO AFETIVO SER QUESTÃO PÚBLICA OU PRIVADA

Importante a discussão sobre se o abandono afetivo seria uma questão pública ou privada. Tal questionamento necessita ser enfrentado e respondido no debate sobre abandono afetivo, qual seja, se os laços familiares e o afeto que permeiam o seio familiar devem ser apreciados como questões de interesse público ou como interesse privado que está inserido na intimidade e no âmago da família.

Nesse sentido, afirma Ricardo Lucas Calderón¹⁰⁹:

É inegável que nesse ramo do Direito há amplo espaço para livre eleição da melhor forma de viver em família pelos particulares, restando resguardada aos participantes dessa relação a decisão sobre a melhor forma de convivência e a deliberação sobre o seu planejamento familiar.

Também declara Flávio Tartuce¹¹⁰:

“É importante perquirir, nas relações familiares, a divisa entre os espaços público e privado. Por tal razão, temas como a ordem pública, a indisponibilidade de direitos e a intervenção estatal são recorrentes”.

Por esse motivo, o presente estudo necessita enfrentar desse tema para a solidificação do conhecimento no sentido de se concluir pela interferência do poder público ou não nos laços afetivos da família. Entretanto, é importante ressaltar que, sob outra ótica, existem dispositivos expressos que consagram a proteção do melhor

¹⁰⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P. 336.

¹¹⁰ FLÁVIO, Tartuce. **O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, out./nov. 2012. P. 17.

interesse do menor e a proteção integral de menores e adolescentes, como pode ser verificado nas normas da Constituição Federal, do Código Civil, do ECA e em vários diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário¹¹¹.

Desta forma, crianças e adolescentes, por serem considerados vulneráveis, recebem especial proteção do Estado, mesmo que estejam dentro de seus lares, para que só desse modo seja possível tutelar plenamente seus direitos legalmente conquistados. Considerando a ponderação dos interesses contrapostos, de um lado existe o princípio da liberdade dos genitores, e por outro, o princípio da solidariedade familiar, que norteia principalmente os filhos¹¹².

Levando-se em consideração a peculiar condição dos filhos menores e a responsabilidade dos pais na sua criação, sustento e educação, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da integridade psíquica dos menores. Desse modo, ponderados, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores, que, neste caso, dela não são titulares¹¹³.

Portanto, é possível afirmar que a intervenção do poder público em laços afetivos entre cônjuges deve ser consideravelmente menor do que a interferência estatal sob a relação paternal com um menor, dada sua situação de vulnerabilidade, ou seja, a dinâmica pública ou privada nos conflitos familiares irá variar conforme a modalidade da relação envolvida¹¹⁴.

Enquanto que a relação entre cônjuges é caracterizada por uma aceitação de escolhas e autonomia dos próprios indivíduos, assim como pela renúncia à exigência e ao cumprimento coercitivo dos direitos e deveres entre os cônjuges, na parentalidade ocorre de modo diferente. Distingue-se pela sua ampliação, cada vez

¹¹¹ FLÁVIO, Tartuce. **O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, out./nov. 2012. p. 17.

¹¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 449.

¹¹³ *Ibidem*, p. 450

¹¹⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P.337

maior, das intervenções jurídicas nas relações da filiação, visando a proteção dos menores¹¹⁵.

Ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um Estado mais ausente, distante, de modo que permita às pessoas constituírem suas relações através da liberdade, é igualmente necessário que sejam determinados direitos tutelados pela presente intervenção do ente estatal, principalmente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados¹¹⁶.

Desse modo, é necessário intervir quando se verifica a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, como ocorre em casos como o menor, o incapaz, o idoso, entre outros que são mais vulneráveis e que podem sofrer violência familiar. Assim afirma Ricardo Lucas Calderón¹¹⁷:

Deve-se buscar o equilíbrio entre a liberdade do espaço privado, conferida para as pessoas deliberarem como viverão em família e, de certo modo, como criarão e educarão seus filhos, mas sempre com o respeito aos comandos legais oriundos da esfera pública nas relações familiares, que impõem alguns limites quando envolvidas pessoas em situação de vulnerabilidade. (...) A atuação estatal será pontual, restrita aos casos de omissão total do dever parental e que causem prejuízos efetivos à pessoa vulnerável que é objeto de proteção, o que, todavia, não significa que o ente público poderá se imiscuir na esfera privada das relações familiares onde tal dever é, ainda que de certo modo, atendido.

É nesse sentido que deve ser pensado o abandono afetivo, pois por se tratar de crianças e adolescentes e seu relacionamento com o genitor, trata-se de laço

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.447.

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Famílias – entre público e privado**. VIII CONGRESSO NACIONAL DO IBDFam. Família: entre o público e o privado. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Porto Alegre: Magister/Ibdfam, 2012. P.163.

¹¹⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P.338 e 339.

familiar que envolve vulnerável, o que exige uma especial proteção e cuidado do ordenamento jurídico¹¹⁸.

Desse modo, o que legitima a intervenção estatal na família é o reconhecimento do valor jurídico do abandono afetivo parental e o estado de vulnerabilidade dos filhos menores envolvidos em questão, uma vez que, sempre que os direitos dos menores forem violados ou até mesmo estiverem sob ameaça de violação, tornar-se necessária, a pronta intervenção estatal, assegurando que essa pessoa ainda com personalidade em desenvolvimento venha a ter a possibilidade de construir seu caráter pelas suas próprias escolhas, com a garantia da sua liberdade positiva¹¹⁹.

Nesse sentido, quando se verificar no seio familiar o amparo e cuidados necessários aos filhos pelos seus pais, no qual o afeto está presente, não se mostra necessária a interferência do ente estatal, em respeito à liberdade de planejamento familiar dos particulares. Assim, conclui-se que somente nos casos em que ocorrem o abandono parental no âmbito familiar é que o Poder Judiciário deve apreciar, considerada a vulnerabilidade do menor que é vítima da omissão parental¹²⁰.

É importante considerar os princípios da parentalidade responsável e da proteção integral da criança e adolescente, já acima citados no presente estudo, os quais indicam clara possibilidade de intervenção, pois, o genitor, quando não atende seu dever de cuidado, ou seja, o ofensor infringe um comando legal que envolve direitos de um vulnerável, que gozam de ampla proteção, de modo que poderá vir a ter que responder pelos efeitos decorrentes da sua conduta¹²¹.

Portanto, conclui-se que somente haverá legitimidade para intervenção do poder público nos casos em que se constatar a omissão e o abandono por parte dos

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Um país sem jurisprudência**, 2014. Revista Brasileira de Direito de Família. 11. ed. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

¹¹⁹ Ibidem, p. 11.

¹²⁰ Ibidem, p. 12

¹²¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P.340.

genitores, pois em casos em que a afetividade está presente, não existe necessidade do ente estatal em intervir na relação paterno-filial.¹²²

Essa situação de desamparo emocional não é incomum e não há no ordenamento jurídico brasileiro um amparo objetivo aos interesses da criança em relação ao tema, como possui em relação a alimentos ou assistência econômica¹²³. Assim, foram criados projetos de lei que estão em trâmite no Congresso Nacional, e serão estudados a seguir.

3.2 PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL SOBRE O TEMA

O âmbito familiar sofreu diversas mudanças ao longo dos séculos, ocorrendo impactos até mesmo sobre a legislação pátria brasileira, e nesse sentido, o Legislativo procurou criar normas que visassem a proteção da família e também do menor e os cuidados inerentes a este¹²⁴.

O Estado possui interesse em criar normas que visem regulamentar a organização da família e a segurança das relações humanas, pois a família é a base de toda a estrutura da sociedade, sendo encontradas na mesma não somente as estruturas econômicas, mas também as raízes morais da organização social. Nesse sentido, o Estado, interessado em garantir a sua própria sobrevivência, possui interesse primário em proteger a família, através de leis que lhe garantam o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais, regulando não apenas as relações que interessam à ordem social como também aquelas ligadas à esfera individual¹²⁵.

¹²² CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. P.341.

¹²³ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. 3 ed. São Paulo: Destaque. p. 166-167

¹²⁴ Ibidem, p. 167

¹²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Volume 6**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.5.

Atualmente, não existem normas específicas e concretas sobre o abandono afetivo, existindo apenas um enunciado do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, que é caracterizado como uma diretriz para a criação de doutrina e jurisprudência em Direito de Família, entretanto, o mesmo não possui força de lei, sendo considerado uma norma infralegal. Em seu enunciado 8, está previsto que o abandono afetivo é capaz de ocasionar direito à reparação pelo dano causado¹²⁶:

Enunciado 08 - O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

Diante da ausência de normas específicas sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se a gravidade dos problemas que o abandono afetivo acarreta, com a agravante da aparição de diversos casos acerca do tema nos tribunais de justiça de todo o país, o assunto tornou-se polêmico e objeto de inúmeros debates, tanto no meio acadêmico quanto no jurisprudencial. Dessa forma, surgiram projetos de lei com o intuito de regulamentar a questão.

O primeiro a ser apresentado foi o Projeto de Lei nº 700, de 2007, de autoria de Marcelo Crivella, à época senador. Atualmente, tal projeto de lei está tramitando na Câmara dos Deputados, sob o número 3.212/2015, e tem como intenção mudar alguns dispositivos da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a fim de caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil, passível de reparação¹²⁷.

O artigo 4º do ECA assim prevê:

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

¹²⁶ Enunciado 8 do IBDFAM: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 02 de outubro de 2019.

¹²⁷ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D59084EE31883231533062DD88AFD907.proposicoesWebExterno2?codteor=1396365&filename=PL+3212/2015> Acesso em 04 de outubro de 2019.

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.

No projeto supracitado, o parágrafo único se tornaria parágrafo primeiro e seriam acrescentados os parágrafos segundo e terceiro, que disporiam sobre os deveres dos pais em diversos aspectos e assim seria¹²⁸:

Art. 4º

§ 1º

§ 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)”

¹²⁸ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera o artigo 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>> Acesso em: 04 de outubro de 2019.

Além disto, tal projeto de lei modificaria o artigo 22, caput, do ECA, que assim prevê atualmente:

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Passaria a incluir como dever dos pais convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, além da obrigação em cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, possuindo o seguinte teor¹²⁹:

“**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

Também seria alterado o artigo 56 do ECA, que atualmente possui o seguinte teor:

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

- I - maus-tratos envolvendo seus alunos;
- II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;
- III - elevados níveis de repetência.

Seria incluído neste artigo o inciso IV¹³⁰, que passaria a vigorar com o seguinte texto:

¹²⁹ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera o artigo 22 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 05 de outubro de 2019.

¹³⁰ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera o artigo 56 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 05 de outubro de 2019.

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

(...)

IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

Outro artigo que sofreria modificação seria o artigo 58 da referida lei, que possui a atual redação:

“Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.”

Seriam incluídos no rol de preceitos a serem respeitados durante o decorrer da evolução da educação da criança, os valores éticos, além dos já previstos culturais, artísticos e históricos¹³¹.

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)

Ademais, o parágrafo único do artigo 129 do ECA, que possui o seguinte texto também seria mudado:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

(...)

¹³¹ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera o artigo 58 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 05 de outubro de 2019.

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

Assim passaria a vigorar da seguinte maneira¹³²:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....
Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)

Os artigos 22, 23 e 24 do ECA supracitados, rezam sobre os deveres dos genitores de sustentar, ter guarda e educar seus filhos (artigo 22, caput), a falta de recursos materiais e a condenação criminal do genitor não constituir motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, apenas se a condenação for por crime doloso contra o próprio filho, (artigo 23, caput), a perda ou suspensão do poder familiar, que deverá ser decretada judicialmente, observado o contraditório (artigo 24), entre outras disposições.

Finalmente, seria modificado o artigo 130 do ECA, que possui o seguinte teor:

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor.

¹³² BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera o artigo 129 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 05 de outubro de 2019.

Seria acrescentada a hipótese de negligência por parte dos pais ou responsável como justificativa para a possibilidade de afastamento do lar, em medida cautelar:¹³³

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)

Um artigo do projeto supracitado foi suprimida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), por ser tratar de uma questão muito polêmica, pois previa pena de detenção de um a seis meses àquele que deixasse, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, prejudicando o seu desenvolvimento psicológico e social¹³⁴:

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.

Este artigo foi vetado, através da justificativa de que utilizar o direito penal para tratar do tema seria demasiadamente extremado e perigoso, uma vez que deve ser observado o princípio da intervenção mínima do direito penal, no qual a lei penal somente deverá ser utilizada como seu último recurso (*ultima ratio*), e apenas quando

¹³³ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera o artigo 130 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 07 de outubro de 2019.

¹³⁴ BRASÍLIA. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=177006>> Acesso em 08 de outubro de 2019.

outros ramos do direito não forem suficientes, o que não configura o caso em tela, considerando-se que o direito civil é suficiente e eficiente para o enfrentamento do abandono afetivo através da competente indenização¹³⁵.

No ano de 2015 o projeto foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) e em 2016 pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), com o parecer aprovado por unanimidade nesta última. Atualmente está aguardando aprovação na Câmara dos Deputados, havendo sido retirado de pauta, de ofício, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), graças a ausência do Relator no ano de 2017¹³⁶.

Na justificação de seu projeto de lei, Marcelo Crivella, assim dispôs¹³⁷:

JUSTIFICAÇÃO

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais

¹³⁵ RAUPP, Valdir. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o projeto de lei nº 700/2007. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4002514&disposition=inline>> Acesso em 08 de outubro de 2019.

¹³⁶ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 08 de outubro de 2019.

¹³⁷ BRASÍLIA. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=177006>> Acesso em: 08 de outubro de 2019.

delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels consequências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Outro projeto de lei que visa regular o tema, é o de nº 4.294/2008, de autoria do deputado federal Carlos Bezerra, que pretende acrescentar um parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil e ao artigo 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), a fim de estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo, seja de pais para filhos ou filhos para pais¹³⁸.

No que se refere à mudança pretendida no Código Civil, o artigo 1.632 deste diploma iria ser acrescido de um parágrafo único no qual o abandono afetivo sujeitaria os pais ao pagamento de indenização por dano moral e o mesmo artigo passaria a ter o artigo 2º, que sujeitaria os filhos ao pagamento de indenização por dano moral a seus pais nos casos em que aqueles abandonassem afetivamente seus genitores¹³⁹:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

¹³⁸ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.294/2008. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

¹³⁹ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.294/2008. Altera o art. 1.632 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil Brasileiro e o art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=Avulso+-PL+4294/2008> Acesso em: 11 de outubro de 2019.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral. “

Na justificação do projeto, o deputado defendeu a seguinte tese¹⁴⁰:

JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM - P_4213 CONFERE COM O ORIGINAL AUTENTICADO PL-4294-A/2008 3 de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. No caso dos

¹⁴⁰ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=Avulso+-PL+4294/2008> Acesso em: 11 de outubro de 2019.

idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

A Comissão Seguridade Social e Família (CSSF) apreciou a proposta no ano de 2010, e a deputada federal Jô Moraes deu um parecer pela aprovação. Assim, tal Comissão emitiu um parecer, aprovado por unanimidade e sem qualquer emenda. Passados dois anos, em 2012, o relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), deputado federal Antônio Bulhões, deu seu parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo¹⁴¹.

Em seu voto, afirmou que o tema é controvertido, entretanto que entende que, embora não se possa obrigar uma pessoa a amar ou ao menos manter uma relação afetiva, existem casos em que o abandono acarreta em danos sérios, o que ensejaria a razoável reparação. Além disso, as obrigações existentes entre pais e filhos não se limitam à prestação de auxílio material, senão também de suporte afetivo, devendo-se garantir, ao prejudicado, reparação pelo dano moral experimentado. Acrescentou, que, entretanto, cada caso concreto deverá ser sopesado pela autoridade judicial, a quem caberá avaliar a extensão do abandono afetivo, mas que é prudente que a possibilidade de reparação seja explicitada pela lei. Atualmente tal projeto encontra-se pronto para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)¹⁴².

¹⁴¹ BULHÕES, Antônio. Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=967997&filename=Parecer-CCJC-07-03-2012> Acesso em: 12 de outubro de 2019.

¹⁴² BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em 12 de outubro de 2019.

Enquanto os projetos de lei ainda não foram aprovados, hoje é utilizado o instituto da responsabilidade civil para resolver o problema em questão no judiciário, sendo necessário que se comprove o dano para haver ilícito passível de indenização, tema estudado no próximo capítulo.

4) JURISPRUDÊNCIA E RESPONSABILIDADE CIVIL PARENTAL

4.1 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS AO DEVER DE INDENIZAÇÃO

A questão do abandono afetivo não está pacificada nos tribunais brasileiros, pois não existem artigos que tratem sobre o tema de forma concreta. Nesse sentido, tem aumentado a quantidade de casos na justiça, e cada tribunal decide a questão de um modo. Alguns são favoráveis à indenização por abandono afetivo, enquanto outros não permitem, utilizando o argumento, muitas vezes, de que não se pode obrigar a amar. Esta era inclusive a posição do STJ quando decidiu acerca do tema pela primeira vez.

Analisando primeiramente posições contrárias à condenação parental por abandono de sua prole menor de idade, é importante mencionar um caso ajuizado no Estado do Rio Grande do Sul (processo nº 0207978-49.2014.8.21.7000), no qual o autor processou seu pai por tê-lo abandonado afetivamente durante muitos anos. Alegou o mesmo que seu pai sempre soube de sua existência, mas nunca assumiu a responsabilidade de pai e sequer manteve contato.

Também ressaltou que sua mãe nunca impediu ou criou dificuldades de o réu estabelecer relações com seu filho, o que caracterizaria culpa exclusiva do genitor. Assim, o autor cresceu com a ausência afetiva de seu pai, o que lhe causou grandes transtornos durante sua vida. No caso citado, o autor requereu R\$100.000,00 (cem mil reais) por danos morais pelo abandono afetivo.

Em primeira instância, o juiz julgou improcedente o pedido do autor, extinguindo o processo com resolução do mérito, por entender que não houve ilícito civil passível de danos morais.

Diante de tal decisão, o autor encaminhou o recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70060154150,

Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/07/2014) ¹⁴³.

O recurso de apelação foi desprovido por unanimidade, entendendo todos os desembargadores que não merecia reformulação a decisão do juiz de primeiro grau, uma vez que no caso citado não existiram danos morais.

Assim concluiu a desembargadora relatora:

Portanto, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto/ respeito. O laço sentimental é algo mais profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O afastamento entre pai e filho é resultado de uma separação. E essa separação decorre da vontade dos genitores. O pai que cumpre suas obrigações não deve ser penalizado por danos afetivos. De outro lado, o pai que dá amor durante toda a vida ao filho, mas não paga pensão alimentícia, vai preso. (...) 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 **(Apelação Cível nº 70060154150, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/07/2014)**.

¹⁴³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70060154150, Sétima Câmara Cível. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 02/07/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126514430/apelacao-civel-ac-70060154150-rs/inteiro-teor-126514440?ref=juris-tabs>> Acesso em: 03 de novembro de 2019.

Outras decisões utilizam este mesmo argumento, de que o mero afastamento do pai com seu filho não ensejaria a indenização monetária por abandono afetivo, como exemplificado abaixo¹⁴⁴:

ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. **(Apelação Cível Nº 70057020083, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014).**

Outros tribunais entendem que obrigar um genitor a pagar quantias de dinheiro a seu filho para compensar o abandono afetivo somente seria um modo de monetarizar o amor, como no processo nº 0004426-55.2017.8.21.7000. Neste caso, o filho processou o pai por tê-lo abandonado quando criança, nunca assumindo a paternidade. O autor foi criado por uma tia, pois sua mãe estava com graves problemas de saúde, vindo a falecer em 2008, após um processo de interdição. Nem

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70057020083, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113508940/apelacao-civel-ac-70057020083-rs>> Acesso em: 03 de novembro de 2019.

mesmo após tal situação, o pai procurou seu filho, autor da demanda, abandonando-o afetivamente e permitindo que a tia do mesmo obtivesse a guarda para criação do menor à época.

O autor, neste processo, pediu o valor de 150 salários mínimos como indenização por danos morais em face de seu pai. O juiz de primeiro grau proferiu sentença de improcedência e o autor, então, interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70072403116, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Ivan Leonel Bruxel, julgamento em: 08/02/2018).¹⁴⁵

Foi negado provimento ao recurso por unanimidade, e em sua decisão, assim se pronunciou o desembargador relator:

Adequado ponderar que o afeto é resultado de uma convulsão de equações de ordem psíquica e bioquímica, quiçá espiritual, que a ciência ainda não conseguiu desvendar. Também importante compreender que a falta de benquerer não é sinônimo de malquerer. Não se exige no mundo de relações demonstrações incessantes de afeto, e nem a singela falta de afeto constitui conduta punível. Nesse contexto, não se pode obrigar alguém a amar, e o conhecimento da alma do homem revela que o fruto de uma qualquer imposição é o próprio desamor. Como ensina HORNE: a verdadeira paternidade é uma adoção, um ato, pelo qual, se estabelece uma função. Esse ato de adoção, não pode ser imposto, pois, depende de uma "escolha" do inconsciente, ou seja, é tão subjetivo que nem mesmo o sujeito sabe ao certo o porquê ou não de fazê-lo. Essa adoção é composta de dois aspectos. Um aspecto formal-material, reconhecimento e sustento material, e um aspecto afetivo, que está ligado ao amor. Um pai pode reconhecer e atender as necessidades materiais de um filho, mas não desejá-lo como filho, não amá-lo. Esse amor é difícil de ser mensurado, pois depende da subjetividade do pai e do filho. Por mais que o pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável, esses deveres não podem invadir o campo subjetivo do afeto. A negativa deste, não implica em um dano juridicamente indenizável, visto que outros elementos podem realizar a função paterna. Não se está aqui a afirmar, que a atitude de um pai que não quer ver seu filho seja louvável, pelo contrário, é uma atitude moralmente reprovável. Entretanto, ser a favor da monetarização do afeto e

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072403116, Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Ivan Leonel Bruxel, julgado em: 08/02/2018. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548863788/apelacao-civel-ac-70072403116-rs/inteiro-teor-548863808?ref=serp> > Acesso em: 04 de novembro de 2019.

consequentemente dos danos morais por negativa deste, seria monetarizar o amor, o afeto.

Um dos casos mais emblemáticos foi o que ocorreu no Estado de Minas Gerais, no qual o autor alegava que, após a separação dos pais, seu pai o abandonou afetivamente, principalmente após ter tido outra filha, fruto de um posterior relacionamento do mesmo. O pai sempre pagou integralmente a pensão alimentícia do filho, mas o abandonava afetivamente, nunca mantinha contato e até mesmo não o permitia se relacionar com a meia-irmã (processo nº: 2000.062465-0).

Em primeira instância, o juiz julgou improcedente o pedido do autor, pois segundo o mesmo, o desenvolvimento pessoal e social do autor não haviam sido comprometidos, uma vez que o menor possuía a presença da mãe da bisavó, não ocorrendo portanto, danos relativos ao abandono afetivo por parte de seu pai.¹⁴⁶

O autor recorreu de tal decisão e ingressou com o recurso de apelação perante o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o qual foi julgado procedente (Apelação Cível nº 4085505-54.2000.8.13.000. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Câmara cível. Julgado em: 01.04.2004. Rel. Unias Silva.)

Para o Tribunal, o dano e a conduta ilícita do apelado haviam sido comprovados nos autos, não havendo o genitor tentado formar laços de afetividade com seu filho, sendo condenado em R\$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Eis a ementa do acórdão:

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.

¹⁴⁶ BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Câmara cível. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01.04.2004. Rel. Unias Silva. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

Nesse sentido, o apelado recorreu ao STJ, que reformou o acórdão da apelação, através do Recurso Especial nº Recurso Especial nº 757.41. Este foi o primeiro caso sobre abandono afetivo de menor a ser julgado pela Corte. Foi negado provimento ao recurso, porque o STJ entendeu que caso punissem o pai por abandonar afetivamente seu filho menor nada traria de bom a uma relação já conturbada, podendo inclusive afastá-los mais ainda. Além disso, foi alegado que o Judiciário não tem o poder de obrigar alguém a amar outrem.¹⁴⁷

4.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS AO DEVER DE INDENIZAÇÃO

Alguns tribunais entendem que, caso comprovado o ato ilícito e dano, o dano moral estaria comprovado, ensejando a condenação do genitor ausente em pagamento de certa quantia de dinheiro.

Essa foi a posição do Tribunal de Justiça de Goiás, no qual após o autor perder em primeira instância, recorreu ao Tribunal, o qual reformulou a sentença. Eis a ementa¹⁴⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO RECONVENCIONAL. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDAR. COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES STJ.

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria, DJ: 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação Cível n: 02657633920168090175, Relator: JAIRO FERREIRA JUNIOR, Julgado em: 09/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/09/2019. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754885283/apelacao-cpc-2657633920168090175?ref=serp>> Acesso em: 12 de novembro de 2019.

1- O art.1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia.

2- "O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável." (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). PRIMEIRA APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SEGUNDA APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

(TJ-GO - Apelação Cível: 02657633920168090175, Relator: JAIRO FERREIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 09/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/09/2019).

Em decisão mais recente, data deste ano, 2019, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também se posicionou favorável a indenização em casos de abandono afetivo de menor, como demonstrado abaixo¹⁴⁹:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO DEMONSTRADO - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - COMPROVAÇÃO - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - DANO MORAL - OCORRÊNCIA. -

Não demonstrado pela parte ré o impedimento, por parte do perito judicial, da participação do assistente técnico na elaboração do laudo pericial, bem como a ocorrência de prejuízo dela decorrente, não há que se falar em cerceamento de defesa.

3 - A falta da relação paterno-filial, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana - Mostra-se cabível a indenização por

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível : AC 10024143239994001. Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira. Julgado em: 08/08/2019. Publicação no DJ: 20/08/2019. Disponível em:

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746203166/apelacao-civel-ac-10024143239994001-mg?ref=serp>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

danos morais decorrentes da violação dos direitos da criança, decorrente do abandono afetivo.

(TJ-MG - AC: 10024143239994001 MG, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 08/08/2019, Data de Publicação: 20/08/2019)

Como demonstrado acima, o posicionamento do STJ era de que não caberia condenação por abandono afetivo, mas tal entendimento foi mudado. Em uma ação proposta no Estado de São Paulo, a autora pediu indenização por danos materiais e morais contra seu genitor, o qual havia abandonado a mesma afetivamente durante sua infância e juventude.

A autora perdeu em primeira instância, pois o juiz entendeu que a culpa pelo distanciamento entre pai e filha se deu graças à mãe da autora, que não permitia a aproximação de ambos. Entretanto, em recurso de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, condenando o apelado ao pagamento de R\$415.000,00 ((quatrocentos e quinze mil reais) por ter abandonado afetivamente sua filha, como comprovado abaixo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - CR: 3613894200 SP, Relator: Daise Fajardo Nogueira Jacot, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Câmara de Direito Privado B, Data de Publicação: 17/12/2008).

Desse modo, o apelado recorreu ao STJ, através do Recurso Especial nº 1.159.242, alegando que não havia abandonado afetivamente sua filha e pleiteando que a decisão do acórdão não prosperasse. Assim, o STJ, a partir do julgado deste Recurso Especial, firmou entendimento no sentido contrário ao que havia anteriormente, ou seja, de que é possível a compensação por danos morais em casos de abandono afetivo de filhos menores de idade.

Segue a ementa do julgamento¹⁵⁰:

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, 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.

Em seu voto, a Ministra Relatora Nancy Andrichi, assim respaldou sua decisão:

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

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.159.242, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 24/04/2012. Publicado no DJ em: 10/05/2012. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7178/2/STJ%20Recurso%20Especial%201159242.pdf>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares. Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram o múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02). 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. (...) É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole. Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes: (...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.).

Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo, Atlas, pag. 75). Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. (...) **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. 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.**

Tal decisão do STJ foi de extrema importância para o tema, que é muito controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, servindo de parâmetro para outros julgamentos acerca do abandono afetivo.

4.3 REPARAÇÃO CIVIL

Para o entendimento sobre o alcance da responsabilidade civil que se propõe com a quantificação pecuniária do dano afetivo, mostra-se de suma importância que haja uma interpretação baseada nos princípios extraídos da Constituição Federal Brasileira, a fim de que se possa estudar o tema. Nesse sentido, o Código Civil, no passo da abertura do sistema e da tendência objetivista da responsabilidade civil, lançou novas bases dogmáticas para essa renovação; tais bases, ao mesmo tempo

que devem algo à doutrina anterior, exigem dela novas tendências, estudos e reflexões. Exigem, portanto, uma nova doutrina¹⁵¹.

Assim expõe Ricardo Lucas Calderón¹⁵²:

Aplicar pontual e isoladamente as categorias clássicas de ato ilícito, imprudência, negligência, imperícia, culpa, nexos causal e dano, a partir de conceitos estáticos de família, parentesco e poder familiar, muitas vezes em considerar tanto a realidade concreta como os princípios e os valores constitucionais atinentes, pode não contribuir para a construção de soluções adequadas aos casos de abandono afetivo.

É importante ressaltar que é necessário aprofundar o estudo da responsabilidade civil, sendo imprescindível uma interpretação civil-constitucional, além do próprio instituto da responsabilidade civil e seus elementos, diante das mudanças pelas quais passou o direito de família após o reflexo sobre si dos princípios constitucionais. E, sobre esse aspecto, parte considerável da doutrina e da jurisprudência vem contribuindo para atualização constante dos institutos de direito de família e das categorias da responsabilidade civil, ramos que são objeto de benéfica reconstrução contemporânea no cenário jurídico brasileiro¹⁵³.

É possível afirmar que o dever implícito de cuidar do filho está compreendido em: ações concretas, atitudes e valores devem evidenciar o cuidado com os filhos, desde o que diz respeito ao seu conforto físico e psíquico, a higiene do corpo e do ambiente, o apoio emocional e espiritual, e até mesmo a proteção, no sentido de segurança. Também estão incluídos diferentes significados de cuidado, como aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda, compartilhamento¹⁵⁴.

¹⁵¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Direito de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2010. P. 9.

¹⁵² CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 334-335).

¹⁵³ *Ibidem*, p. 335.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.336.

É importante ressaltar que o dever de cuidado não se confunde com o amor, sendo esse um ponto crucial que muitas vezes foi utilizado como justificativa e como óbice para o não reconhecimento da reparação por dano moral decorrente de abandono afetivo. Assim, como supracitado, o trecho em que a Ministra Relatora Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242, afirma que “amar é faculdade, cuidar é dever”, esclarece como amar e cuidar são valores diferenciados e não se confundem entre si. Até mesmo porque, o cuidado com o filho pode ser mensurado objetivamente através da observação concreta dos atos e atitudes paternas que atestam o cumprimento do dever de cuidado, como a presença no cotidiano do filho, o amparo, a solidariedade em suas ações e a convivência. Por outro lado, o amor, como sentimento subjetivo que é, não permite a valoração pelo julgador¹⁵⁵.

A subjetividade inerente ao amor impede que este seja tratado como categoria jurídica, visto que o Direito exige, para sua fundamentação e aplicação, um mínimo de objetividade, pois amar e cuidar são diferentes. Importante ressaltar que o amor não é jurídico, mas a sua juridicização pode ocorrer. ¹⁵⁶

Nas palavras de Maria Berenice Dias¹⁵⁷:

Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele, pois o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Assim, diante do novo olhar sobre o direito das famílias, o qual enxerga a família como berço de afetividade e solidariedade, não é mais suficiente que o genitor

¹⁵⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 359.

¹⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. As linhas que dividem amor e Direito nas constituições. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/direito-comparado-linhas-dividem-amor-direito-constituicoes>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2019.

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016. p. 470.

apenas cumpra com sua obrigação de fornecer bens materiais ao filho, como se assim pudesse não ter mais responsabilidades sobre o mesmo. O que prevalece na contemporaneidade são os laços de afetividade que são essenciais para um desenvolvimento psíquico, emocional e moral saudáveis da criança e do adolescente que, não mais poderão ser rejeitados pelo genitor ou relegados a segundo plano, ao menos perante o Poder Judiciário¹⁵⁸.

Até o advento do mais recente entendimento do STJ, a maioria dos pedidos de reconhecimento abandono afetivo e de sua conseqüente reparação civil eram indeferidos pelos magistrados sob a fundamentação de o abandono afetivo não poderia ser considerado um ato ilícito. Entretanto, a doutrina mais recente, amparada pela nova jurisprudência trazida pelo STJ, se manifesta no sentido de que essa nova decisão, demonstra um profundo impacto do reconhecimento do afeto como verdadeiro princípio da nossa ordem¹⁵⁹.

Analisando objetivamente a questão, o dever de convivência dos pais em relação aos filhos menores é expresso pelo art. 229 da Constituição Federal e pelo art. 1.634, incisos I e II do Código Civil. Se a violação desse dever – que se contrapõe a um direito subjetivo equivalente -, causar dano, estarão presentes os requisitos do ato ilícito civil, previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Para o STJ, através de entendimento esboçado pelo Informativo 496, “o descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão”, pois “tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*”. E, continua o aludido Informativo elucidando que é consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, p. 5-34, out./nov. 2012. P. 2.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº496, de 23 de abril a 04 de maio de 2012. Disponível em:

Nesse sentido, é importante ressaltar que a busca pela compensação através de dinheiro não está relacionada a uma indenização pela dor, mas tão somente a uma compensação pelo dano e injustiça sofridos, proporcionando ao ofendido uma atenuação, na qual poderá buscar atender às suas satisfações materiais ou ideais que reputar convincentes¹⁶¹.

A indenização por abandono afetivo de filho menor não é uma monetarização do amor, mas sim um modo de compensar a vítima pelo dano sofrido e punir o agente pela conduta antijurídica, inibindo casos parecidos¹⁶².

Para que haja a responsabilidade civil, é necessário analisar o caso concreto sob três aspectos: ato ilícito, dano e nexo causal. O primeiro pode ser somente moral, desde que ocorra uma violação de um dever jurídico. O dano também pode ser apenas moral, enquanto que o nexo causal é a relação entre o ato cometido e o prejuízo sofrido por outrem¹⁶³.

Compatibilizando os elementos supracitados com o tema, para que ocorra o primeiro fator, o ato ilícito, é necessário que exista um fato, uma omissão do genitor em cuidar de seu filho, desrespeitando as leis, como Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, entre outros supracitados¹⁶⁴.

Quanto ao segundo fator, o dano, é essencial que ele exista no caso concreto, caso contrário não poderá haver condenação em casos de abandono afetivo. O filho menor de idade deve ter sido prejudicado em algum modo na sua psique, tendo ocorrido sofrimento e sequelas em sua personalidade. Tal dano deve ser comprovado nos autos do processo, através de perícia, como um laudo psicológico de um profissional habilitado, a fim de que se comprove que realmente existiu. Por último, é

<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270496%27&tipo=informativo>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório**. In: Atualidades jurídicas 2. São Paulo: Saraiva, 2001. P.248. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.4. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.368.

¹⁶² NETA, Aina Hohenfeld Angelini. **Convivência Parental e Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 198.

¹⁶³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P.212.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.222.

preciso haver o nexo causal, de modo que o dano sofrido possa ser considerado consequência do ato ou fato praticado¹⁶⁵.

Portanto, conclui-se que não são todos os casos de abandono afetivo em que deve haver condenação do genitor omissor, mas somente naqueles em que os elementos do instituto da responsabilidade civil estiverem presentes, conjugado com os princípios inerentes ao direito das famílias.

¹⁶⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P.221.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que este é um tema bastante controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O fato de não haverem leis específicas sobre o abandono afetivo contribui para as inúmeras decisões diferentes nos tribunais brasileiros, tornando-se o assunto muito subjetivo.

Entretanto, projetos de lei tentam regulamentar a matéria, a fim de que o tema fique pacificado nos tribunais brasileiros, uma vez que há respaldo nas leis e nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro para que ocorra a indenização civil em casos de abandono afetivo de uma criança ou adolescente.

Até mesmo o STJ entende atualmente que cabe indenização em dinheiro a um menor que não teve seu genitor o cuidado que deveria. Como entendeu a Ministra Relatora Nancy Andrighi, ninguém é obrigado a amar e o Direito nunca teria poderes para tanto, mas é dever dos pais cuidar e proteger seus filhos, sendo isto uma imposição, e não uma mera faculdade.

O Direito das famílias muito evoluiu com o tempo, fazendo com que os menores de idade recebessem proteção através do sistema jurídico, deixando de serem propriedade do *pater familias* estarem a mercê das vontades do mesmo.

Além disso, é relevante citar que não somente as leis regem o ordenamento jurídico, mas também os princípios que o norteiam. Os pais possuem o dever de cuidar e proteger sua prole, e isso deve ser ponderado também no caso concreto.

É importante ressaltar que, através do estudo feito neste presente trabalho, chegou-se à conclusão de que é possível a indenização civil em decorrência de abandono afetivo de menor, mas não em todos os casos. Cada caso concreto deve ser analisado individualmente, e o genitor omissivo somente deve ser condenado a pagar quantias de dinheiro a seu filho caso estejam presentes os requisitos do instituto da responsabilidade civil, tais como fato, dano e nexos causal.

Caso o genitor, por exemplo, tenha sido ausente durante a infância e juventude de seu filho, mas isso em nada prejudicou o menor, não se falar em condenação.

Portanto, tudo dependerá do caso concreto, e o juiz pode ter auxílios para ajudá-lo em sua decisão, como um laudo pericial para averiguar o dano e o nexa causal.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Euclides da Cunha de. Separação e divórcio-teoria e prática. 5 ed. São Paulo: Livraria e Editora universitária de direito, 1999.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IB-DFAM/Síntese, n. 14, jul./set. 2002.

BARROS, Sergio Resende. Direitos humanos da família: principais e operacionais. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 04 de setembro de 2019.

BELOFF, Mary. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2004, p. 35. apud LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.212/2015. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D59084EE31883231533062DD88AFD907.proposicoesWebExterno2?codteor=1396365&file name=PL+3212/2015> Acesso em 04 de outubro de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.294/2008. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº496, de 23 de abril a 04 de maio de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270496%27&tipo=informativo>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.159.242, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 24/04/2012. Publicado no DJ em: 10/05/2012. Disponível em:

<<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7178/2/STJ%20Recurso%20Especial%201159242.pdf>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria, DJ: 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Câmara cível. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01.04.2004. Rel. Unias Silva. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação Cível n: 02657633920168090175, Relator: JAIRO FERREIRA JUNIOR, Julgado em: 09/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/09/2019. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754885283/apelacao-cpc-2657633920168090175?ref=serp>> Acesso em: 12 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível : AC 10024143239994001. Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira. Julgado em: 08/08/2019. Publicação no DJ: 20/08/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746203166/apelacao-civel-ac-10024143239994001-mg?ref=serp>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70057020083, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113508940/apelacao-civel-ac-70057020083-rs>> Acesso em: 03 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70060154150, Sétima Câmara Cível. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 02/07/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126514430/apelacao-civel-ac-70060154150-rs/inteiro-teor-126514440?ref=juris-tabs>> Acesso em: 03 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072403116, Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Ivan Leonel Bruxel, julgado em: 08/02/2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548863788/apelacao-civel-ac-70072403116-rs/inteiro-teor-548863808?ref=serp>> Acesso em: 04 de novembro de 2019.

BULHÕES, Antônio. Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=967997&filename=Parecer-CCJC-07-03-2012> Acesso em: 12 de outubro de 2019.

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

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Direito de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2010.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. V.5. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: Atualidades jurídicas 2. São Paulo: Saraiva, 2001. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, v.4. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calon Nogueira. Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GOETZ, Everley R.; VIEIRA, Mauro L. Pai Real, Pai Ideal. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

GOMES, Orlando. Direito de Família, 1ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1968 apud OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho. 3 ed. São Paulo: Destaque.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 1, p. 10, abr./maio 1999. apud DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais, Juruá Editora, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2007

MELO, Gerlanne Luiza Santos de. Convivência familiar: direito da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

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

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Convivência Parental e Responsabilidade Civil, São Paulo: Juruá Editora, 2016.

ONU. Declaração do direito das crianças. Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf> Acesso em: 07 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho. 3 ed. São Paulo: Destaque.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v.5: direito de família. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de família e o novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Direito da criança e do adolescente. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional, São Paulo: Renovar, 2008.

_____. Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

RAUPP, Valdir. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o projeto de lei nº 700/2007. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4002514&disposition=inline>> Acesso em 08 de outubro de 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. As linhas que dividem amor e Direito nas constituições. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/direito-comparado-linhas-dividem-amor-direito-constituicoes>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2019.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Volume 6. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Abandono Afetivo Paterno: O dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ. Revista de Direito da FAT, v. 10, 2013. Disponível em: <http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao10/convidados/ABANDONO_AFETIVO_PATERNO_artigo.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família. V.5. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, 2012.

_____. O Princípio da Solidariedade e algumas das suas implicações em Direito de Família. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 30, out./nov. 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre público e privado. VIII CONGRESSO NACIONAL DO IBDFAM. Família: entre o público e o privado. Anais... PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Porto Alegre: Magister/Ibdfam, 2012.

_____. Um país sem jurisprudência, 2014. Revista Brasileira de Direito de Família. 11. ed. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e Direito. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999. apud DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, set. 1994.