

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THAIS FERREIRA DE ALMEIDA

O CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

DEZEMBRO DE 2016

THAIS FERREIRA DE ALMEIDA

CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de monografia apresentado ao Curso de Graduação
em Direito como requisito parcial para obtenção título de
Graduado em Direito.

Orientador: Cristian FetterMold.

BRASÍLIA-DF

DEZEMBRO 2016

THAIS FERREIRA DE ALMEIDA

O CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de monografia apresentado ao Curso de Graduação
em Direito como requisito parcial para obtenção título de
Graduado em Direito.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em _____, com menção
_____.

Banca examinadora:

Cristian FetterMold

Julia Maurmann Ximenes

BRASÍLIA-DF

DEZEMBRO 2016

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise da conceituação do abandono afetivo, especialmente quanto à diferenciação do dever de amar e cuidar da prole. Através da análise doutrinária e jurisprudencial do tema, notou-se que o amor é um sentimento subjetivo e relacionado às emoções, enquanto o cuidado é uma conduta objetiva, uma atitude do genitor de prover atenção, zelo e educação ao seu filho. Concluiu-se que, para a doutrina, é possível um genitor cuidar de seu filho (atitudes e condutas concretas), cumprindo seus deveres legais, e ainda assim, não o amar (sentimento e emoções internas do genitor). O trabalho ainda faz uma análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, e de alguns outros Tribunais que ainda não aceitam a ideia de que o abandono afetivo pode ser indenizável.

Palavras-chave: Abandono afetivo; Responsabilidade Civil; Amor; Cuidado; Sentimento; Conduta;

ABSTRACT:

The present work analyzes the conceptualization of affective abandonment, especially regarding the differentiation of the duty to love and care for the offspring. Through the doctrinal and jurisprudential analysis of the theme, it was noted that love is a subjective and emotion-related feeling, while care is an objective behavior, an attitude of the parent to provide attention, zeal and education to his child. It was concluded that, for the doctrine, it is possible for a father to take care of his son (concrete attitudes and behaviors), fulfilling his legal duties, and still not to love him (feeling and inner emotions of the parent). The work also demonstrates a jurisprudential analysis of the subject, and the controversy of the courts to conceptualize the abandonment affective indemnity, necessitating the verification of several factors that immensely impede the judicial access of the abandoned child to the judicial benefit that is due to him.

KEY-WORDS: Affective abandonment; Civil responsibility; Love; Caution; Feeling; Conduct;

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto das Crianças e dos Adolescentes

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

ART. – Artigo

SUMÁRIO

Introdução	08
1 - Direitos da criança e do adolescente	10
1.1 – Evolução histórica dos direitos das crianças e adolescentes.....	10
1.2 – Princípio da Proteção Integral.....	16
1.3 – Princípio da Prioridade Absoluta.....	18
1.4 – Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	19
2 - Função social da família	22
2.1 – Conceito de família.....	22
2.2 – Importância da família.....	25
2.3 – Direito à convivência familiar.....	28
3 - Conceito de abandono afetivo	32
3.1 – O conceito.....	32
3.2 – Abandono afetivo e alienação parental.....	37
4 - Dever de amar x dever de cuidar	40
5 – Responsabilidade civil no Direito de Família	44
6 - Análise de algumas decisões sobre abandono afetivo	53
Conclusão	60
Referências	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o conceito de abandono afetivo e sua correlação com a responsabilidade civil. A razão da escolha deste tema ocorreu a partir do aparente conflito existente na doutrina quanto à possibilidade de indenizar o filho abandonado afetivamente pelo genitor. Constatou-se que a divergência se dava em razão da possibilidade ou não de se impor aos pais o dever de amarem seus filhos. No entanto, os defensores da corrente favorável à indenização salientam que não há uma imposição de amar, e sim o dever de cuidar da prole. Para estes, o amor possui um caráter subjetivo, sentimental e interno do indivíduo; já o cuidado teria um caráter objetivo, comportamental e de conduta, portanto, passível de imposição estatal.

Por tudo isso, questiona-se se a condenação indenizatória de danos morais por abandono afetivo está realmente relacionada à ausência de sentimento amoroso dos pais em relação aos seus filhos, ou à ausência de condutas e atitudes objetivas e concretas de cuidado, zelo e educação por parte do genitor?

Segundo uma análise preliminar da matéria, parece-nos que só seria possível condenar o genitor negligente em razão de condutas específicas e objetivas e não em razão de emoções e sentimentos internos do mesmo. Ainda assim, tudo isso será analisado no decorrer do presente trabalho até que se chegue a uma conclusão do tema.

O tema analisado é de suma importância social, tendo em vista a grande quantidade de processos que chegam aos tribunais tratando de casos de abandono parental afetivo. Diante da larga escala de julgados do tema, vemos que se faz necessária uma padronização dos conceitos de abandono afetivo, e ainda dos seus critérios de caracterização; tudo isso, em primazia ao Princípio da Segurança Jurídica.

O eixo metodológico deste trabalho é dogmático e instrumental, uma vez que utiliza a doutrina e a legislação, assim como alguns julgados, especialmente do Superior Tribunal de Justiça. Como marco teórico deste trabalho tivemos o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira, que é Presidente do Instituto Brasileiro de

Direito de Família, e foi o pioneiro na defesa dos interesses do menor que tenham sofrido abandono afetivo.

Para chegar à finalidade do trabalho, iniciou-se a pesquisa através da evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes no decorrer da história, uma vez que a prevenção do abandono afetivo tem por fim justamente proteger o infante. Em seguida, passa-se a uma análise da importância da família, e sua função social. A partir desse ponto, este trabalho passa a analisar os conceitos de abandono afetivo nas referências utilizadas, para em seguida estudar a diferenciação de um suposto dever de amar e o dever de cuidado. Após tudo isso, ainda se fez necessário observar os aspectos de correlação entre a Responsabilidade Civil e o Direito de Família, tendo em vista que a posição da doutrina durante anos foi no sentido de impossibilitar indenizações entre membros da mesma família. Como desfecho, este trabalho analisa alguns julgados dos tribunais, para constatar quais são aqueles que ainda resistem à posição pacificada no STJ de que o abandono afetivo é passível de indenização. Ainda quanto aos julgados, analisa-se também as posições dos Ministros do STJ a respeito dos critérios de caracterização necessários à indenização por abandono afetivo.

1 - OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO TEMPO

1.1 – Evolução histórica dos direitos das crianças e adolescentes

O que hoje conhecemos como poder familiar, durante muitos anos foi denominado pátrio poder, originado da expressão “*pater familiae*” no direito romano. Segundo entendimento de Antônio Cesar Lima¹, o poder paternal existe desde os primeiros registros históricos.

Na mesma obra, o autor ensina que “o pai de família (*pater familiae*) era a autoridade máxima no clã familiar, com um poder quase ilimitado sobre a criança”². Esse poder irrestrito do pai podia gerar uma situação de vulnerabilidade nas crianças, eis que elas não possuíam proteção estatal. As crianças eram responsabilidade de seu pai, e, portanto, não cabia ao Estado adentrar no seio familiar e destituir a autoridade paternal. O autor conclui que “esse poder sobre os filhos era quase absoluto, não havendo qualquer valoração à sua vida ou liberdade”.³

Analisando os fundamentos romanos do pátrio poder, Andreia Rodrigues Amim alega que:

Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objetos de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte de seus descendentes.⁴

Podemos começar a ver o início de uma preocupação com a família já no direito canônico, especialmente quanto ao instituto do casamento. Durante o período em questão, se questiona especialmente a dissolubilidade ou não do casamento, restando incontroverso o fato de que só há proteção estatal e familiar para os filhos legítimos (aqueles tidos dentro do laço matrimonial). Segundo Arnoldo Wald:

¹ LIMA, Antônio Cesar. **Direitos Da Criança e Do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 02.

² LIMA, Antônio Cesar. Op. cit. p. 03.

³ LIMA, Antônio Cesar. Op. Cit. p. 02.

⁴ AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança e Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 44.

Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado⁵.

A Igreja Católica exerceu muita influência nas relações civis no período citado, entretanto, com o tempo é de conhecimento comum, Ela foi se tornando cada vez menos influente com o passar dos anos.

Podemos ver isso significativamente quando o autor Wald⁶ destaca as determinações das Ordenações Filipinas, que no Livro IV, Título 46, revelam dois tipos distintos de matrimônio: “Por palavra de presente à porta da Igreja ou por licença do prelado fora dela, havendo cópula carnal” (§1º) e “em pública voz e fama de marido por tanto tempo, que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente” (§2º).

Segundo o autor, seria o primeiro seria o matrimônio realizado pela autoridade eclesiástica, e o segundo, seria o matrimônio de fato, que é conhecido por todos, mas jamais recebeu a benção da Igreja – que na época, também era chamado de marido conhecido. Podemos ver que a semelhança entre este último instituto e o nosso recente instituto da União Estável é imenso. Ainda que os filhos legítimos continuassem a ser apenas aqueles tidos dentro do laço matrimonial, à época, os parâmetros de definição do casamento foram mais alargados, de modo a ampliar o conceito.

No Brasil, a Lei 20-10-1823 consolidou as leis portuguesas em solo brasileiro até que fosse promulgado um Código próprio para a nação. Ocorreram algumas tentativas legislativas nesse sentido por algum tempo, chegando a haver promulgação da Lei 1.144/1861, e outros Decretos que regulavam o Direito de Família, sempre vinculado à Igreja. Apenas após a Proclamação da República é que houve a iminência de um Estado Laico. Nas palavras de Wald:

⁵ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Correia da. **Direito Civil: Direito de família**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. P. 37.

⁶ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Correia da. Op. Cit. p. 42.

A proclamação da república teve como corolário a desvinculação da Igreja em relação ao Estado. A primeira Constituição republicana, no seu art. 72, §4º, esclareceu que só reconhecia o *casamento civil, cuja celebração será gratuita*.⁷

Apesar das alterações legislativas quanto ao casamento civil, sem interferência da Igreja, ainda assim houve nuances do Direito de Família que foram mantidas no Código Civil de 1916⁸, onde, por exemplo, restava protegida a autoridade paternal soberana e muitos dos conceitos acima citados. O artigo 379 do referido diploma, determinava que enquanto os filhos reconhecidos forem menores de idade, estavam sujeitos ao pátrio poder. No artigo seguinte, estabeleceu-se que o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo pai, e apenas na sua falta é que a mulher o poderia exercer. Em 1962, a lei 4.121 alterou o texto para dizer que o pátrio poder era “dos pais”, mas era exercido pelo pai, com colaboração da mulher. Ainda assim, juntamente com essa alteração, veio a determinação legal de que em caso de divergência quanto à uma decisão familiar, prevalecia a decisão do pai – ressalvada a possibilidade de a mãe recorrer ao Judiciário. Este Código possuía um caráter patrimonialista, de modo que até mesmo o Direito de Família era voltado mais às coisas, que às pessoas.

Neste contexto histórico, o nosso ordenamento previa expressamente o marido como “chefe da sociedade conjugal” (art. 233), além de prever que a mulher casada era considerada relativamente incapaz (art. 6). Em sua redação original, o Código ainda previa em seu art. 358, que os filhos incestuosos ou adulterinos não poderiam ser reconhecidos. Sem contar que ainda havia previsão legal expressa no sentido que o pai não poderia exercer o pátrio poder sobre filhos ilegítimos (art. 383).

Como narrado acima, o Direito Canônico influenciou potencialmente a legislação brasileira, uma vez que Portugal priorizava as relações eclesiásticas, e as leis portuguesas regeram o ordenamento jurídico brasileiro durante anos. Mesmo após a Proclamação da República já se havia criado uma cultura entre a população,

⁷WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Correia da. **Direito Civil: Direito de família**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. P. 42.

⁸ BRASIL, Lei 3.071 de Janeiro de 1916.

e muitos dos costumes canônicos, dentre eles, a rejeição de filhos ilegítimos, foram mantidas pelo Código Civil de 1916.

Em 1979, temos a promulgação da Lei 6.697⁹, também conhecida como Código de Menores, que foi uma iniciativa legislativa, numa tentativa de proteger (ainda que de maneira precária) os direitos da criança e do adolescente. Pautava-se pelo instituto da Situação Irregular, onde o Estado tinha o dever de cuidar das crianças e adolescentes que estivessem expostas em determinadas situações previstas previamente em um rol taxativo do Código, previsto no art. 2º da lei, conforme será analisado abaixo.

Apesar de tais conceitos serem pouco aceitos em nossa sociedade atual, as normas foram regidas dessa maneira por muitos anos. Exatamente em razão das mudanças sociais geradas com o passar do tempo, é que o nosso ordenamento acabou sofrendo graves mudanças com relação a essa visão patrimonial do direito civil.

Danielle Rinaldi¹⁰, versando a respeito do advento da nova Constituinte faz a seguinte afirmação:

Como consequência do quase absoluto descontentamento social com relação ao tratamento jurídico que até então se concedia aos indivíduos ainda em desenvolvimento, adveio, com a Constituição de 1988, um esparso conjunto de Princípios e direitos fundamentais destinado especificamente a esta parcela da população.

A partir da positivação da nossa Carta Magna¹¹, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a permear todo e qualquer direito infraconstitucional. Dessa forma, muitas normas antes previstas no Código Civil¹² vigente à época perderam espaço, e não foram recepcionados pela Constituição.

⁹ BRASIL, Lei 6.697 de Outubro de 1979.

¹⁰ BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. **Direito Da Criança e Do Adolescente**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. P. 27.

¹¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

¹² BRASIL, Lei 3.071 de Janeiro de 1916.

A Dignidade da Pessoa Humana é um Princípio basilar para o nosso estado de direito constitucional. A autora supracitada, ao se delongar a respeito deste Princípio constitucional afirma que “Trata-se não de um direito, mas de um valor supremo, irrenunciável, intangível, inerente à condição de ser humano e existente desde o nascimento com vida”¹³.

O ponto alto dessa afirmação, entretanto, ocorre mais a frente, quando a autora conclui que:

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também alcança crianças e adolescentes, uma vez que sua incidência condiciona-se tão somente à constatação da condição humana daquele que se visa proteger.¹⁴

A autora ainda destaca, que além do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, outro instituto que elevou os direitos das crianças e adolescentes, foi o Princípio da Igualdade. Quanto à desigualdade existente entre os adultos e as crianças, a doutrinadora afirma que:

Esta peculiar condição de pessoa em desenvolvimento inexistente no mundo adulto, acarreta nítida desigualdade substantiva entre os indivíduos que se encontram em diferentes etapas da vida, merecendo, por isso, maior atenção da lei.¹⁵

Conclui em seguida, que, em razão da igualdade material trazida pela nova Constituinte, se fez necessário garantir uma maior proteção legal às crianças e adolescentes, de modo a tratar os desiguais, desigualmente na medida de suas desigualdades.

Esses Princípios basilares geraram as normas constitucionais específicas que vieram solidificar uma proteção estatal aos direitos das crianças e adolescentes. A Constituição Federal¹⁶, no art. 226 afirma que “a família, base da sociedade, tem

¹³BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. **Direito Da Criança E Do Adolescente**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. P. 28.

¹⁴BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. Op. Cit. p. 29.

¹⁵ BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. Op. Cit. 30.

¹⁶ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

proteção do Estado”. Mas, o texto constitucional não para nesse ponto. No artigo seguinte, temos a positivação expressa dos deveres da família diante da vida que está sendo gerada naquele seio familiar. É a primeira menção legal a um caráter social e integrativo da família. Vejamos o texto:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁷

A Constituição não só iguala os direitos dos filhos ilegítimos aos dos filhos legítimos, como também veda expressamente no §6º do art. 227, todo e qualquer tipo de discriminação entre eles. Tudo isso, sem contar as previsões dos parágrafos do art. 226, entre os quais podemos citar o reconhecimento da união estável com proteção estatal (§3º), a previsão de divórcio (§6º) e a igualdade entre os homens e mulheres na sociedade conjugal (§5º).

O §7º do art. 226, ainda prevê o Princípio da Paternidade Responsável, para garantir que mesmo que o planejamento familiar seja de livre decisão do casal, ainda assim, os pais são responsáveis pelas consequências geradas pelas suas decisões (eventual nascimento de um filho), independentemente de desejarem ou não. Para finalizar, a Constituinte ainda se preocupou em positivar o dever dos pais em “assistir, criar e educar os filhos menores” (art. 229).

Com todo esse impacto social gerado pela nova Constituição Federal, o Código Civil de 1916 logo se tornou obsoleto, de modo que se tornou necessária toda uma reformulação do ordenamento civil, que sairia da ideia patrimonial para chegar aos basilares da Constituição.

Os dispositivos constitucionais supracitados levaram à necessidade de substituição do Código de Menores citado anteriormente, uma vez que a suposta proteção que este exercia ainda possuía um caráter punitivo às crianças, levando-

¹⁷ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

nos diretamente à aprovação da Lei 8.069, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸, que possui um caráter protetivo a elas. Sobre as diferenças entre os estatutos, Andrea Amim conclui que:

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina de situação irregular, mas sim a *todas* as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos de desenvolvimento¹⁹.

O Estatuto das crianças e dos adolescentes, em conjunto com os dispositivos constitucionais levaram à positivação de Princípios diretamente relacionados à proteção da infância e juventude, que serão estudados abaixo.

1.2 - Princípio Da Proteção Integral

Até o advento da nova Constituição, a regulamentação atual era a da situação irregular, que estava prevista no art. 2º do Código de Menores. Este Código regulava apenas uma parcela da população infante com base em situações específicas previstas em lei. Não havia uma proteção às crianças em geral, mas, apenas àquelas que estavam em um estado crítico, consideradas em situação irregular.

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - Privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

¹⁸ BRASIL, Lei 8.069 de Julho de 1990.

¹⁹ AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança e Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 51.

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes.²⁰

IV - Privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - Autor de infração penal.

Vemos, então, que a maior parte das crianças em situação irregular eram aquelas que vinham de lares pobres, ou marginalizadas. As previsões deste Código não continham uma proteção aos infantes, mas na verdade, uma proteção da sociedade com relação a estes “pequenos infratores”.

A mudança deste paradigma se deu com o advento do art. 227 da CF, que já foi mencionado acima. É então que se garante a proteção estatal a todas as crianças, sem discriminação, garantindo a estas o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Danielli Rinaldi observa que “com o advento deste novo paradigma, põe-se fim à perversa discriminação jurídica que determinava o Direito aplicável à criança/adolescente de acordo com a situação econômica de sua família”²¹.

Em sede legal temos ainda o Estatuto da Criança²² e do que em seus arts. 1º e 3º também legalizaram este instituto jurídico, garantindo expressamente que as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. O artigo 4º do ECA também traz a previsão de diversos deveres da família, da comunidade, e até mesmo da comunidade em geral diante das necessidades infanto-juvenis.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação

²⁰ BRASIL, Lei 6.697 de Outubro de 1979.

²¹ BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. **Direito Da Criança e Do Adolescente**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. P. 33.

²² BRASIL, Lei 8.069 de Julho de 1990.

dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O art. 4º do Estatuto ainda veda expressamente todo tipo de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão às crianças e adolescentes, prevendo ainda punições estatais para aqueles que infringirem seus direitos.

Dessa forma, vemos que o grande diferencial deste Princípio é a previsão de proteção à todas as crianças, indiscriminadamente. O grande ponto, portanto, é esse conceito abrangente da proteção integral é frontalmente diferente da previsão legal anterior – a de situação irregular, prevista no Código de menores.

1.3 – Princípio da Prioridade Absoluta

O Princípio da Prioridade Absoluta é outro que tem sua sede constitucional no art. 227 da CF. A sua posituação legal também está presente no ECA, em seu artigo 4º, onde vemos que todos os direitos previstos constitucionalmente às crianças e catalogados acima, devem ser assegurados com absoluta prioridade.

É válido lembrar que não só as crianças possuem prioridade absoluta em seus direitos, mas os idosos também. O Estatuto do idoso²³ prevê em seu artigo 3º o Princípio da Prioridade Absoluta dos direitos dos idosos. Entretanto, um ponto importante a se destacar é que, enquanto o Princípio dos idosos tem sede legal, o Princípio que protege as crianças tem sede constitucional. Assim, há de se entender, que em meio a um conflito de interesses, em regra, há de prevalecer o direito das crianças e dos adolescentes.

Inclusive, Andrea Amin²⁴ traz o exemplo de um caso onde o administrador público está se decidindo entre a construção de uma creche e um abrigo para idosos. Segundo a autora, a administração pública necessariamente deverá optar

²³ BRASIL, Lei 10.741, de outubro de 2003.

²⁴AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 60.

pela creche, eis que a prioridade dos idosos tem sede legal, enquanto a prioridade absoluta das crianças é prevista na Constituição.

No entanto, é interessante lembrar o art. 230 da Constituição Federal²⁵ que prevê que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O texto constitucional não é expreso quanto à prioridade absoluta dos Idosos, como o faz com as crianças no art. 227, mas ainda assim, nota-se uma preocupação constitucional expressa quanto ao bem-estar desta classe social.

Ademais, o Legislador Constituinte não delimitou os parâmetros a respeito do que se trata a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes, apenas garantindo-a de modo amplo, de forma que podemos entender que tais direitos devem prevalecer em qualquer esfera, seja na judicial ou extrajudicial, na administrativa, social ou familiar, uma vez que não houve restrição constituição desse direito.

Em sede legal, o parágrafo único do art. 4º do ECA ainda estabelece a abrangência do Princípio da Prioridade Absoluta, conforme vemos abaixo transcrito:

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.

Analisando a história da atenção legal do nosso ordenamento com relação à fase infanto-juvenil vemos que houve um grande avanço com estes institutos positivados.

1.4 - Princípio Do Melhor Interesse Da Criança

²⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988

Das lições de Andrea Amim²⁶ podemos abstrair que este Princípio teve sua origem no instituto protetivo do *parens patriem*, originado no direito anglo-saxônico, que outorgava ao Estado o dever de cuidar daqueles que não podiam cuidar de si mesmos.

Assim, a autora ensina que desde a Declaração dos Direitos da Criança, assinada em 1959, já vem se garantindo, de maneira quase universal, a primazia dos interesses dos infantes. Por essa razão, desde o Código de Menores, em seu art. 5º, já tínhamos a previsão deste instituto.

Entretanto, é interessante notar que o Código de menores²⁷ protegia apenas as crianças que se encontravam em situação irregular. Já na vigência do ECA, em razão do Princípio da Proteção Integral, todas as crianças e adolescentes estão protegidos em seus interesses, independentemente da sua situação.

Antônio Cesar Lima da Fonseca²⁸ ainda faz questão de lembrar-nos, que este seria “o Princípio dos Princípios” em sua opinião. E mais a frente, esclarece que não podemos confundir-lo com o Princípio da Prioridade Absoluta. Em suas palavras:

A prioridade absoluta, assim como os direitos fundamentais, tem origem constitucional (art. 227, caput, CF), sendo que o superior interesse tem origem nos Tratados internacionais (Convenção internacional de 1989), integrante dos acertos de proteção internacional de crianças e adolescentes²⁹.

O Princípio do Melhor Interesse infante-juvenil não poderia ser considerado uma norma em sentido estrito, e sim uma forma de interpretação das normas já existentes. É método de ponderação, de modo que sempre se estiver em dúvida entre que ação tomar, deve-se tomar aquela que melhor favoreça os interesses da criança ou do adolescente.

²⁶ AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 68.

²⁷ BRASIL, Lei 6.697 de Outubro de 1979.

²⁸ LIMA, Antônio Cesar. **Direitos Da Criança E Do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. P. 12.

²⁹ LIMA, Antônio Cesar. Op. Cit. p. 13.

Trata-se de Princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras.³⁰

A autora ainda destaca um ponto de suma importância quando diz que este Princípio tem como destinatário final a própria criança, e não os pais, avós ou responsáveis. O interesse resguardado aqui é o do menor, e não de seu representante legal.

Os institutos e Princípios acima assinalados foram desenvolvidos ao longo do tempo e da história da humanidade, gerando uma proteção estatal à família e ao infante como indivíduo titular de direitos. A proteção do Estado surgiu com base na premissa de que a família é importante para o Estado e para a sociedade.

Nesse sentido, alguns estudiosos têm concluído que a família possui uma função social que lhe é atribuída, especialmente quanto às crianças e adolescentes que ainda se encontram em fase de desenvolvimento. Portanto, considerando que as crianças ainda são absolutamente incapazes civilmente, é necessária a preservação do instituto que cuida desses seres humanos que ainda não estão plenamente desenvolvidos para exercer sua atividade como cidadãos. É válido lembrar, que sem a existência das famílias, as crianças estariam sob a dependência do Estado até atingirem a maioridade, como é o caso das crianças abandonadas ou órfãs. Por tudo isso, cabe uma análise mais aprofundada a respeito da importância de tal instituto na sociedade.

³⁰ AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 69.

2 – DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

2.1 - Conceito de família

Antes de aprofundar os nossos conhecimentos no assunto em tela, precisamos conhecer qual é o nosso objeto de estudo. Assim, é pertinente aprofundarmos nossos estudos quanto ao instituto da família, que é aquele que origina todos os demais a serem estudados no presente trabalho.

Rodrigo da Cunha Pereira, ao fazer uma análise psicanalítica do Direito de Família, afirma já no início de sua obra que a família “é a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas”³¹. Portanto, podemos ver a importância basilar deste instituto em meio ao desenvolvimento da sociedade.

Se nos pautamos em doutrinadores mais conservadores para chegar a uma definição de família, podemos acolher o conceito de Clóvis Beviláquia que definia a família como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende, ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie³².

Destacamos do trecho acima o fato de que aos olhos do referido Jurista, a Constituição de uma família se dá especialmente em razão do vínculo de consanguinidade, ainda que alguns doutrinadores mais modernos considerem que as relações socioafetivas também são capazes de criar laços familiares, e, portanto, constituir família – como será estudado mais abaixo.

Há também alguns doutrinadores que consideram que família está intrinsecamente ligada ao casamento dos genitores. Entre eles podemos citar Orlando Gomes, que assim afirma:

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. P. 01.

³² BEVILÁQUIA, Clóvis, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. P. 01.

Somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social³³.

Antes da Constituição de 1988, o que regulava o direito das famílias era o Código Civil de 1916, conhecido por seu caráter patrimonialista. Assim, alguns doutrinadores como Leonardo Barreto Moreira Alves afirmam que a família era mantida a todo custo, em razão de seu cunho econômico. Para ele “pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, a dignidade deles era secundária”³⁴. Assim, pensando sob esse aspecto financeiro, podemos compreender porque as famílias estavam tão atreladas ao casamento. Não fazia sentido se preocupar com a infelicidade dos envolvidos. Divórcios geram um caos econômico dentro das famílias, e por isso ele era vedado. O ponto aqui, era a vida econômica dos integrantes daquela família.

Entretanto, a nova Constituição alterou esse pensamento de maneira dinâmica, não só quando reconheceu como entidade familiar “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, tendo um termo muito mais abrangente que o anterior, mas também quando reconheceu como Princípio basilar do nosso ordenamento jurídico a Dignidade da Pessoa Humana, como foi estudado acima. Este Princípio impactou não apenas o tratamento das crianças e dos adolescentes, mas o Direito de Família (senão, o ordenamento jurídico) como um todo.

Importante destacar desde já as palavras de Dimas Messias de Carvalho quando afirma que:

A família atual mantém sua importância como célula *mater* da sociedade e tem especial proteção do Estado (art. 226 da CF),

³³ GOMES, Orlando. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 02.

³⁴ LIMA, Ricardo Alves de. Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 56. In: CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

entretanto, o elemento agregador deixa de ser exclusivamente jurídico, assumindo maior importância a comunhão de afetos.³⁵

Para Rodrigo da Cunha Pereira³⁶, isto é uma evolução para o conceito de família, que abrangeria não só a concepção gerada no âmbito de um casamento, mas também aquela que advir de uma união estável. Dimas Messias de Carvalho vai mais além, e ainda afirma que “a entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano”³⁷. Cristiano Chaves Farias e Nelson ROSENVALD também aderem a essa conceituação ampla de Direito de Família, afirmando que

Funda-se, portanto, a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles³⁸.

O conceito legal mais recente e amplo é aquele trazido pela Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que define família como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Podemos extrair deste trecho o quanto o conceito de família atual está amplo, não se restringindo ao casamento, ou aos laços consanguíneos, mas sim aos laços da afetividade e de *intuito familiare*.

Vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente também traz um conceito amplo de família, através do instituto da família extensa ou ampliada, onde podemos ver que o critério base para sua constatação é o laço de afinidade que estes possuam com o menor.

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente

³⁵CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 07.

³⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

³⁸FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 05.

convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (art. 25 Parágrafo único, ECA)

Ademais, os tribunais também têm começado a acatar este posicionamento, como podemos ver no trecho abaixo transcrito de um acórdão do TJRS:

A inserção da criança em núcleo da família extensa deve ter por pressuposto a existência de convivência e de vínculos de afinidade e afetividade entre os parentes e o menor, já que a configuração da família extensa não se resume à mera proximidade de grau de parentesco, tal como estabelece o art. 25, parágrafo único, do ECA.(TJ-RS - AC: 70057304263).³⁹

Nesse sentido, podemos ver que o conceito de família tem sido ampliado não só pela doutrina, mas também nos conceitos legais e tem sido aplicado nos tribunais. Logo, para todos os efeitos, o conceito de família tradicional tem sido superado pelo conceito atual e moderno, que é baseado na relação afetiva entre os integrantes daquele seio familiar, e não apenas com base no laço sanguíneo.

2.2 - Importância da família

Ao longo dos anos, a família tem sido protegida pelo Estado, em razão de seu caráter essencial ao desenvolvimento sadio da sociedade. Dimas Messias de Carvalho entende que:

A família serve, assim, como ambiente propício para promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, propiciando o alcance da felicidade. A família atual é pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou por outra origem (socioafetiva), é uma unidade socioafetivas e possui um caráter instrumental para proteção e realização de seus membros⁴⁰.

³⁹ BRASIL, TJ-RS - AC: 70057304263 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/12/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013.

⁴⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

Vemos que, segundo o autor, a família possui um papel fundamental na realização pessoal dos indivíduos que integram aquela entidade familiar, e especialmente das crianças e adolescentes que ainda estão em fase de crescimento e autoconhecimento. O autor até mesmo destaca que a família auxilia os membros a alcançar a felicidade.

Tratando a respeito da função social da família, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relembram que desde o surgimento da Constituição Federal, todo e qualquer instituto precisa necessariamente atender a uma função para que possa existir. Ao definir a função social da família, o autor afirma que:

(...) todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma função, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente, não pode ser diferente com o Direito de Família. A aplicação da norma familiarista, tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a *funcionalidade* de seus institutos. É o que se pode chamar de função social da família.⁴¹

Dimas Messias de Carvalholembra que apesar da função social da família ter começado com a visão patrimonialista do Código Civil de 1916, essa visão tem sido muito alterada ultimamente, de modo que para este doutrinador a função social da família nos dias de hoje tem maior relação com a proteção aos direitos fundamentais de seus membros.

Inequivoco, portanto, que as funções antes desempenhadas pela família de caráter econômico, reprodutivo e político, conferindo proteção à instituição, evoluíram para a efetiva proteção dos direitos fundamentais de seus membros, possibilitando pleno desenvolvimento da pessoa, como cidadã responsável e realizada, plenamente integrada à sociedade.⁴²

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

⁴² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

Essa visão mais social e humanitária tem adquirido grande aceitação na doutrina pátria, como vemos nas palavras de Maria Berenice Dias, afirmando que “a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes”⁴³.

Ora, segundo o entendimento da referida doutrinadora, os pais possuem um papel fundamental na criação de sua prole. Atitudes negligentes dos mesmos podem gerar danos psicológicos irremediáveis na vida futura dessas crianças. Se levarmos em conta tais posicionamentos, vemos que as atitudes lesivas de pais omissos geram danos não só àquele indivíduo afetado, mas sim à sociedade como um todo.

Vale salientar ainda os estudos realizados por Cowan e Cowan e mencionados por Isabel Cristina Neves Borges⁴⁴, em sua dissertação de mestrado, onde destaca que “os filhos de casais conflituosos tendem a ser identificados como mais agressivos e depressivos, bem como evidenciando a tendência para obter resultados acadêmicos mais baixos”.

Entretanto, apesar da suma importância dos fatos narrados, o dever da família vai muito além disso. A família é não só o arcabouço do aprendizado do filho sobre como se desenvolver em sociedade – mas também é a base afetiva de desenvolvimento da criança.

Alguns autores, como Romualdo Baptista⁴⁵ afirmam que “a família é o lugar onde ela [a afetividade] surge e se expressa, constituindo e desenvolvendo a personalidade dos seres humanos”. O autor⁴⁶ ainda segue afirmando que se considerarmos a afetividade como uma necessidade de todo ser humano, então,

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 98.

⁴⁴ BORGES, Isabel Cristina Neves. **Qualidade da Parentalidade e o Bem-Estar da Criança**. 2010, p. 60. Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciência da Educação de Coimbra. Coimbra/POR.

⁴⁵ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica Da Afetividade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 154.

⁴⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op. Cit., p. 155.

dentro do ambiente familiar haveria sim o dever jurídico de que todos supram as necessidades afetivas uns dos outros.

Na mesma obra, o autor faz uma interessante observação. Para o autor, demonstrar condutas afetivas é um dever dos pais, independente de sentirem esse carinho e afeição pelo filho ou não. O filho tem o direito de ser cuidado de modo afetuoso, independente do amor de seus pais. Nas palavras do autor:

Não custa nada relembrar que o *comportamento afetivo* é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo do agente no momento da ação, enquanto o *comportamento pró-afetivo* não guarda necessariamente esta relação com sentimentos, as emoções e as paixões que dominam o psiquismo da pessoa, no instante em que se comporta. O Direito pode exigir que alguém se comporte de determinado modo, mesmo que a conduta não corresponda ao real estado afetivo do obrigado, como acontece, por exemplo, quando impõe que o contratante aja com lealdade e boa-fé objetiva.⁴⁷

Concluimos então, que é possível um genitor ter um comportamento afetuoso com seu filho, mesmo sem estar sentindo amor ou carinho ou afeto pela criança. E ele tem a obrigação de ter essa conduta, porque a sua demonstração de afeto é fundamental para o desenvolvimento do infante.

Em razão de todos os fatos narrados, podemos concluir que a família é fundamental para o desenvolvimento da sociedade. E é exatamente por isso, que o direito decidiu regular a matéria, e pouco a pouco, o Estado tem tentado à sua maneira, contribuir para o bom desenvolvimento das famílias.

2.3 - Direito à convivência familiar

A convivência familiar é um direito fundamental de toda criança, garantido constitucionalmente, através do artigo 227 da CF, e art. 4º do ECA, com o fim de fornecer um bom desenvolvimento ao infante. Fachinetto, em uma obra onde trata especificamente sobre o direito à convivência familiar, ressalta as palavras de Donald W. Winnicott, onde afirma que:

⁴⁷SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op. Cit., p. 156.

A convivência familiar além de ser um direito fundamental, é uma necessidade, pois é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto sobre a qual se apóia o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade.⁴⁸

Kátia Regina F. L. A. Maciel ao conceituar este direito traz as seguintes palavras:

Podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)⁴⁹.

Vale ressaltar, que quando a lei e a Constituição garantiram o direito da criança à convivência familiar, não se trata apenas de sua família natural e consanguínea. Apesar de já tratado em tópico acima, a respeito do conceito de família, ainda é importante repisar que a convivência familiar pode ser exercida através de tios, avós, pais adotivos, tutores, etc. Isto porque, o que importa aqui não são os laços consanguíneos em si, mas sim o afeto e cuidado advindo da relação. Fachinnetto ainda afirma que:

Tal direito não significa apenas o fato de nascer e viver em uma família, mas vai muito além disso, expressando o direito a ter vínculos afetivos através dos quais a criança se introduz em uma cultura e em uma sociedade tornando-se, de fato e de direito, cidadã.⁵⁰

⁴⁸ FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito À Convivência Familiar E Comunitária: Contextualizando Com As Políticas Públicas (In)Existentes**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 57-58.

⁴⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 134.

⁵⁰ FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito À Convivência Familiar E Comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

Kátia Maciel⁵¹ entende que a convivência familiar funciona como um “porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente”. E essa posituação é importante, uma vez que muitas famílias ficam desestruturadas após o fim do vínculo conjugal dos pais, de modo a afetar diretamente a convivência dos mesmos com os filhos. Bernardo Jablonski, em um artigo científico publicado pela PUC-RJ, apresenta o seguinte estudo:

Assim, a maioria dos pais, após a separação, não procurou manter contato regular com os filhos: 49% das crianças afirmaram não ter estado com o pai não-residente durante o ano anterior. E apenas uma, em cada seis, afirmou manter contato semanal com o pai. Os dados relativos a essa pesquisa apontaram para o papel limitado exercido pelos pais que não moram com seus filhos, já que três entre cinco crianças não tinham visto seus pais biológicos não-residentes, no último mês.⁵²

Vemos então, que após a separação dos pais, o progenitor que deixa o lar e se separa fisicamente da prole, muitas vezes se separa afetivamente também. A pesquisa chega até mesmo a apontar que três em cada cinco crianças que participaram da pesquisa afirmaram que não viram o genitor no último mês. Trata-se de um período muito longo de afastamento para o psicológico de uma criança, de modo que vale levantar o questionamento do autor, quando afirma que “Será que, após a separação, além de considerarem os cônjuges como ex, as crianças, em alguns casos, entram na categoria de ex-filhos?”⁵³.

Tal afirmativa não pode prevalecer em nosso ordenamento, uma vez que a responsabilidade pelos filhos é de ambos os pais e não apenas daquele que detém a guarda da criança. O direito à convivência familiar entra exatamente nesse aspecto, uma vez que a criança necessita do convívio com seus pais (naturais ou

⁵¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 135.

⁵² JABLONSKI, Bernardo. **Paternidade: considerações sobre a relação pais-filhos após a separação conjugal**. 2010, p. 60. Artigo científico – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ, p. 6.

⁵³ JABLONSKI, Bernardo. **Paternidade: considerações sobre a relação pais-filhos após a separação conjugal**. 2010, p. 60. Artigo científico – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ, p. 6.

afetivos) para se desenvolver plenamente como ser humano, conforme foi demonstrado nas linhas acima.

Nesse sentido, os institutos familiares estão intrinsecamente ligados à formação do menor de maneira plena e eficaz, de modo que podemos constatar a importância desses laços afetivos no desenvolvimento da criança.

Por tudo isso, é que os pensadores começaram a concentrar seus estudos quanto aos casos em que o genitor provê o alimento material ao filho, mas não garante a ele cuidados, educação e afeto. Situação que hoje é denominada abandono afetivo.

3 – CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO

O conceito de abandono afetivo ainda é um tema polêmico entre a doutrina, de modo que sua conceituação ainda é extremamente controversa. É datada de um longo histórico conceitual, cujas correntes variam entre doutrina e jurisprudência. Já há muitos anos que a doutrina vem argumentando que o provimento alimentar material não é suficiente para a formação do infante e não é o único dever do ascendente em relação à sua prole. Nesse sentido, havendo descumprimento de uma obrigação legal que causa dano a outrem, é conduta indenizável civilmente, nos moldes do art. 186 do Código Civil.

Entretanto, por muitos anos, os tribunais brasileiros vieram refutando a ideia de que o abandono afetivo poderia gerar um dano moral indenizável ao filho, exatamente em razão dos limites que ainda existiam entre o Direito de Família e a responsabilidade civil que serão narrados no próximo capítulo. Durante esse período, a única medida aplicada aos pais omissos era a perda do poder familiar – praticamente um prêmio ao genitor que negligenciava sua prole descaradamente.

Vejamos as palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, em decisão do STJ no ano de 2004, onde determinou que “caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dospais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente”⁵⁴.

Entretanto, apesar do entendimento dos tribunais, pudemos notar que o tema foi se tornando cada vez mais difundido no meio acadêmico, especialmente em razão dos Congressos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que passou a dar prioridade ao tema. Alguns doutrinadores, como Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁵, que é também Presidente Nacional do IBDFAM desde a sua criação, passaram a versar sobre o tema em suas obras com grande afinco.

⁵⁴ BRASIL, STJ - RESP: 275568/RJ, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 18/05/2004, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/08/2004 p. 267.

⁵⁵ O artigo “Pai, porque me abandonastes?” de Rodrigo da Cunha Pereira, é datado de 2004, e já tratava sobre o abandono afetivo paterno. O texto foi publicado no livro **Temas Atuais De Direito E Processo De Família**, sob a Coordenação de Cristiano Chaves Farias.

Inclusive, diversas iniciativas legislativas foram criadas no sentido de regular o abandono afetivo. Temos o Projeto de Lei nº 4.924/08, originado na Câmara dos Deputados, que acrescenta um parágrafo único ao art. 1.632 do Código Civil, determinando expressamente que “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”.

Já o Projeto de Lei nº 700/07, iniciou a votação no Senado Federal, tendo sido votado e aprovado pela Casa Legislativa, acrescentando o §2º ao art. 4º do ECA, afirmando que “compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visitaçãõ periódica, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento”. Indo mais além, o parágrafo único do art. 5º ainda afirma expressamente que “considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo”. Após a aprovação do Senado, o Projeto de Lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 3212/2015, que está atualmente na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Tudo isso, demonstra o clamor social a respeito de uma intervenção do Estado em proteção à criança ou adolescente que se encontra em condição de abandono afetivo, em relação a um genitor que não lhe presta cuidados, educação e atenção.

E assim, no ano de 2012, o STJ alterou seu entendimento, concluindo que o abandono afetivo pode ser indenizável na esfera civil. Nesse sentido:

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois o sofrimento causado à filha caracteriza o dano in reipsa, traduzindo-se em causa eficiente à compensação.⁵⁶

⁵⁶BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

Entretanto, ao analisarmos a doutrina pátria, como vemos nas obras de Dimas Messias de Carvalho⁵⁷ e Andrea Amin⁵⁸, iniciam-se os argumentos dissertando sobre a importância da convivência familiar no desenvolvimento da criança, passam para o dever legal e constitucional de prestar assistência imaterial, e já concluem com a análise do dever de indenizar a conduta, sem nem mesmo mencionar o seu conceito.

Alguns poucos doutrinadores se dedicam a uma conceituação do tema, de modo que podemos citar Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁹, que apesar de sucinto, foi um dos poucos autores a confrontar o tema. Para o autor,

O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais.

Para o referido jurista, portanto, o abandono afetivo está concentrado na omissão do pai ou da mãe com relação às suas funções legais pré-estabelecidas. Nas palavras do autor “a relação paterno-materno-filial exige compromisso e responsabilidade e por isso é fonte de obrigação jurídica”. Completando este entendimento de forma mais abrangente, Kátia Maciel afirma que:

O papel dos pais, derradeiramente, não se limita ao aspecto patrimonial da relação paterno-filial. A assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores, sob o aspecto existencial, de acordo com a norma constitucional do art. 229, interpretada extensivamente. Esta norma legal engloba, além do sustento, a assistência imaterial concernente ao afeto, ao cuidado e ao amor. A assistência imaterial traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade como direito de conviver no âmbito da família⁶⁰.

⁵⁷CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

⁵⁸AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança e Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 51.

⁵⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil por abandono afetivo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 403.

⁶⁰MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 181.

Seguindo essa linha de raciocínio, entendemos que o desrespeito a um desses direitos intrínsecos a toda criança e adolescente é onde se configura a omissão dos pais, que caracteriza o abandono afetivo. Nesse sentido, Katia Maciel ainda conclui que,

Se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não quiserem cumpri-lo⁶¹.

E em geral, esse tem sido o posicionamento da doutrina quanto ao abandono afetivo. Entretanto, quando nos deparamos com a realidade dos tribunais, vemos que alguns Magistrados têm tido um entendimento diferente do que caracterizaria o abandono parental imaterial. Alguns consideram um aspecto mais amplo do conceito de abandono afetivo, e nesse caso, vale citar novamente o emblemático caso do Recurso Especial nº 1.159.242, sob Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde o Ministro Sidnei Beneti, em seu voto vista afirma que:

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai⁶².

Apesar desse posicionamento do Ministro, temos outros julgados muito mais restritos, como no caso do Ministro Moura Ribeiro, que entende que os casos elencados acima não são suficientes para configurar o dano moral. Para este, o abandono afetivo vem de um verdadeiro desprezo do genitor pelo infante, e essa situação humilhante é que seria capaz de gerar dano moral.

No Recurso Especial 1.557.978/DF, dentre várias afirmações que corroboram o entendimento supracitado, vale ressaltar a afirmação do Ministro

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 165.

⁶²BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

Moura Ribeiro quando diz que “o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor”⁶³. Esse ponto é importante porque, segundo o entendimento do Ministro Moura Ribeiro, só há abandono afetivo diante de uma flagrante rejeição paterno-maternal, e não diante apenas da omissão do genitor no exercício de suas funções incumbidas por lei.

Vemos em algumas palavras do Ministro Moura Ribeiro a sua preocupação com a mercantilização do dano moral através do abandono afetivo. No mesmo voto citado acima, o Ministro afirma que,

Recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

Dessa forma, podemos entender que o abandono afetivo é caracterizado pela omissão paterno-materna, assim como preconizado pela doutrina citada acima. Entretanto, se nos pautarmos pela jurisprudência pátria, não é todo e qualquer abandono afetivo que é capaz de gerar indenização. A bem da verdade, o tema ainda é tão polêmico nos tribunais, que se considerarmos a divergência de entendimento dos julgadores, podemos concluir que a decisão será tomada a depender de qual dos Magistrados que julgará a causa.

Abandono afetivo, como conceito, não se restringe apenas aos casos práticos que a jurisprudência entendeu que eram indenizáveis. O judiciário tem o dever de se preocupar com o impacto social de suas decisões. Isto se dá até por um caráter social das medidas judiciais. Se todo abandono afetivo coubesse medidas indenizatórias, acabaria banalizando o instituto, uma vez que se poderia condenar um genitor que morou dentro da casa do menor por toda a vida, sem que lhe tenha prestado a devida atenção. Essa atitude omissa dos pais, leva o filho a uma

⁶³BRASIL, STJ – RESP 1557978/DF Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 17/11/2015.

vulnerabilidade sem medidas e abarca o conceito de abandono afetivo. Mas na linha da jurisprudência pátria, de maneira nenhuma seria cabível indenização pela conduta.

Ao que nos parece, o conceito de abandono afetivo é amplo e pouco definido. Mas a grande questão é que, para fins judiciais, não basta demonstrar que está caracterizado o abandono afetivo apenas. Isto porque, nem todo abandono afetivo é indenizável. É necessário que se demonstre, conforme os julgados recentes, que o genitor demonstrou “desprezo e rejeição” no caso concreto.

3.2 - Alienação parental e o abandono afetivo

Outro ponto a se considerar, é que não podemos confundir abandono afetivo e alienação parental. Em um primeiro momento, a confusão não parece possível, mas basta olhar mais a fundo a questão para notar que as duas situações podem acabar se confundindo.

O conceito legal de alienação parental está presente no art. 2º da Lei 12.318/10, que o define como:

A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Valéria Silva Galdino Cardin⁶⁴ quando trata sobre o tema da alienação parental destaca que as causas dessa conduta geralmente se dão em razão de um fim turbulento de relacionamento, onde um dos genitores ainda guarda mágoas, ressentimentos e/ou ódio do outro genitor, dificultando demasiadamente o relacionamento entre este e o filho. Em algumas de suas palavras vemos que:

Normalmente, a alienação parental ocorre quando um dos pais não consegue elaborar adequadamente o luto da ruptura matrimonial,

⁶⁴ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 226.

desencadeando um processo de desmoralização e descrédito do outro que não detém a guarda e a criança se torna instrumento de vingança.⁶⁵

Tratando especificamente sobre a correlação entre o abandono afetivo e a alienação parental, Álvaro Villaça Azevedo ressalta os momentos em que tais condutas podem convergir, ou até mesmo se confundir. O autor afirma que:

Muitas vezes existem causas de afastamento entre parentes, que não decorrem de alienação parental, mas de desprezo ou abandono, com profunda mágoa psicológica, que só pode desaparecer com tratamento adequado⁶⁶.

Logo, depreendemos das palavras do referido jurista que muitas vezes a situação pode estar com ambas as atitudes correlatas – ou até mesmo, pode estar presente apenas uma, e o interprete acabar por confundi-las. O fato é: que ambos os casos, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar saudável está sendo violado, e é esse o ponto onde as confusões surgem.

Isto porque, a criança pode não estar conseguindo ter plena convivência com um de seus genitores ou por total abandono e desprezo deste, ou também porque o genitor que detém sua guarda pode estar impedindo as visitas e o contato entre a criança e o outro genitor.

Valéria S. G. Cardin, ao exemplificar a situação de alienação, afirma que “para obstaculizar o direito de visita, o alienador cria doenças inexistentes, compromissos de última hora, recusa-se a passar as chamadas telefônicas para o filho, dentre outras artimanhas”⁶⁷. Vemos que há toda uma encenação, com o único fim de obstaculizar o envolvimento do genitor com seu filho.

Por tudo isso, se um dos genitores não conseguiu prestar uma educação e cuidado, afeto e atenção necessário ao desenvolvimento de seu filho, não por sua culpa, não por sua desídia, mas sim porque o outro genitor se opôs frontalmente à

⁶⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Op. Cit. p. 226.

⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 233.

⁶⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral No Direito De Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 231.

presença dos pais na vida do infante, impedindo-os de desenvolver um relacionamento, não é um caso de abandono afetivo, e sim um caso de alienação parental.

Após conceituarmos o instituto do abandono afetivo, é importante analisar as correntes doutrinárias deste tema. As diferenças entre o dever de amar e dever de cuidar estão intrinsecamente ligadas ao próprio conceito de abandono afetivo ainda. Até mesmo porque, o maior argumento dos juristas que se opõem à tese de indenização por abandono afetivo, é a de que o Estado não poderia obrigar alguém a amar outrem. No entanto, os defensores da corrente contrária frequentemente lembram que há uma grande diferença entre o dever de amar e o dever de cuidar.

4 – DEVER DE CUIDAR X DEVER DE AMAR

Como já foi explanado acima, a possibilidade de responsabilizar civilmente o genitor omissivo ainda é tema polêmico na doutrina, e que mantém a bancada de juristas completamente dividida. De um lado, há aqueles que defendem veementemente a impossibilidade do Estado intervir na vida privada das pessoas, ditando seus deveres e obrigando os pais a amarem seus filhos. De outro lado, há aqueles que defendem que a ausência dos pais gera danos psicológicos e sofrimentos imensuráveis ao infante, de modo que, diante dos danos causados, e do dever legal dos pais cuidarem de seus filhos, está presente uma conduta ilícita que deve ser indenizada.

Em defesa da primeira corrente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.⁶⁸

Os autores destacam o fato de que o afeto não poderia ser recuperado por meio da ação judicial, que pelo contrário, apenas agravaria a situação paterno-filial. É claro, que a condenação indenizatória não faria com que o genitor, num passe de mágica, passasse a amar o filho. No entanto, a responsabilidade civil, neste caso, possui um caráter mais educativo e tenta até mesmo compensar o filho que passou por tamanho sofrimento. Ao refutar o argumento dos autores acima narrados, Rodrigo da Cunha Pereira argumenta que:

Um pai condenado a indenizar o filho pelo descumprimento da obrigação jurídica de educá-lo certamente se afastará ainda mais do filho. Isto é óbvio! Mas quem opta por entrar na Justiça também já esgotou todas as tentativas de aproximação e deve ter passado toda

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 76.

a vida esperando e mendigando algum afeto deste pai — mães dificilmente abandonam o filho — e este ato é apenas o seu grito de desespero, já que nada mais podia ser feito.(...)O valor da indenização é simbólico, pedagógico e educativo e até poderia ser destinado a instituições de crianças abandonadas. Não há dinheiro no mundo que pague o abandono afetivo. Isto também é óbvio.⁶⁹

No entanto, o ponto central que alterou o posicionamento da jurisprudência do STJ quanto ao tema, não foi apenas o sofrimento do filho. De fato, se estivéssemos diante de uma imposição estatal para que o genitor ame o seu filho e realmente sinta esse sentimento, estaríamos diante de uma situação que extrapola os limites do Estado. Mas, para a Ministra Nancy Andrighi, Relatora do voto que alterou o entendimento da Corte Superior, não se trata de uma obrigação de amar o filho (sentimento) e sim de um dever de cuidar de sua prole (atitude).

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.⁷⁰

Ao diferenciar ambos os institutos – do amor e do cuidado – a Ministra demonstra que o genitor não precisa sentir afeição e amor pelo seu filho, mas tem o dever legal de cuidar do menor, educando-o e fazendo-se presente no crescimento do mesmo. Em suas palavras:

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

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Afetividade Como Fonte De Obrigação Jurídica**. 2012. Artigo Científico publicado pelo CONJUR.

⁷⁰ BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.⁷¹

Logo, podemos ver que o Estado não está obrigando os pais a amarem uma criança, e sim, obrigando os genitores a zelarem, cuidarem e educarem daquele ser que ele trouxeram ao mundo. Destaca-se, portanto, a separação crucial entre amar e cuidar. Enquanto um é sentimento, o outro é uma ação, uma atitude, um comportamento.

Em sequência ao capítulo anterior, é devido lembrar que tal diferenciação se faz crucial até mesmo para conceituar o abandono afetivo.

Segundo o posicionamento narrado no presente capítulo, para parte da doutrina, estaria abandonando afetivamente o seu filho não aquele genitor que não sente amor e afeto pela criança, mas sim, aquele que deixa de cumprir o seu dever como genitor, de cuidar, zelar, proteger e educar o menor. É importante lembrar as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: “Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação”⁷².

Para o autor, o afeto é um aspecto objetivo do amor. O amor subjetivo é tido como um sentimento, uma emoção, e está mais relacionado com a sensação em si, do que com uma ou outra determinada conduta. Já o afeto está relacionado a “instruir, educar, formar”⁷³. Seria cabível até mesmo uma comparação com o Princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a boa-fé em si, possui um caráter subjetivo nato, que está relacionado à intenção interna do agente em fazer o correto. No entanto, o direito civil adaptou o conceito através do Princípio da boa-fé objetiva, que se pauta não pelo sentimento e a intenção do agente e sim pela conduta prática e concreta realizada no mundo dos fatos.

Seguindo essa linha de raciocínio, seria totalmente possível o genitor ser cuidadoso e zeloso com seu filho, educando-o e cumprindo com seus deveres

⁷¹ BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Coord: MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil no direito de família. P. 403

⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Coord: MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil no direito de família. P. 403.

legais, e ainda assim, não o amar. Isto é possível, porque o Judiciário não cobra a emoção do genitor, e sim as suas condutas práticas e concretas no caso real. Rodrigo da Cunha Pereira ainda conclui suas afirmações dizendo que:

O afeto, no sentido de cuidado, conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. (...) A ausência desse sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paterno/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposto pelo Judiciário, presente ou não o sentimento.⁷⁴

Nesse sentido, podemos ressaltar que ocorre abandono afetivo realmente quando o genitor deixa de fornecer, de maneira objetiva, o cuidado e a atenção que a criança necessita para seu pleno desenvolvimento. Este é o conceito concreto de abandono afetivo.

Ponto importante a se destacar é ainda o fato de que os juristas que defendem a impossibilidade de se indenizar o filho abandonado afetivamente, não se manifestam quanto a essa diferenciação essencial entre amar e cuidar. Em regra, os doutrinadores apenas mantêm suas palavras na afirmação de que o Estado não pode obrigar ninguém a amar. E apesar de diversos juristas estarem contra-argumentado esse posicionamento conservador, ainda assim, os juristas que discordam da corrente favorável a indenização, apenas se limitam em suas mesmas argumentações, demonstrando aparente falta de argumentos quanto a este contra-argumento.

Apesar de concluída esta parte doutrinária e conceitual do abandono afetivo, vale ressaltar que por muitos anos a responsabilidade civil não era aceita dentro do Direito de Família, em nenhum aspecto. Por isso, sempre foi muito difícil admitir a ideia de que o filho abandonado afetivamente pelo genitor poderia ter direito a receber uma resposta pecuniária do Estado. Ainda assim, há doutrinadores favoráveis a esta tese, fazendo-se necessária a análise de tal conflito – até mesmo porque, de nada adiantaria conhecer as raízes do abandono afetivo profundamente se não houvesse qualquer possibilidade jurídica do filho receber a indenização que lhe é devida.

⁷⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil por abandono afetivo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 404.

5 – A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Durante muitos anos a responsabilidade civil e o Direito de Família caminharam estranhos e quase incomunicáveis entre si, uma vez que os institutos pareciam se confrontar quando unidos. Prova disso, é a previsão do código civil, em seu artigo 934, que garante que os pais não poderão receber ressarcimento das despesas gastas com seus descendentes.

Em regra, nas relações de direito civil como um todo, as pessoas não possuem relações duradouras. A relação costuma persistir enquanto durar o negócio jurídico. Já nas relações familiares, mesmo as que envolvem litígios judiciais, o convívio, ainda que mínimo, permanece. Um pai que litiga com seu filho, uma mãe que litiga com um pai, ou até mesmo o neto que litiga com o avô - em todos esses casos, vemos relações continuadas. E exatamente por isso, o direito tem se esquivado de intervir em tais situações.

Ocorre, no entanto, que mesmo dentro das relações familiares, há partes vulneráveis e hipossuficientes, como é o caso dos filhos menores diante de seus pais. Os pais possuem o poder familiar, mas este não é absoluto, e possui restrições pontuais. Portanto, as decisões dos genitores não podem prejudicar a saúde mental ou física do menor, nem mesmo o seu pleno desenvolvimento.

Quanto à possibilidade ou não de responsabilização civil dentro do Direito de Família, vemos que Dimas Messias de Carvalho⁷⁵ ensina que há três principais correntes doutrinárias a respeito. Segundo o autor, a primeira corrente seria aquela que nega completamente a possibilidade de se inserir a responsabilidade civil dentro do Direito de Família. Para os defensores dessa corrente, tal atitude levaria a uma monetarização das relações afetivas, alegando que a solução para os casos supostamente indenizáveis, seria a utilização de métodos de conciliação, e ainda a aplicação das sanções próprias de Direito de Família.

Entretanto, ao analisar a obra de Anderson Schreiber⁷⁶, vemos que este ressalta que os próprios institutos de Direito de Família, não são suficientes para

⁷⁵CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Artigo: Responsabilidade civil no direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. P. 33.

restringir a quantidade as atitudes lesivas que ocorrem no âmbito familiar. O autor exemplifica tal situação exatamente com os casos de abandono afetivo, uma vez que a medida cabível no Direito de Família, em tais casos, seria a perda do poder familiar. Nas palavras do autor, a medida ao invés de compensar o dano e educar o ofensor, na verdade funcionaria como um verdadeiro prêmio para o genitor negligente.

A segunda corrente seria a mais liberal, no sentido de que “as relações familiares não podem se converter em exclusão de ilicitude, permitindo-se livremente a prática de atos ilícitos, violando direitos.”⁷⁷ Dimas Messias de Carvalho, no entanto, adere à terceira corrente, que seria intermediária entre a primeira e a segunda. Esta corrente entende que é cabível a responsabilização civil nas relações de família, mas, agindo com bastante cautela. Para o autor⁷⁸, o uso da responsabilidade civil dentro do Direito de Família não pode ser irrestrito e indiscriminado, mas padece de uma análise aprofundada do Magistrado no caso concreto, para que não sejam feitos absurdos nem pela omissão estatal na proteção dos indivíduos dentro das famílias, nem quanto à intromissão demasiada do Estado nas relações familiares.

Nesse mesmo sentido, conclui Valéria Silva Galdino Cardin dizendo que “a responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser analisada de maneira casuística, com provas irrefutáveis, para que não ocorra a banalização do dano moral”⁷⁹.

Já para Cristiano Chaves de Farias⁸⁰ não há mais discussão quanto à possibilidade de aplicação da obrigação de reparar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais em razão da prática de um ato ilícito no Direito de Família. No entanto, o doutrinador sustenta que há uma clara divisão na doutrina pátria quanto ao alcance dessas medidas. A primeira corrente seria mais ampla quanto à

⁷⁷CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

⁷⁸CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

⁷⁹CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 72.

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 75.

caracterização da ilicitude, entendendo que “haveria um dever de indenizar decorrente da violação de dever imposto pela norma legal”⁸¹. Outra parte considerável da doutrina entende que dentro do Direito de Família só há conduta dano indenizável quando se está diante de uma conduta ilícita, e, portanto, o descumprimento de uma mera obrigação relacionada ao Direito de Família não seria conduta passível de indenização civil.

Sintetizando a polêmica, é possível afirmar que dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil nas relações familiares. A discussão, na verdade, cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito de Família, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil.⁸²

Se procurarmos exemplos para as correntes supramencionadas, veremos que a primeira corrente entende que o fato de um dos cônjuges descumprir um dos pactos pré-nupciais, ou algum dos deveres do matrimônio previstos no Código Civil, já seria conduta suficientemente indenizável. Entretanto, também é nesse sentido que se pautam os defensores da responsabilização civil por abandono afetivo, uma vez que o dever de criar os filhos também é apenas um dos deveres legais de Direito de Família e não um ato ilícito expresso na legislação.

Tanto é verdade essa linha de raciocínio, que os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald seguem a segunda corrente doutrinária, e nesse sentido, entendem que a falta de afeto entre pais e filhos não é suficiente para caracterizar indenização por dano moral. Para os autores, isso acabaria gerando uma “patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência”⁸³.

O autor Anderson Schreiber oferece uma alternativa, que em sua concepção seria uma via mais adequada de solução destes conflitos, de maneira a não gerar uma monetarização das relações familiares, mas também não deixar o

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 75.

⁸²FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 75.

⁸³FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Op. Cit.** p. 77.

infante em uma situação vulnerável e sem qualquer proteção estatal. Para o doutrinador, o grande problema da relação entre o Direito de Família e a responsabilidade civil está exatamente na forma como é feita a compensação da vítima – que ocorre sempre em quantias monetárias.

Lamenta-se que algumas pessoas recorram aos tribunais para enriquecer, mas se continua a oferecer como resposta às ações judiciais de reparação quantias em dinheiro.⁸⁴

O jurista afirma que “o exclusivo pagamento de dinheiro estimula solução igual e uniforme para casos que são singularíssimos e que merecem tratamento diferenciado, conforme a pessoal repercussão sobre a vítima”⁸⁵. Assim sendo, as indenizações pecuniárias acabam por gerar uma padronização das indenizações por dano moral. Os detalhes de cada caso concreto cederiam lugar para os padrões engessados e pré-estabelecidos de respostas judiciais.

Como solução para o caso, Schreiber sugere a aplicação de tutelas específicas e não pecuniárias, que levariam o causador do dano a ter determinadas condutas que evitem a continuidade da atitude delituosa. Assim, tanto a vítima estaria compensada, quanto resguardada de que atitude lesiva poderia cessar. Segundo autor, “o que a vítima do abandono afetivo pretende – ou deveria pretender – não é dinheiro, mas sim o efetivo cumprimento dos deveres parentais”⁸⁶

Tal pensamento seria muito coerente se estivéssemos diante de um caso concreto onde quem pleiteia a condenação civil do genitor é uma criança que ainda está em pleno desenvolvimento. No entanto, seria desarrazoado pensar que a aplicação de tutelas específicas que envolvessem a participação deste genitor na vida do filho adulto poderia compensar a perda sofrida durante o seu desenvolvimento.

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil no direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. P. 38.

⁸⁵SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil no direito de família: a proposta da reparação não pecuniária,p. 38.

SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 42.

Na verdade, é importante considerar que para muitos autores a indenização pecuniária que é devida diante dos casos de abandono afetivo servem para financiar o pagamento de tratamento psicológico ao filho, que deve demonstrar o dano sofrido em decorrência da atitude omissa dos pais. Nesse sentido vêm as palavras de Valeria Silva Galdino Cardin, quando diz que:

Realmente, o afeto não é algo que pode ser monetarizado, contudo, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado perante os outros amigos em que os pais são presentes, dentre outras situações. É obvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades em se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual, etc.⁸⁷

Ademais, ainda há de se ressaltar o entendimento de Maria Berenice Dias⁸⁸, de que a indenização possui caráter pedagógico e preventivo, num sentido de educar a sociedade a não abandonar a sua prole, tendo em vista o dever do genitor de cuidar e zelar daquela vida.

Portanto, nos casos em que a relação paterno-filial permanece, e que a prole ainda está em fase de desenvolvimento em que ainda carece do cuidado dos pais, poderia ser cabível a aplicação de medidas de tutela específica, tais como, imposição do dever de visitar, de participação em atividades escolares, aniversários, e etc. No entanto, tal imposição deve vir acompanhada de uma condenação em pecúnia, não apenas para ressarcir os danos psicológicos já causados à criança, mas também para cumprir o seu papel pedagógico e preventivo diante das demais famílias da sociedade.

Assim sendo, concluímos que é perfeitamente cabível a existência de indenizações de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. E não só

⁸⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral No Direito De Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 239.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 409.

isso, mas que os casos de abandono afetivo são indenizáveis, e que a condenação em pecúnia é necessária e cabível.

Outro posicionamento importante de se destacar é a possibilidade de caracterização de dano moral *in reipsa* nos casos de abandono afetivo.

Em regra, na responsabilidade civil, só é cabível a condenação civil se estiverem presentes os três requisitos intrínsecos à matéria: comprovação do dano, do nexo causal entre o dano e a conduta do agente e ainda a culpa do responsável. A doutrina e a jurisprudência, em alguns casos, têm feito determinadas exceções à regra, permitindo que a responsabilização seja presumida em decorrência da impossibilidade de mensurar o dano.

Nos casos de inscrição indevida no SPC ou atraso de voo aéreo, vemos exemplos de ocasiões em que a jurisprudência entendeu que está configurado o dano moral *in reipsa*. Esse tipo de indenização é denominado dessa maneira em razão da dificuldade de determinar a extensão do dano ou algum dos demais requisitos da responsabilidade. Por fim, entende-se que o dever de indenização é presumido, desde que comprovado o evento danoso.

Em razão disso, alguns doutrinadores começaram a defender a ideia de que o abandono afetivo geraria dano moral *in reipsa*. O jurista Chales Bicca é um dos defensores dessa corrente, e argumenta veementemente no sentido dessa posição doutrinária. Em suas palavras:

O dano *in reipsa* é aquele que, pela própria dimensão do fato, fica impossível pelo senso comum imaginar que o dano não tenha ocorrido. Sendo assim, a comprovação dos danos morais decorrentes do descumprimento dos deveres familiares não é feito da mesma forma que os danos materiais, pois existe *in reipsa* e deriva do próprio fato ofensivo. Assim, provado o descumprimento *ipso facto*, estará demonstrado o dano por ser presunção natural que decorre inclusive das regras da experiência comum. Dessa forma, todo o debate processual sobre a comprovação da ocorrência ou não de dano deveria ser absolutamente desnecessário, porque o dano

decorre do próprio abandono, que causa tristeza e sofrimento mais do que óbvio e presumível.⁸⁹

Elida de Cássia Mamede da Costa⁹⁰ faz uma ponderação interessante a esse respeito. Segundo a autora a essência do dano moral é *in reipsa*, uma vez que não é possível mensurar a dor moral e subjetiva de cada pessoa poderia sofrer com aquele evento danoso. O que pode se entender a partir da análise comprobatória dos autos, é que o homem médio sofreria muito com acontecimentos como aqueles que foram comprovados, e por isso, é devido o dano moral. Inclusive, a jurista cita um exemplo hipotético de dois filhos de classe média alta que foram abandonados afetivamente pelo seu genitor durante toda a infância e adolescência. Um dos filhos conseguiu seguir sua vida, estudou, casou e vive uma vida realizada, em aspectos gerais; enquanto o outro filho teria se afastado do convívio das pessoas e desenvolvido uma série de problemas psicológicos.

A grande questão é: apenas o filho que possui danos mensuráveis no mundo físico deve ser indenizado? Como poderíamos afirmar que o filho que se manteve bem-sucedido não passou pelo mesmo sofrimento, mas ainda assim, com sua força de vontade resolveu vencer os desfavores de sua vida? A conclusão da autora é no sentido de que:

Exatamente nesse ponto está a importância do dano moral *in reipsa*. Nos dois casos houve abandono, e em nosso entendimento, houve dano moral que deve ser igualmente reconhecido. No máximo, poder-se-ia considerar um quantum indenizatório maior para o 2º caso, face às visíveis consequências mais gravosas.⁹¹

Vemos, portanto, que a doutrina não possui um posicionamento firme e consolidado quanto ao tema, havendo muitas divergências de entendimento. Nesse

⁸⁹ BICCA, Charles. **Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: editora OWL, 2015, p. 46.

⁹⁰ COSTA, Élide de Cássia Mamede. **Responsabilidade Civil Por Abandono Moral Paterno-Filial: o reconhecimento do dano moral in reipsa como mecanismo de concretização de direitos fundamentais interprivatus**. Artigo científico – Universidade Federal do Pará– PA, p. 9.

⁹¹ COSTA, Élide de Cássia Mamede. **Responsabilidade Civil Por Abandono Moral Paterno-Filial: o reconhecimento do dano moral in reipsa como mecanismo de concretização de direitos fundamentais interprivatus**. Artigo científico – Universidade Federal do Pará– PA, p. 10-11.

sentido, se faz necessária uma análise aprofundada da forma que o Judiciário tem aplicado a matéria, para que possamos notar, se ao menos nos Tribunais há algum consenso que leve a uma segurança jurídica da nação.

6 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE ABANDONO AFETIVO

Um dos Princípios basilares do Estado Constitucional de Direito é a Segurança Jurídica, que garante a cidadão que o Estado agirá de maneira imparcial, e que a prestaçãoo que lhes será fornecida será a mesma que os demais casos análogos receberam. Carvalho Filho classifica o Princípio da segurança jurídica sob dois aspectos:

De um lado, a *perspectiva da certeza*, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a *perspectiva da estabilidade*, mediante a qual se difunde a ideia de consolidaçãoo das açõoo administrativas e se oferece a criaçãoo de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado.⁹²

É diante do primeiro aspecto da segurança jurídica, a *perspectiva de certeza*, que vemos um elo entre o referido Princípio e a necessidade de uniformidade na jurisprudência pátria. Afinal, a segurança jurídica também é tida como Princípio da proteçãoo à confiança, e nesse sentido, a igualdade não se restringe ao ordenamento jurídico, mas também a tudo aquilo que aplica o ordenamento jurídico, como os atos administrativos, e a jurisprudência.

É notória a conexãoo entre a segurança jurídica e a uniformizaçãoo dos julgados nos Tribunais, uma vez que os cidadãos precisam de uma previsãoo das consequênciass de seus atos. De que adianta a lei ser igual para todos se a aplicaçãoo da lei for diversa mesmo em casos análogos? Por tudo isso, é que vemos a necessidade de se analisar qual o posicionamento dos tribunais nos casos de abandono afetivo.

Até o ano de 2012, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entendia que não era possível atribuir condenaçãoo pecuniária ao genitor omissoo, em razãoo de seu abandono afetivo. Para o STJ, abandonar afetivamente

⁹² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual De Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 38.

sua prole não constituía uma prática de ato ilícito, e, portanto, não haveria como se imputar uma condenação por danos morais em tais casos⁹³.

No entanto, este entendimento foi alterado no Recurso Especial nº 1159242, cuja Relatoria era da Ministra Nancy Andrighy. No entendimento da Ministra “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”⁹⁴.

A mudança de entendimento da Corte Superior foi anunciada amplamente na mídia, e assim, em tese, todos os tribunais estaduais deveriam adequar sua própria jurisprudência ao novo entendimento pátrio a respeito da questão.

Apesar de ser o esperado, em primazia do Princípio da segurança jurídica, ainda assim muitos tribunais permaneceram negando a possibilidade de que o filho rejeitado pelos pais, consiga uma resposta estatal. Abaixo vemos um caso onde, o TJ-MG, em julgado recente do ano de 2016, negou o pedido de um filho à indenização por abandono afetivo, entendendo que esta simplesmente não era cabível.

O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares.⁹⁵

Além do TJ-MG, também encontramos acórdãos recentes do TJ-SP nesse mesmo sentido, que se negam a seguir a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, e permanecem afirmando que o Estado não pode obrigar ninguém a amar.

⁹³Brasil, STJ - RESP 514.350/SP, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 28/04/2009, Data de publicação: DJe 25/05/2009

⁹⁴ BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

⁹⁵BRASIL, TJ-MG - AC: 10515110030902001 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 15/03/2016, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/03/2016.

Apela o autor, insistindo no abandono afetivo e material, alegando que o genitor beneficia os demais irmãos e o renega. Descabimento. Impossibilidade de se impor o dever de amar e dispender afeto. (...) A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da reparação pecuniária.⁹⁶

No entanto, apesar do entendimento de alguns tribunais estaduais nesse sentido, tais decisões podem ser revertidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que mantém sua jurisprudência sólida quanto à possibilidade indenizatória do abandono afetivo parental. Ainda assim, vale destacar que a maioria dos casos que chegam ao STJ não conseguem alterar a decisão emanada pelo Tribunal *a quo*, diante do óbice da Sumula 7/STJ que não permite que a Corte reanalise os fatos que fundamentaram a decisão recorrida.

Vale lembrar também, quem mesmo diante do posicionamento do STJ quanto ao tema, em alguns tribunais, e até mesmo alguns Ministros do STJ têm agido de maneira menos ousada, de modo que em tese, a indenização seja cabível, mas ainda assim, conseguindo obstar o acesso da prole a uma prestação jurisdicional eficaz, da forma como foi salientado pela Corte.

Segundo o entendimento desses Ministros, para que possamos conceber uma indenização civil por abandono afetivo, é necessária a demonstração de um ilícito civil concreto, que necessariamente precisar ter demonstrado a ocorrência de danos psicológicos ao filho negligenciado. Nesse sentido o Ministro Villas Boas, em julgado do ano de 2016, afirmou que:

A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a

⁹⁶BRASIL,TJ-SP - APL: 00007022920148260333 SP 0000702-29.2014.8.26.0333, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 21/03/2016, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2016.

propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.⁹⁷

O Ministro Moura Ribeiro também adere a este posicionamento, e nesse sentido, o Ministro tem afirmado que em tese a responsabilização é cabível, entretanto, tem criado uma série de obstáculos à possibilidade de aplicação da indenização propriamente dita. Em um de seus votos, onde era Relator, entendeu-se que:

Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claros e conectados.⁹⁸

Nesse sentido, a posição dos tais juristas tem sido a de não negar a possibilidade de indenizar o filho abandonado afetivamente, mas sim, de dificultar a possibilidade de comprovação desse ilícito indenizável. No entendimento do Ministro Moura Ribeiro, por exemplo, é necessário que o filho demonstre que houve uma atitude incorreta daquele genitor em relação ao seu dever de cuidar da prole, o trauma psicológico sofrido (através de laudos periciais), e ainda, a demonstração concreta de que aqueles traumas psicológicos decorreram diretamente da atitude dos pais.

Veja-se, que além de todo o sofrimento passado pelo infante, este ainda tem uma missão quase impossível de demonstrar de maneira cristalina e concreta que todos os seus danos psicológicos e traumas sofridos possuem nexo causal unicamente com a atitude de abandono do genitor.

⁹⁷BRASIL, STJ -RESP 1493125/SP, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, Data do julgamento: 23/02/2016, Data da publicação: DJe 01/03/2016.

⁹⁸BRASIL, STJ - RESP 1557978/DF, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015

O Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, para fundamentar sua decisão denegatória do pedido do autor, afirmou em um de seus acórdãos, que apesar de demonstrado o dano psicológico sofrido pelo filho, tais “transtornos psicológicos não podem ser diretamente relacionados às atitudes do réu”.⁹⁹

A bem da verdade, vemos que o genitor que abandona o seu filho afetivamente, pode torcer para que seu filho seja muito bem-sucedido na vida, apesar do seu abandono, uma vez que, aparentemente, se o filho for forte o suficiente para vencer na vida, apesar dos obstáculos, o dano moral que aquele genitor lhe causou poderá ser simplesmente esquecido pelo Judiciário. Ao que parece, a conduta deixa de ser ilícita, a partir da repercussão que tal conduta tem na vida do filho. E mais, ainda que o filho tenha sofridos danos psicológicos significativos em decorrência da atitude paterno-materna, se a criança tiver passado por outras situações traumáticas ao longo de sua vida, já é suficiente para demonstrar que os traumas não decorreram diretamente da atitude de abandono sofrida.

Em determinado voto, o Ministro Moura Ribeiro ainda reconhece a inviabilidade de o filho conseguir comprovar o nexo causal dos danos sofridos, em razão do caráter psicológico do sofrimento experimentado pelo infante. Ainda assim, mantém a sua postura com relação a tal entendimento, afirmando que mesmo diante de toda essa dificuldade, o filho deve comprovar o nexo causal.

A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano, mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato¹⁰⁰

⁹⁹BRASIL, TJ-SP - APL: 00033968920118260457 SP 0003396-89.2011.8.26.0457, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 29/01/2015, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2015.

¹⁰⁰BRASIL, STJ - RESP 1557978/DF, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015.

Além desse posicionamento, ainda há aqueles que entendem que só há abandono afetivo digno de responsabilização civil, quando os pais agem com desprezo, repulsa e menosprezo pelo filho. Apenas quando há uma rejeição declarada do genitor, aliado aos danos psicológicos devidamente comprovados.

A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo somente é viável quando há um descaso, uma rejeição, um desprezo pela pessoa por parte do ascendente, aliado ao fato de acarretar danos psicológicos em razão dessa conduta.¹⁰¹

Se nos pautarmos nessa linha de raciocínio, apenas quando o genitor age com grosseria, agressividade, e literalmente maltrata o seu filho, é que estaria configurado o abandono afetivo. Ocorre, que neste caso, estaríamos dizendo que apenas as atitudes comissivas do ascendente é que poderiam gerar dano à criança, quando na verdade, as atitudes omissivas dos pais que deixam de cuidar e educar o seu filho são igualmente danosas a este.

Ainda há julgados, também, que entendem pela necessidade de demonstração de que o filho procurou o genitor e este é que rejeitou a prole, impedindo-o de visitar, ou maltratando-o e tornando sua companhia insuportável para a criança. Em um dos acórdãos do TJ-SP o Relator afirmou que houve “inexistência de prova ou mesmo alegação de que o genitor tenha maltratado a filha, ou se negado a se relacionar com ela ou impedido”¹⁰².

Ao fazer uma análise mais abrangente dos casos, é fácil notar que raríssimos foram os casos que o filho realmente conseguiu a reparação requerida. Mantém-se o posicionamento de que o abandono afetivo seria indenizável, mas na prática, os Magistrados acabam obstando o acesso judiciário do filho, com base em numerosos obstáculos para a demonstração do dano. É claro, por exemplo, que o filho que foi abandonado pelos pais, ainda que tenha impactos psicológicos negativos em sua vida, não vai ter como única causa de todos os seus problemas a

¹⁰¹BRASIL, TJ-DF - EIC: 20120110447605, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 26/01/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/02/2015 . Pág.: 98.

¹⁰²BRASIL, TJ-SP - APL: 00007022920148260333 SP 0000702-29.2014.8.26.0333, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 21/03/2016, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2016.

relação com seu genitor. O filho simplesmente não pode ter passado por nenhum outro trauma na vida que simplesmente passa a não fazer jus à indenização mais. Tudo isso mais parece uma manobra para driblar a jurisprudência firmada e acabar mantendo os infantes sem qualquer proteção estatal, exatamente como ocorria antes da mudança de posicionamento do STJ.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como cerne de seu desenvolvimento o questionamento se a condenação indenizatória de danos morais por abandono afetivo está relacionada à ausência de sentimento amoroso dos pais ou à ausência de condutas e atitudes objetivas e concretas de cuidado, zelo e educação por parte do genitor?

Isto porque, os doutrinadores mais conservadores que ainda mantêm seu posicionamento contrário à corrente que possibilita a indenização do filho abandonado afetivamente, utilizam como o maior de seus argumentos o fato de que o Estado não pode obrigar ninguém a amar.

Como foi analisado no decorrer deste trabalho, vemos que a doutrina favorável à corrente indenizatória salienta que não se trata de uma obrigação de amar, e sim de uma obrigação de cuidar da prole. A grande diferenciação é que o amor possui caráter subjetivo e interno do indivíduo – está relacionado aos sentimentos, emoções e sensações do genitor. Já o cuidado possui um caráter objetivo e mensurável através de condutas concretas e visíveis que demonstram que o genitor demonstrou atenção, zelo, cuidado, educação ao seu filho. Para esta corrente, seria plenamente possível os pais cuidarem do filho e ser presentes em sua vida (atitudes), sem jamais o amarem (sentimentos). E, portanto, é isto que o Estado requer do genitor: cuidado, e não amor.

Após a análise de ambas as correntes, este trabalho concluiu que a corrente desfavorável à indenização apenas se mantém firme quanto à impossibilidade de obrigar alguém a amar, sem se manifestar sobre essa diferenciação crucial. A corrente favorável à indenização desmonta todos os argumentos contrários à sua tese, mas em geral, os doutrinadores contrários à indenização por abandono afetivo, se limitam a poucos parágrafos sobre o tema, repetindo-se entre si.

E apesar de boa parte da doutrina já aceitar a tese indenizável ao abandono parental, a jurisprudência ainda resiste muito à ideia. Os conceitos de abandono afetivo são completamente distintos em cada um dos Tribunais. Alguns Tribunais ainda negam indiscriminadamente a possibilidade indenizatória ao filho

abandonado. Outros, dizem que aceitam a tese, mas dificultam a comprovação do abandono afetivo nos autos processuais de tal maneira, que raríssimos são os casos de algum filho que conseguem uma resposta Estatal devida.

Ao que nos parece, para o filho conseguir a indenização civil que lhe é cabível, é necessário que demonstre a ausência das condutas de cuidado, educação e zelo (muitos tribunais ainda exigem prova de desprezo e rejeição do genitor), a prova do dano psicológico sofrido pelo filho, e ainda o nexo causal concreto e palpável de que todos esses danos psicológicos do menor ocorreram como consequência unicamente da conduta paterno-materno omissa. É quase uma missão impossível provar que houve abandono afetivo realmente.

Nesse sentido, vemos que há um clamor social crescente para que o Estado intervenha nessas relações e proteja o menor que está sendo negligenciado pelo genitor e prejudicado em seu desenvolvimento. No entanto, essa posição ainda encontra bastante resistência no âmbito dos tribunais e até mesmo entre doutrinadores mais conservadores. Vale ressaltar que o tema tem sido cada vez mais propagado ao longo do tempo, e ganhado cada dia mais adeptos. Assim sendo, conclui-se que a evolução da responsabilidade civil por abandono afetivo tem caminhado ao longo do tempo, e o desenvolvimento da tese requer um amadurecimento da sociedade.

Referências dos livros:

AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BEVILÁQUIA, Clóvis, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. P. 01.

BICCA, Charles. **ABANDONO AFETIVO: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: editora OWL, 2015, p. 46.

BORGES, Isabel Cristina Neves. **QUALIDADE DA PARENTALIDADE E O BEM-ESTAR DA CRIANÇA**. 2010, p. 60. Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciência da Educação de Coimbra. Coimbra/POR.

BRASIL, TJ-RS - AC: 70057304263 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/12/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013.

BRASIL, STJ - RESP: 275568/RJ, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 18/05/2004, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/08/2004 p. 267.

BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

BRASIL, STJ – RESP 1557978/DF Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 17/11/2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

COSTA, Élide de Cássia Mamede. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL PATERNO-FILIAL: o reconhecimento do dano moral in reipsa como mecanismo de concretização de direitos fundamentais interprivatus**. Artigo científico – Universidade Federal do Pará– PA, p. 9.

DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

FACHINETTO, Neidemar José. **O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

JABLONSKI, Bernado. **PATERNIDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO PAIS-FILHOS APÓS A SEPARAÇÃO CONJUGAL**. 2010, p. 60. Artigo científico – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ, p. 6.

LIMA, Ricardo Alves de. Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 56. In: CARVALHO, Dimas Messias de. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Antônio Cesar. **DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**. Artigo: Responsabilidade civil no Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Correia da. **DIREITO CIVIL: Direito de Família**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.