

Dano moral por abandono afetivo

Magna Moreira Nascimento¹

Roberta Salvático de Mello²

Recebido em: 08.03.2023

Aprovado em: 13.07.2023

Resumo: Esta monografia tem por objetivo, demonstrar à sociedade tais divergências acerca do abandono afetivo no âmbito familiar. Deve-se observar também a seriedade do assunto especificado já que se trata da construção e permanência da família e o desenvolvimento normal da criança que se encontra nesse ambiente. Pode-se mensurar que não poderia ser diferente, uma vez que o afeto é a base do direito e da dignidade humana perante o ordenamento jurídico sobre o direito de família. Os resultados mostram que até o presente momento, não existe doutrinas e nem jurisprudências que se posicionam de forma definitiva sobre o assunto abordado, onde que vê-se a necessidade de estudos mais aprofundados sobre tal matéria e um posicionamento para que seja clara e objetiva sua definição.

Palavras-chave: família; afeto; abandono; dano moral.

Moral damage for affective abandonment

Abstract: This monograph aims to demonstrate to society such divergences about affective abandonment within the family. The seriousness of the specified subject must also be observed since it deals with the construction and permanence of the family and the normal development of the child who is in that environment. It can be measured that it could not be different, since affection is the basis of the right and human dignity before the legal system on family law. The results show that so far, there are no doctrines or jurisprudence that are definitively positioned on the subject addressed, where there is a need for further studies on this matter and a position to be clear and objective. its definition.

Keywords: family; affection; abandonment; moral damage.

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais

² Doutora em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora do Núcleo de Práticas da Faculdade Minas Gerais (FAMIG) e Professora de cursos de Graduação e Pós-Graduação. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada. E-mail: robertasalvatico@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O dano moral por abandono afetivo é um tema relevante no contexto brasileiro e merece ser discutido, já que são muitas, as vítimas do desafeto. Contudo, ainda está sob o manto de muitas controvérsias no ordenamento pátrio e jurisprudência, o que muitas vezes tem promovido a injustiça, deixando o menor desamparado, até mesmo da tutela do Estado.

Verifica-se que o abandono moral e afetivo pode gerar uma possível aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, pois, abandonar afetivamente uma criança pode gerar um gravoso sofrimento daquele que é abandonado. O que geraria a possibilidade de aplicação de uma pena de indenização por dano moral.

Observa-se em alguns entendimentos que o abandono afetivo a uma criança por parte dos pais, tal qual o responsável, se evidencia em uma possível reparação pelos danos recorrentes, onde se observa que o Direito de Família se mantém atrelado ao princípio da dignidade humana. O vínculo entre os pais e filhos, deve ser permeado de cuidados e responsabilidades, independentemente da situação conjugal dos genitores.

Sendo assim, justifica-se a elaboração deste trabalho, já que abandono afetivo é bem discutido no sistema jurídico brasileiro, na visão doutrinária e numa busca pelo entendimento Jurisprudencial, já antevendo que não há consenso, pois, observa-se que tal assunto divide opiniões, pois, para muitos há a visão de que um pai que abandona um filho independentemente de motivo, não pode ser responsabilizado pecuniariamente a prestar assistência ao filho, pois, o afeto não possui valor monetário, o afeto é algo que se deve ser oferecido espontaneamente.

Portanto esse trabalho procura analisar essa questão, que foi abordada ao longo deste artigo, onde procurou discutir o que estabelece o ordenamento pátrio, já que por abandono afetivo entende-se que é quando os pais negligenciam no dever de cuidado, de proteção, de criação, de educação, além da assistência moral, psíquica e social para com seus filhos, fatos que por si só geram danos morais.

Na sequência esclarecer como se configura o abandono afetivo, demonstrando como ele acontece e o que pode ensejar na vida do menor, da família e da sociedade como um todo.

Para elaborar o presente trabalho, utilizou-se a pesquisa teórico-dogmática, sendo abordados estudos de doutrinadores e ademais, pautou-se a pesquisa nas jurisprudências e matéria constitucional.

A pesquisa teve caráter transdisciplinar, com incidência de investigações no Direito Civil da Família, Direito Constitucional, Estatuto da criança e do adolescente, Direito Civil.

Este presente artigo tem por objetivo, demonstrar à sociedade tais divergências acerca do abandono afetivo no âmbito familiar. Deve-se observar também a seriedade do assunto especificado já que se trata da construção e permanência da família e o desenvolvimento normal da criança que se encontra nesse ambiente. Pode-se mensurar que não poderia ser diferente, uma vez que o afeto é a base do direito e da dignidade humana perante o ordenamento jurídico sobre o direito de família. Observa-se também que até o presente momento, não existe doutrinas e nem jurisprudências que se posicionam de forma definitiva sobre o assunto abordado, onde que se vê a necessidade de estudos mais aprofundados sobre tal matéria., visto que são inúmeras as vítimas do desafeto e diante do gemido de dor e cansada de recorrer os meios legais, uma prole não tendo mais o que fazer, ao ver o filho abandonado pelo seu pai, privado do direito a convivência e de ser cuidado por ele, seu grito de socorro ecoa ao poder judiciário a qual dá voz àqueles que sociedade os silenciam.

2 CONCEITOS DE FAMÍLIA

Tem-se como significado por família, o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco ou laços afetivos e vivem na mesma casa formando um lar. Uma família tradicional é normalmente formada pelo pai e mãe, unidos por matrimônio, e por um ou mais filhos, compondo uma família nuclear ou elementar (SIGNIFICADOS, 2022).

Durante a Idade Média, houve o estabelecimento da união matrimonial como um sacramento da Igreja. Essa mudança é uma marca da relação entre a Igreja e o Estado.

Surge a ideia do casamento como uma instituição sagrada, indissolúvel e destinada à reprodução. É durante esse período que se consolida o conceito de família tradicional composto por pai, mãe e seus filhos.

Tem-se que a ideia de família é tida como inconcebível atualmente, uma forma arcaica e, de certo modo, repudiada na atualidade. Porém, isto somente se deu pela evolução a que passou a sociedade ao lutar pela igualdade entre os indivíduos e pela valorização da dignidade da pessoa humana. Hoje as pessoas se unem por haver uma atração entre elas, um querer. Por isso é possível vislumbrarmos que uniões estáveis podem constituir família, que há a família monoparental (mãe ou pai solteiro) e que há família na união de pessoas do mesmo sexo. Tudo isto porque o elemento responsável pela constituição da família é subjetivo e decorre da vontade dos indivíduos (AUGUSTO, 2015).

No período após a revolução industrial e a consolidação da contemporaneidade, houve o aumento da complexidade das relações e das possibilidades de formação de diversos tipos de famílias. Essa mudança fez com que houvesse uma evolução do próprio conceito.

Questões relativas ao matrimônio e à reprodução perdem força e o fator determinante para a formação de uma unidade familiar torna-se o afeto.

O conceito de família, vem se modificando muito ao longo do tempo. Com o passar dos séculos, e as diferenças existentes face as culturas, o conceito de família se modifica. O conceito familiar, é formado por uma lógica que inclui um conceito social, filosófico, doutrinário e jurídico. Sendo assim, como a sociedade está em constante movimentação, a lógica social que se pauta em uma normatividade jurídica, também é viva face aquilo que se conhece como família. O entendimento de Pablo Stolze e Rodolfo Gagliano é de que (2019, p. 51):

Nesta obra, preferimos utilizar a expressão “Direito de Família” — em vez de “Direito das Famílias” —, não por um apego estéril à tradição legislativa ou adoção da equivocada ideia unívoca do signo “família”, mas, sim, pelo reconhecimento de que a expressão “família” é gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto de proteção do Direito.

Já Rolf Madaleno (2020, p. 54) diz:

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.

E ainda (2020, p. 54):

A família que foi repersonalizada a partir do valor do afeto, não de qualquer relação afetiva, como pudesse alguém argumentar, mas de um afeto especial e complementar de uma relação de estabilidade, coabitação, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum.

A ideia de família já avançou consideravelmente, mas ainda há resquícios de um conceito antigo de família na sociedade atual, afinal, não se trata de um conceito universal, sendo a família composta por indivíduos, cada qual com uma maneira única de pensar. Porém, em um contexto generalizado, percebemos que o ideal de família evoluiu juntamente com a sociedade, evolução esta que ainda não se findou (AUGUSTO, 2015).

Para José Afonso da Silva (SILVA, 2003, p. 822) “a família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos”.

Para Lôbo (2008, p. 34-37) “os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família subdividem-se em princípios fundamentais abrangendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, e princípios gerais, onde se inserem a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o princípio de melhor interesse da criança”.

No Brasil, atualmente, o conceito de família ampliou-se, com o advento da Constituição de 1988, bem como do Código Civil de 2002.

Para Maria Helena Diniz (2018, p. 18), a família é regulamentada pelo:

Complexo de normas que regulam a celebração do casamento sua validade, e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e tomada de decisão. (DINIZ, 2018, p. 18)

Já Carlos Roberto Gonçalves (2018), entende o conceito de família enquanto uma realidade sociológica que constitui parte importante para manutenção do Estado. A família é vista como núcleo fundamental para organização estatal. E o Código Civil, juntamente a Constituição de 1988, estabelecem a estrutura necessária para defini-la.

Gonçalves (2018) aponta ainda que o termo “família” tem uma dimensão que abrange todas as pessoas que tem um vínculo comum, sanguíneo, bem como que mantém um vínculo afetivo.

Sendo assim, o conceito de família vem tomando uma dimensão mais abrangente a cada momento, não se materializando apenas por laços consanguíneos, ou se concretizando pelo vínculo contratual da formação matrimonial perante o Estado. A família tem se mostrado cada vez mais ampla e tem sido aceita pela sociedade em seus mais diferentes arranjos.

Venosa (2012) aponta que o conceito de família, bem como sua compreensão, encontra-se entre os mais mutáveis dentro da sociedade. Para ele: “a sociedade de mentalidade urbanizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado”.

Assim, o conceito de família, hoje, vai muito além do que há tempos se tinha, um modelo de família pautado no contrato que vincula o casamento. Pode-se afirmar que a terminologia tem ênfase na diversificação.

De acordo a Pereira (2015, p. 18) “não são poucas nem infrequentes as modificações que o Direito de Família suporta em consequência das mutações conceituais dos tempos modernos, algumas com impacto profundo sobre os institutos tradicionais”. Pois, é fato que o direito de família, hoje, ao estabelecer outras formas de constituição familiar, diferente do tradicional (casamento entre homem e mulher) estabelece um fluxo diferente de conceituação, visto a abrangência da diversidade na sociedade e as mais diversas vertentes ante as ciências que definem a estrutura estatal e nela, o organismo primordial, que é o núcleo familiar.

A Constituição de 1988 estabeleceu que a adoção deve ter o apoio do Poder Público, ou seja, sua assistência, estando a mesma sujeita a normas especiais de efetivação. Sujeitando-se as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos ao Código Civil de 2012 e os menores aos procedimentos próprios da Lei 8.069/1990 (PEREIRA, 2015).

Dessa forma, ~~como~~ o conceito de família está se modificando ao longo dos tempos, e com isso gerando a modificação também da legislação vigente a cada época. Sendo assim, o direito, ao acompanhar as modificações culturais existentes em sociedade tende a se ampliar e se flexibilizar em relação ao que se permeia enquanto conceito de família.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

O que sustenta o nosso ordenamento jurídico é a base principiológica, pois são os princípios que complementa o ordenamento e é onde que traçam regras ou preceitos para toda implementação jurídica.

O significado da palavra princípio quer dizer ponto de partida. No direito, seu significado é de causa, fundamento, ou seja, a razão que justifica porque as coisas são da forma que são.

Para Miguel Reale (2003, p. 37), os princípios são:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2003, p.37)

O Direito de Família busca harmonizar a igualdade plena entre os indivíduos, seja tem o intuito de nortear o direito de família. Contudo, é possível concluir que o princípio inspira na criação da norma, cumulada com a função de instruir o legislador ou outro agente sobre os seus motivos.

Os princípios do direito de família não são taxativos, porque existem vários entendimentos de outros princípios gerais, mas alguns tem maior importância e relevância. Veremos ao decorrer do assunto.

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

Está previsto no Art. 1º, Inciso III, da Constituição Federal de 1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo considerado o princípio dos princípios. Diante disto, a pessoa é supervalorizada e o patrimônio perde importância.

A dignidade humana “nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência” (NUNES, 2018, p. 71). O princípio possui um sentido de “solidarismo social”, significa dizer que o indivíduo não tem direito de abrir mão de sua dignidade, pois o respeito ao princípio interessa à sociedade como um todo.

No Direito de Família, o princípio da dignidade humana se baseia na colaboração dos outros entes familiares na plena formação e desenvolvimento da personalidade de cada membro.

A família é quem possui relevância máxima para a formação e propagação de valores, visto que em seu seio é desenvolvida a personalidade de cada ser humano. Especialmente no Direito de Família, considerado os mais humanos de todos os ramos do Direito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de ser o embasamento de todos os outros, garante o pleno desenvolvimento aos indivíduos (MEZZARROBA et al., 2014).

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, constituindo “parte do conteúdo dos direitos fundamentais, desempenhando o papel de ser fonte de direitos e deveres e de interpretação das leis (BARROSO, 2018, p. 289)

Este princípio qualifica o ser humano e dessa forma dele não se pode destacar. Portanto, a dignidade faz parte da natureza humana, na medida em que não se pode criar e nem retirar algo que é peculiar ao homem (SARLET, 2012, p. 79). Desta forma, entende-se a dignidade como um valor intrínseco ao ser humano, impossível de ser renunciado e inalienável e que engloba o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, e, assim, para a preservação desta dignidade “se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade”.

Daniel Sarmiento (2016, p. 92) considera que o princípio da dignidade humana possui como conteúdo material a compreensão de pessoa humana, derivada da ordem constitucional com fundamento da moralidade cívica.

A pessoa deve ser considerada com respeito e consideração sem que seja considerada como um ser distinto dos demais.

O princípio da dignidade possui três componentes, quais sejam:

O valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a autonomia, tanto na

sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações. (SARMENTO, 2020)

Conclui-se, que a dignidade humana é um princípio de caráter universal, que impõe deveres de abstenção e condutas positivas com o fito de se proteger a efetivação da pessoa humana. Tudo isso conforme preleciona o art. 1º da declaração Universal dos Direitos do Homem, que diz “os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que os homens nascem dotados de consciência, dessa maneira devem os humanos agir com fraternidade”

E que a dignidade da pessoa humana se relaciona com um dever de respeito aos seres humanos e esse respeito se exige também no ambiente familiar.

3.2 Solidariedade familiar

A solidariedade é reconhecida de forma expressa na Constituição Federal, no artigo 3º, inciso I, ao estabelecer como objetivo fundamental da nação, na perspectiva de visar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A solidariedade é a ligação recíproca entre duas ou mais pessoas ou responsabilidade recíproca entre os membros de uma comunidade. Trazendo para o contexto familiar, podemos entender como respeito e preocupação um com o outro. tal princípio se aplica às relações familiares e não se restringe a solidariedade patrimonial, mas também afetiva e psicológica, importa em respeito e consideração entre os membros de uma família. (DICIONÁRIO, MICHAELIS, 2022)

Cabe ressaltar que a solidariedade não é apenas patrimonial, mas também afetiva e psicológica. Deste modo, ao criar deveres recíprocos entre os componentes do grupo familiar, isenta-se o Estado da responsabilidade de prover todo o conjunto de direitos que são garantidos constitucionalmente ao cidadão (TARTUCE, 2013).

Esse princípio se refere ao fato de ser responsabilidade de todos os integrantes da sociedade a busca pela solidariedade, retirando essa obrigação somente do poder público.

A aplicação do princípio está diretamente relacionada ao fim do individualismo jurídico, fim da predominância dos interesses individuais sobre os direitos sociais (LÔBO, 2011)

De acordo com a Constituição Federal que discorre sobre o princípio da solidariedade, que diz: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. E no “art. 230. 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”.

Sobre o princípio da solidariedade o Estatuto da Criança e do Adolescente diz:

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

Já o Código Civil relata onde cabe o princípio da solidariedade, que diz: “art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. E “art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo”.

Conclui-se que a solidariedade familiar ultrapassa as questões patrimoniais. Logo, impõe-se às questões afetivas e psicológicas. Criando, portanto, deveres recíprocos entre os membros do grupo familiar.

3.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade contido na Constituição Federal teve grande impacto no direito de família, pois mudou a concepção de diversos institutos e representou o fim do patriarcalismo existente em nossa sociedade, os maiores destaques são a igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre as entidades familiares existentes.

A organização e a direção da família são pautadas pelo princípio da igualdade. (DIAS, 2011)

Esse princípio determina que todo cidadão seja tratado igualmente perante a lei, e veda quaisquer paradoxos injustificáveis perante à Constituição, isto é, extinguindo qualquer discriminação que o indivíduo possa vivenciar.

O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado a status de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados. (LÔBO, 2014)

Antigamente, filhos concebidos fora do casamento não tinham os mesmos direitos dos filhos, considerados verdadeiros. Somente a partir da criação da Constituição de 1988 é que houve a inclusão desse princípio, eliminando essa distinção.

O artigo 227, § 6º, da Constituição impede a distinção entre os filhos.

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

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

Nesse mesmo sentido o artigo 1.526 do Código Civil de 2002 diz: “que é reconhecida a união estável como entidade familiar”. Antigamente, existia apenas o casamento como entidade jurídica válida.

A lei os reconhece como entidade familiar, possuindo os mesmos direitos e deveres existentes em um casamento (assistência, respeito e consideração mútuos, prestado por ambos os cônjuges, de acordo com as possibilidades patrimoniais e pessoais do indivíduo).

Conclui-se também que o princípio da igualdade na chefia familiar que deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, incluindo a opinião dos filhos. Trata-se de um regime de companheirismo e colaboração, não mais de hierarquia e patriarcado.

3.4 Princípio da Liberdade

A entidade familiar, goza de liberdade de Constituição que ocorre entre seus membros, em relação ao matrimônio, educação dos filhos, escolhas culturais e desenvolvimento de identidade social, respeitando-se a integridade física e psíquica da criança. (LÔBO, 2011)

Tal princípio é responsável por uma nova visão familiar, a autoridade parental deve ser vista sob a ótica dos laços de solidariedade entre pais e filhos, igualdade entre cônjuges no exercício do poder familiar, que se volta conseqüentemente ao melhor interesse dos filhos. Proporciona a liberdade de se dissolver o casamento e a extinção da união estável. (LÔBO, 2011)

O princípio da liberdade também pode ser chamado de princípio da não intervenção e, pode ser definido no artigo 1.513 do Código Civil que diz: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. E o art. 1565, § 2º do Código Civil, segundo o qual o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo proibida qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito.

3.5 Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar, é um dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, e deve ser exercida em todo o âmbito familiar, conforme disposições constitucionais fundamentais previstas os artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988 e aqueles previstos pelo ECA, em especial no artigo 19.

A família é concebida como célula-mãe da sociedade desde a antiguidade e essa noção, apesar de toda a evolução social, é mantida até os dias atuais. (TARTUCE, 2013)

A convivência familiar representa a relação duradoura entre os integrantes de uma entidade familiar, sendo que esses indivíduos estão ligados por laços de parentesco, consanguinidade e afetividade.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Quando a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o direito a convivência familiar, não estabelecem limites. Como os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, o direito de

convivência estende-se aos avós e a todos os demais parentes, inclusive colaterais. (DIAS, 2016, p.01)

Este sistema de proteção trouxe uma percepção ampliada do conceito de família abrangendo todos aqueles que mantêm um vínculo de afinidade e afetividade.

4 AFETIVIDADE E DEVER DE CUIDADO

O princípio da afetividade é um princípio implícito que tem fundamento constitucional na dignidade humana e no direito à convivência familiar. O problema do princípio da afetividade está em sua aplicação, ou melhor, em sua efetivação, e não em sua coerência com a Constituição e seu princípio máximo, que é a dignidade da pessoa humana, conforme já assinalado. Como garantir que este direito torne-se efetivo e como verificar se este sentimento existe dentro de um lar é que são tarefas difíceis. A afetividade se constrói por meio da convivência, porém não se pode dizer que apenas por ela. Conviver nem sempre significa viver sob o mesmo teto com uma pessoa. Verificar a existência do afeto na família, quando não se faz parte desta é algo muito complicado, já que o afeto não é um sentimento que pode ser fixado, determinado, assim como todos os demais sentimentos, este não pode surgir por uma obrigatoriedade, surge naturalmente através de uma identificação com o outro, esteja este outro ligado por laços sanguíneos ou não.

Para Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA, 2008, p. 28)

Já para Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2015, p. 31), “a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como um grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional”.

Para Lôbo (2011, p. 70), “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.

De acordo com Tartuce:

Deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares. (TARTUCE, 2002, p. 01)

Quanto ao princípio da afetividade, já se provou sua coerência com a Constituição e seus princípios, ou seja, este advém da Constituição. O problema de sua aplicabilidade pode ser solucionado por meio de uma política jurídica, que não seja punitiva, onde o objetivo seja a construção de uma ordem social justa que vise a realização plena e/ou efetiva de um bem comum através de meios possíveis e cabíveis ao Direito.

4.1 Dever de cuidado

Quando um casal decide ter filhos, por planejamento ou descuido, assume o risco de uma gravidez indesejada, nasce a partir daí o dever de cuidado com os mesmos.

O dever de cuidado vem estabelecido na Constituição Federal, nos artigos 229 da CF/88 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde: “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” e que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.”

Para Ionete de Magalhães Souza:

O vazio injustificado em um contexto de senso comum – no qual as pessoas em caráter mediano não entendem tal forma de agir daquele que gerou – preenche negativamente todo o universo afetivo de quem foi abandonado. A dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera que demonstre tais sentimentos e atitudes, naturalmente é capaz de desmoronar o ser em formação e a lógica (tão ilógica) que permeia suas indagações mais íntimas. É o querer saber porque “todos” tem pai presente e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os tem com as melhores expectativas para o futuro. Mas que o seu caso é “abandono premeditado”, por não ser digno, por exemplo, de ser amado. As consequências são distúrbios de comportamento, com baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz. (SOUZA, 2010, p.119)

Apesar de se acreditar na premissa de que “quem ama cuida”, não se está aqui responsabilizando a falta de amor e sim a falta de cuidado e de convivência, o que geralmente está associado ao amor, mas se trata de um dever que independe do sentimento.

Estabelece o artigo 186 do Código Civil Brasileiro que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ainda, o artigo 927 do mesmo diploma legal, disciplina que “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a indenizar”.

Rolf Madaleno defende, ainda, que, o fundamento jurídico da providência, se ajustaria melhor pelo abuso de direito, o qual prescinde da comprovação de culpa, do que pelo viés da responsabilização civil:

Os filhos tem o direito à convivência com os pais – pela necessidade inata de afeto e pela função específica que cada um deve desempenhar. (...) Em razão disto, tem gravíssima repercussão negativa qualquer injustificada frustração ao exercício do direito de visitas (...) os pais tem que participar da vida do filho, dando amor, carinho, afeto, com desvelo e amizade. Não o fazendo assumem a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos na vida dos filhos e com repercussão por toda a sua vida, com sintomas de depressão, ansiedade, tristeza, insegurança e complexo de inferioridade na comparação com seus conhecidos e amigos. Portanto, deixou a família de ser imune ao direito de danos, encontrando o pedido de indenização o seu fundamento no artigo 187 do CC, não por ato ilícito, mas por abuso de direito. (...) O abuso de direito independe de culpa, pois usa noção, extrapola a teoria da responsabilidade. Trata da imposição de restrições éticas ao exercício de direitos subjetivos, tendo em conta que no âmbito do conteúdo do direito de visitas existem barreiras que não podem ser ultrapassadas.” (MADALENO, 2009, p.31)

Com o intuito de dirimir a controvérsia sobre a caracterização do abandono afetivo como ato ilícito, a proposta do Estatuto das Famílias, PLS n.º 470/2013, nos seus artigos 108 e 109, conceitua a prática como qualquer ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança ou do adolescente, entre eles a convivência familiar saudável:

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

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

Parágrafo único. Compreende-se por assistência afetiva:

I. Orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II. Solidariedade e apoio nos momentos de necessidade ou dificuldade;

III. Cuidado, responsabilização e envolvimento com o filho.

A ausência do afeto no seio da família causa danos psíquicos aos filhos. Tais danos podem ser irreversíveis e jamais serão compensados por indenizações pecuniárias eventualmente cobradas, conforme destaca Vanessa do Carmo Diniz:

O objetivo não é saber quanto custa o afeto, mas fazer com que a sociedade compreenda o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

(...)

Não se pode falar em dignidade humana, quando a pessoa, no seu desenvolvimento, é privado dos sentimentos de amor, carinho, proteção e respeito. O reconhecimento do afeto como base fundamental da estrutura familiar é essencial para a formação de seres humanos comprometidos com os valores de uma sociedade mais fraterna. (DINIZ, 2010, p.35)

Sendo assim, os pais tem o dever de cuidar dos filhos, não acontecendo isso deverá ser responsabilizado pelo abandono afetivo.

5 O DIREITO A AFETO E SEUS REFLEXOS NA VIDA DA CRIANÇA

O afeto é matéria prima das relações familiares e também elemento relevante a ser considerado na esfera jurídica, pois além de promover a dignidade da pessoa humana, contribui para a formação plena do indivíduo no aspecto moral, psicológico e social.

O dicionário Michaelis traz a seguinte definição para o verbete afeto:

1. Sentimento de afeição ou inclinação por alguém, amizade, paixão, simpatia. 2. Ligação carinhosa em relação a alguém ou a algo, querença. 3. PISCOL. Expressão de sentimento ou emoção como, por exemplo, amizade, amor, ódio, paixão (AFETO, 2019).

No direito, o conceito de afeto tem suas bases nas relações familiares e surge como um princípio jurídico compreendido como dever de cuidado, assistência, e convivência, no sentido de se fazer cumprir todas as obrigações decorrentes do poder familiar de proteção integral à criança e ao adolescente como sujeitos de direitos, nos termos do Art. 227 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2019)

Ademais, fazem voz a Magna Carta vários artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2013), com destaque para os arts. 3, 15, 19 e 22 do *In verbis*:

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

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 2013)

E conforme preceitua Madaleno (2017):

O estatuto da criança e do Adolescente em seus artigos consagra a proteção imaterial dos incapazes, aduzirem que a criança e o adolescente usufruem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como meio de desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual, com liberdade e dignidade, sendo passível de punição o exercício pela criança e o adolescente de qualquer ofício que atente contra os direitos fundamentais. O Estatuto em seu artigo 17, visa proteger a integridade física, moral e psíquica dos menores abrangendo a proteção a imagem, proibindo o uso abusivo e colocando a salvo da curiosidade alheia (MADALENO, 2017, p. 334).

Portanto, é no seio familiar que o indivíduo realiza suas primeiras experiências afetivas e se prepara para viver em sociedade e enfrentar os desafios da vida, uma vez que “a afetividade passou a ser elemento nuclear definidor da união familiar – triunfo da intimidade como valor da modernidade”. (LOBO, 2010, p. 31).

Maria Berenice Dias (2007) ressalta que:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem

sempre será, como sempre foi, a família (...). O direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. (...) as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor. (DIAS, 2007, p. 68)

Sendo assim, não resta dúvida que os filhos tem direito ao afeto de seus pais, e estes por sua vez, tem o dever fundamental de dar afeto aos filhos de criar mecanismos que defendam seus rebentos do desamor.

Tartuce (2012) assevera que:

O afeto não se confunde necessariamente com o amor, afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. (TARTUCE, 2012, p.28)

Já para os Doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal: O afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiares de cada um de seus membros [...] (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 130).

O que se percebe, é que é necessária a troca do afeto para que as relações se efetivem, já que se exige daqueles que participam deste laço afetivo, dedicação, o dever de cuidado e muito amor.

Hironaka assevera:

O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores. Justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imorredouro do afeto. (HIRONAKA, 2006, p. 436)

Resta claro, que a ausência dessa relação afetiva, pode resultar em prejuízos à formação plena da criança e do adolescente, que podem comprometer severamente o seu futuro e chegar as raias da vida adulta.

Charles Bicca pontua que:

A criança abandonada pode apresentar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto da vida, a dor da criança que espera por um sentimento, ainda que mínimo, de amor ou atenção, pode gerar distúrbios de comportamento, de relacionamento social, problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, inclusive problemas de saúde, entre outros devidamente comprovados por estudos clínicos e psicológicos. Diversos são os estudos promovidos no sentido de comprovar os danos mentais e clínicos em menores negligenciados pelos pais. (BICCA, 2016, p. 57)

Isabela Crispino assevera que:

Já é pacífico, entre as psicólogas e assistentes sociais, o entendimento de que crianças abandonadas pelos pais sofrem trauma de ansiedade, que irá repercutir, diretamente, em suas futuras relações, fazendo-a perder sua confiança e autoestima (CRISPINO, 2008).

Sendo assim, Hironaka reitera que o dano advindo do abandono afetivo é um dano à personalidade do indivíduo. *In verbis*:

Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança e o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. (HIRONAKA, 2006, p. 436)

Gagliano & Pamplona Filho citam as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, pioneiro no tema sobre abandono afetivo no Brasil, ao analisar o primeiro caso que chegou em uma Corte Superior de Justiça neste país:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 748)

Diante disso, os filhos do desafeto, buscam agora a reparação sofrida, pelo desamor, nos tribunais. Contudo, estabelecer o afeto como dever jurídico, ainda está em discussão, pois há verdadeiros conflitos na doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Segundo Farias e Rosenvald, (2018, p. 133) “as vozes estão divididas em uma verdadeira diáspora doutrinária”, ou seja, há divergências sobre o tema no âmbito jurídico e isso afeta a vida dos milhares de filhos abandonados Brasil afora.”

No Brasil, parte da doutrina e jurisprudência acredita que o poder judiciário não pode obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo. Mas, dizer que o Direito não tutela o afeto, o amor, trata-se de uma postura de defesa, que enfraquece os argumentos jurídicos.

Sendo assim o desamor, que filhos e filhas estão submetidos Brasil afora, deve ser objeto para o dever de indenizar, já que o desamparo vilipendia o princípio da dignidade humana. E nos dizeres de BICCA 2016, p. 15, o abandono afetivo é uma da forma mais graves de violência que pode ser perpetrada contra o ser humano e reforça “a violência é tão silenciosa que, nem mesmo o direito conseguia ouvir, com tantas decisões contrárias e muita controvérsia sobre o tema”.

Contudo, com a decisão do STJ, com o voto da ministra Nancy Andrigui, proferido no Recurso Especial nº 1.59.242, em São Paulo, em 24 de abril de 2012, o poder judiciário despertou para a grave situação dos filhos abandonados. *In verbis*:

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 gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão, que refoge os lindes legais, situando-se pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico 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 das ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre tratamento dado aos demais filhos – quando existirem – entre outras formulas possíveis que são trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (STJ, 2012, p.11).

De acordo com Santos (2019, p. 277) o voto da Ministra Nancy Andrighi não deixa pedra sobre pedra, quando aprecia a existência de dano moral por abandono afetivo.

Portanto, decisões como esta, da Ilustre Ministra, reforça que a justiça no país, deve-se pautar em uma maternidade/paternidade responsável, enfatizando que a violação do afeto dos pais para com os filhos pode ensejar em ato ilegal, podendo gerar indenização, com um viés punitivo e pedagógico, com o intuito de impedir mais vítimas do desafeto.

O autor Santos (2019) assevera ainda que:

Atualmente, ninguém é estoico o suficiente para padecer danos no âmbito familiar e considerar fruto do destino e da fatalidade. O abandono afetivo

encontra-se neste patamar, pois é fato gerador de perturbações, angustias e padecimentos outros que engendram dano moral (SANTOS, 2019, p. 277).

Isto posto, os filhos e filhas do Brasil tem direito ao pai, direito de serem cuidados, amados, instruídos e conforme preceitua Pereira (2008): “Nem só de pão vive o homem”.

Portanto, quando os pais deixam de exercer o dever de cuidado, agindo com indiferença afetiva para com seus filhos, resta demonstrado este abandono

E, conforme preceitua o Código Civil de 2002, capítulo 5, título III - Dos Atos Ilícitos, artigo 186, a possibilidade de responsabilizar os pais por abandono afetivo é certo e incontroverso. *In verbis*; “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2008, p. 165)

Na mesma linha, temos os artigos 497 e 498 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (BRASIL, 2016, p. 109)

Sendo assim, Farias e Rosenvald asseveram:

A obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da prática de um ato ilícito também incide no direito das Famílias. Por certo, não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiaristas. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 133)

Portanto, a condenação pecuniária é uma forma de coibir essa mazela social que é o abandono afetivo do filho (a) menor. E o artigo 229 da Constituição de 1988 demonstra qual é a tônica das relações entre os pais e os filhos hoje: “os pais têm o dever de assistir,

criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 2019, p. 173).

Isto posto, resta claro que além da indenização material, cabe aos pais a prestação da devida assistência moral, aos filhos. E como leciona Canezin (2006, p. 750) “a responsabilidade dos pais não se pauta tão-somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de propiciar o desenvolvimento humano mais completo possível aos filhos”, pois não se pode olvidar, que é nas relações familiares que se realiza a dignidade de seus membros.

6 O ABANDONO AFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Trata-se de um assunto muito complexo, a partir do momento em que se questionam valores e sentimentos das pessoas no âmbito familiar.

A expressão ficou muito conhecida na doutrina e jurisprudência, mas o que se busca no judiciário é a indenização em decorrência do não cuidado.

Nos dizeres de Hironaka (2007):

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta é a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao poder judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e a Sociedade (HIRONAKA, 2007, p.04).

O valor jurídico já foi, até mesmo, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências como disposto no artigo 227, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988, já mencionado neste trabalho, que demonstra quais são os deveres da família e do Estado para com a criança e ao adolescente, que é assegurar lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e a convivência familiar e comunitária.

Isto porque, a preocupação do texto constitucional é com a dignidade da criança e do adolescente, membro vulnerável da família. E a dimensão social dessa norma repercute

até mesmo na postura do juiz, que não pode mais se isentar de adotar uma conduta de defesa em favor da dignidade do menor abandonado.

Sendo assim, Antônio Jeová Santos (2019) leciona:

O desvelo e atenção a prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbradas em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania (SANTOS, 2019, p. 279).

A convivência dos pais com os filhos, não é uma faculdade e sim um dever e a falta dessa presença, pode configurar a situação de abandono, sancionada pela lei civil, com a destituição do poder familiar, como preceitua o capítulo 5, art. 1.638 do Código Civil, que relata: Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II – deixar o filho em abandono; (BRASIL, 2002).

Sobre o requisito mínimo, Bicca (2015, p. 32) afirma que “a ilicitude não está no desamor, mas na mais absoluta falta de atendimento ao dever de cuidado, requisito mínimo a ser empreendido na vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento”.

E em seu artigo *Nem só de pão vive o homem*, Pereira (2008) assevera que “a história de pais “abandônicos” têm sido quase um “lugar comum”, quase uma repetição de histórias de centenas ou milhares de crianças”, pelo Brasil. E o abandono é um ilícito que se reveste da maior gravidade que se pode atentar contra a dignidade Constitucional da família, pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando danos, muitas vezes irreversíveis à personalidade da criança e do adolescente.

Sendo assim, a paternidade responsável, hoje é consagrada como um dos princípios pilares do direito de família, previstos na Magna Carta em seu artigo 226, § 7º, que dispõe que todos têm a livre decisão sobre o planejamento familiar, sem qualquer interferência estatal ou privada.

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

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao

Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 2019).

E o referido princípio está atrelado ao princípio da liberdade, que no direito de família traduz na possibilidade da livre constituição e extinção da entidade familiar, cabendo aos membros desta, determinar os moldes da própria convivência.

Pereira, (2016, p. 188) destaca que:

A Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isso, sim, é que deve interessar ao Estado (PEREIRA, 2016, p. 188).

O Artigo 1.634 do Código Civil, cuja abordagem é sobre o exercício do poder familiar, traz como um dos atributos deste poder, o direito dever dos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos menores. Em outras palavras, quer dizer que os pais têm que se fazer presente e participar da vida de seus filhos, com desvelo, cuidado, assistência moral, mesmo que não tenham a guarda destes.

Assim, dispõem o referido artigo:

Art. 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

No entanto, o Estado somente deve atuar como protetor da família e de seus membros, mas, sem perder de vista os princípios que regem tal entidade, que impõe restrições ao princípio da liberdade, já que este deve ser erigido no dever de solidariedade, lealdade, assunção de responsabilidades em relação a todos, principalmente aos filhos menores.

E, como bem defende Rodrigo da Cunha Pereira (2016):

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o Direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes desses sentimentos. Afeição, segundo o Dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, dar feição, forma ou figura. (PEREIRA, 2016, p.253).

Sendo assim, o afeto, como cuidado, ação, não pode faltar para o desenvolvimento da criança, e a ausência da conduta afetiva pode caracterizar o abandono afetivo que se configura de várias formas, como a recusa injustificada dos pais ao dever de convivência com os filhos, ou quando os pais não querem estar junto deles, rejeitando-os ou tratando-os de forma indiferente ou até mesmo quando não os assiste na sua formação moral e intelectual, enquanto crianças e adolescentes. E nos dizeres de Antônio Jeová dos Santos (2019):

Como regra, é o homem que deixa de dar atenção ao filho. Seja no casamento frustrado pelo divórcio em que ele deixa o lar conjugal, seja com a existência de filho com a parceira ou convivente e ocorre ruptura da vida comum, o homem sai de casa, por vezes cumpre a obrigação de pagar a pensão alimentícia e desaparece. Os filhos nunca mais os veem ou tal ocorre de maneira espaçada, demorada, de tal arte que ficam sem a proteção e agasalho da referência paterna. Por descuido, desleixo ou raiva porque ocorreu a separação, o pai se afasta gradativamente até a ausência completa e total (SANTOS, 2019, p. 220).

Desta forma, a não presença do genitor (a) no desenvolvimento da vida do filho (a), é fator preponderante de diversos transtornos de ordem psicológica, social, insegurança, autoestima baixa, agressividade entre outros distúrbios, que podem desencadear lesões imateriais que sensibilizam o íntimo da vítima do abandono.

Para Bicca (2015):

O abandono afetivo é a morte em vida. As vítimas do abandono sofreram mais graves danos psicológicos, e junto com elas as genitoras ou genitores que vivem

uma angustia diária e nada podem fazer, pois a solução quase nunca está o alcance deles (Bicca, 2015, p. 15)

Rodrigo da Cunha Pereira (2000) ao se referir a ausência paterna interpreta:

[...] dessa imago paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos, e que repercute, obviamente, nas relações sociais. [...] Todos nós precisamos de uma imagem (boa) de nosso pai para estruturarmos-nos como sujeito (PEREIRA, 2000, p. 581).

Analisando esses fragmentos, é possível perceber, que o abandono afetivo, ofende não só os direitos de personalidade do filho, sua integridade psicofísica e sua dignidade, mas, transgride o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como fundamento do Estado democrático de direito, disposto no artigo 1, inciso III da Carta Magna, alicerce do grupo familiar.

Este princípio compreendido no ordenamento jurídico brasileiro, hoje, como um macro princípio, que impõe exigibilidade imediata, irradia-se em todos os institutos do direito de família, como bem esclarece Maria Berenice Dias (2015):

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos, (DIAS, 2015, p. 44-45).

Contudo, mesmo que o princípio em tela figure como norma do dever-ser revestido de caráter jurídico e vinculante e carregue a ideia de respeito irrestrito ao ser humano, e de estar elencado como fundamental, ainda assim, sofre verdadeiras violações, principalmente no Direito de Família.

Uma das formas de concretização destas violações se dá quando pais abandonônicos não prestam seus deveres afetivos para com sua prole.

E, o princípio da afetividade, mesmo não estando impresso de forma explícita nas normas constitucionais é fundamento e finalidade da família, já que sem afeto, esta não se realiza.

Sendo assim, para que a família se estruture nos alicerces da afetividade, importante também, é trazer o princípio da solidariedade, já que no direito de família está associado ao dever de cuidado e assistência mútua entre os membros da família, como disposto no artigo 229 da Magna Carta: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos

menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O artigo 1694 do código Civil de 2002 evidencia que deve haver assistência mútua e solidariedade recíproca entre parentes, cônjuges ou companheiros em caso de necessidade. *In verbis*:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. (BRASIL, 2002)

Nos dizeres de Paulo Lobo (2010):

A solidariedade familiar é fato e direito: realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional. (LOBO, 2010, p. 31)

A solidariedade se manifesta quando o direito da pessoa, de ser cuidada, instruída, mantida, até a maioridade se efetiva. E quando essa missão não é cumprida, o dano moral fica evidente.

Isto porque, deve-se observar o Princípio do Melhor interesse da Criança e do adolescente, que tem suas raízes na estrutura familiar contemporânea, fundada na afetividade e companheirismo e que vem sendo destacado nas recentes decisões judiciais.

Charles Bicca leciona que:

Tal princípio, expressamente previsto no art. 227 da Constituição Federal (1988) e no Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), determina ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar um leque de direitos essenciais, com absoluta prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem. É importante frisar que não se trata de simples recomendação, mas de determinação expressa do texto constitucional, no sentido de que o interesse da criança, pessoa em formação, deva prevalecer sobre todos os outros. (BICCA, 2015, p. 21,22)

Na perspectiva do direito de família, fica estabelecido que a prioridade absoluta e a plena proteção que deve ser despendida aos filhos menores. E como ensina Gagliano & Pamplona Filho (2019, p. 109): “todos os membros da família, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e

espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 109).

No princípio da igualdade entre os filhos, disposto no parágrafo 6º do artigo 227 da Magna carta, e Artigo 1596, determina que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação” (BRASIL, 2019).

Contudo, a discriminação dos filhos, é uma realidade nos vários processos por abandono afetivo, no Brasil, e se configura, quando o genitor, privilegia os filhos do casamento em detrimento dos havidos fora.

Por tudo isto, Pereira (2016), leciona:

O afeto, no sentido de cuidado, ação, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir como pai/mãe, está se trazendo o afeto para a ordem da objetividade apenas. Nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e a obrigação de condutas paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo judiciário, presente ou não o sentimento. (PEREIRA, 2016, p. 253)

Portanto, a ausência do afeto na infância e na adolescência afronta todos os princípios fundamentais do Direito de Família e a sociedade como um todo.

E nos dizeres de PEREIRA (2016, p. 255): “abandonar e rejeitar um filho significa violar direitos”.

A indenização em tela se refere ao mau exercício familiar que trás danos ao direito da personalidade do filho, quando este é abandonado, por seus genitores.

Portanto a paternidade ou maternidade irresponsável resulta em graves danos não só para a criança e ao adolescente, mas para a sociedade brasileira como um todo.

Desta forma, compreender o lugar do pai/mãe como uma construção social, se faz necessário analisar as consequências do abandono afetivo no âmbito da responsabilidade civil, quanto ao cabimento de indenização ao menor abandonado.

7 QUAIS AS POSSIBILIDADES DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

O tema responsabilidade civil é uma consequência das relações sociais na atualidade, no sentido de tornar o sujeito responsável por suas condutas.

Quando se trata de relações familiares a responsabilidade se torna ainda mais complicada para a preservação dos laços que unem seus membros, promovendo a realização da dignidade destes.

Isto porque, é preciso entender primeiramente o conceito jurídico de responsabilidade e entender que responsabilidade é mais que um valor jurídico, como bem leciona o jurista Rodrigo da Cunha Pereira (2016):

Mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos, que, inclusive, está atrelada a liberdade, que por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade (PEREIRA, 2016, p. 240).

De acordo com Gagliano & Pamplona Filho (2019):

A palavra Responsabilidade tem sua origem no verbo latino respondere, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo ainda a raiz latina de spondeo, fórmula através da qual se vincula, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016, p. 53-54).

O artigo 186 do código civil traz que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

E conforme preceitua Pereira (2016, p. 242): “responsabilidade para o Direito, nada mais é que uma obrigação derivada – um direito sucessivo, resultado da violação de um dever originário – de assumir as deduções jurídicas de um fato”.

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de *ulpiano* – limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada” (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO (2019, p.54).

Sendo assim, a responsabilidade civil pode ser entendida como uma resposta jurídica possível para a prática de atos lícitos ou ilícitos, que violem o direito do outro, gerando algum tipo de dano, seja patrimonial ou extrapatrimonial, que poderá resultar em alguma forma de sanção, diante da inobservância dos deveres juridicamente impostos.

E como leciona Bittar (2015)

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.

Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas em que avulta a máxima de que ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica (BITTAR, 2015, p.20)

Já segundo o relato de Maria Helena Diniz, observa-se:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2007, P.35)

Obviamente se identifica a relação familiar pelo vínculo afetivo no ciclo presente, onde podemos observar que o princípio da afetividade (relação familiar) passa a ser identificadas de forma a se ganhar destaque dentro da legislação vigente.

Sendo assim, o dever jurídico de convivência, de cuidado, de assistência moral e afetiva dos pais para com os filhos determina o tom das relações parentais e o descumprimento pode ser entendido como um ato ilícito, passível de indenização.

Portanto, resta agora situar quais são as consequências para os descumprimentos dos deveres jurídicos dos pais abandonônicos.

Sabe-se que uma das consequências da transgressão do dever de cuidado prevista no direito de família é a perda do pátrio poder, contudo essa sanção não é capaz de punir o

pai que abandonou seus filhos, e nem de trazer alento para os filhos. Na verdade, tal sanção apenas regulamenta a conduta do genitor omissor.

Sendo assim, uma alternativa para coibir o abandono afetivo, passou a ser a responsabilidade civil, possibilitando através da indenização, tanto a punição do violador da norma, como a compensação da vítima pelo dano sofrido.

E como diz Maria Helena Diniz (2009) assevera que:

Nossos juízes e tribunais, tendo como critério o melhor interesse da criança e do adolescente, estão condenando pais ao pagamento de indenização por dano moral a filho abandonado afetivamente, privado de convivência familiar, ou impedido de desfrutar a companhia paterna ou materna, por ser vítima do descaso e da falta de responsabilidade paterno/materno, responsabilidade que não se esgota na contribuição meramente material, fornecendo alimentos (DINIZ, 2009, p. 34).

É notável que a legislação brasileira vigente tenha prestado proteção especial e irrestrita às crianças e adolescentes. A maioria da doutrina contemporânea entende que é possível a indenização, só de haver um ato ilícito, sendo desnecessária a caracterização da conduta, do dano e do nexos causal. Já para os doutrinadores mais tradicionais é imprescindível a existência destes três elementos.

Gagliano & Pamplona Filho (2019, p. 746) “ensina que a responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima”.

E para que haja a configuração da responsabilidade civil com consequência indenizatória, em razão do abandono afetivo, é necessário a presença dos três elementos: conduta humana, dano e nexos causal: A conduta humana: a ação que pode ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou mesmo ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional); Dano ou prejuízo causado: lesão a um direito, e a violação a um dever jurídico.

De acordo com Gagliano & Pamplona Filho. (2019, p. 746): Dano é a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito da personalidade; Nexos de causalidade: vinculação necessária entre a conduta humana e o dano. (arts. 186, 187, 927 do CC) (BRASIL, 2002).

Em razão disso, importante será discutir acerca dos elementos clássicos da responsabilidade civil à luz do que preceitua o direito de família contemporâneo:

A conduta culposa dos pais abandônicos nas relações familiares a maioria das situações fáticas necessitará da prova do elemento culpa, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no artigo 186 do CC de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Portanto a responsabilidade civil subjetiva está prevista no referido artigo é fundamento para que se apure a obrigação dos pais abandônicos de indenizar pelos danos trazidos com a sua ausência e desamparo, no sentido amplo da palavra, acarretando verdadeiros prejuízos psíquicos aos filhos rejeitados e esquecidos.

Rodrigo da Cunha Pereira (2016) destaca que:

Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetiva de seus filhos. Neste caso, além do princípio, a responsabilidade é também regra jurídica que se traduz em vários artigos do Estatuto da criança e do adolescente [...] e do Código Civil [...] Ao descumprimento da obrigação jurídica de sustento material e imaterial deve corresponder uma sanção, sob pena da regra jurídica tornar-se mera regra moral. Em outras palavras, aquele que não cumpre sua obrigação de criação e educação pode e deve ser responsabilizado por meio das correspondentes sanções jurídicas (PEREIRA, 2016, p.243-245).

Portanto, como afirma o autor:

A indenização por abandono afetivo é uma inovação do Direito Brasileiro que tem sua base de sustentação no princípio da paternidade responsável entrelaçado com a dignidade humana, do melhor interesse da criança, da afetividade, da solidariedade e da responsabilidade (PEREIRA, 2016, p.243).

Também, não se pode olvidar o elemento culpa, que tem caráter eventual e pode ser compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, ou seja, de cuidado. Nas palavras de Gagliano & Pamplona Filho (2019):

A culpa é compreendida em nosso sentir, como um elemento acidental da responsabilidade civil, em virtude de existir também a responsabilidade civil objetiva (esta última calcada no exercício de uma atividade de risco, a teor do art. 927 do CC) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 746).

Gisela Hironaka (2006) ressalta que:

[...] Torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente e imprudente (HIRONAKA, 2006, p. 143)

Desta forma, se faz necessário avaliar a conduta do genitor faltoso, através de juízo de valor. Isto porque, na responsabilidade subjetiva temos o dolo, que é a vontade direta de prejudicar, o que configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência em relação ao direito dos filhos, que vem a ser a culpa no sentido restrito.

No entanto, a condenação não busca reparar a falta de amor, ou o desamor, ou a preferência de um pai por um ou outro filho, mas sim busca penalizar a violação dos deveres morais, o qual é direito do rejeitado. (MADALENO, 2013).

O dano é a lesão de um bem jurídico, e nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2010), tem-se:

O dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

E conforme o autor ainda assevera em relação ao dano:

[...] dano é sem dúvida o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, se não houvesse o dano. Pode-se haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver culpa sem danos. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 70)

Sendo assim, basta que exista a lesão ao direito da pessoa para que o dano se configure.

O dano material, é aquele que atinge o patrimônio da vítima e o dano moral, disposto na Carta Magna, nos incisos V e X, é o que incide sobre a esfera íntima da vítima, sendo este que interessa para a construção deste trabalho (BRASIL, 2019).

Gagliano & Pamplona Filho (2019) define dano moral como:

[...] lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 119)

E como assevera Bicca (2016):

A ação de indenização por dano moral, que é todo aquele que atinge a esfera jurídica da vítima, tem o objetivo de suavizar a aflição causada, compensar minimamente a dor sofrida, mas deve se enfatizado que no caso de abandono afetivo, jamais trará de volta a perda de todo um projeto de vida.[...] mesmo não “trazendo o amor de volta” ou eliminando a dor de toda uma vida, deve-se valorizar neste tema a busca pela reparação civil, pois é preciso uma resposta do poder judiciário, para que seja devidamente estabelecido nas condenações, que tal conduta é ato ilícito praticado contra o filho e deve ser severamente punido. (BICCA, 2016, p. 27)

Contudo para a correta avaliação da existência e da extensão do dano, o magistrado deverá se valer de estudo interdisciplinar que possa auxiliá-lo nessa constatação, pois não basta somente a ocorrência do ilícito, ou seja, a violação do o dever de cuidado, de convencia, realmente haja um dano efetivo ao filho.

Isto porque, em muitos casos, mesmo com a ocorrência do abandono afetivo, o filho não sofre dano, pois é assistida por outros parentes ou pessoas ligadas a família.

Por fim, discute-se aqui sobre o nexo de causalidade, que de acordo com Angelini Neta (2016), ninguém pode responder por algo que não deu causa. Este entendimento parece comum na sociedade. E o é também no Direito.

Isto porque se deve verificar a culpa do pai/mãe abandonônico e o dano sofrido pelo filho a fim de se estabelecer o liame entre eles, com o intuito de se provar que o dano sofrido adveio como consequência da ausência dos genitores(as).

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2010) o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um preceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.

No entanto, estabelecer o nexo causal entre o dano sofrido pelo filho vítima do abandono afetivo e a conduta do pai/mãe faltoso não é fácil.

E como bem afirma Hironaka (2006):

[...] ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole, e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado. (HIRONAKA, 2006, p. 144)

Desta forma, vale ressaltar a importância de perícia técnica para que se comprove o nexo causal entre a conduta omissiva e voluntária do pai com o dano psicológico do filho, para que surja o dever de indenizar.

Angelini Neta (2016, p. 198), ensina que “a responsabilidade civil impõe ao agente causador de dano injusto a outrem a obrigação de indenizar. Neste sentido, a indenização tem o caráter de verdadeira sanção civil”.

E essa sanção surge diante da situação de abandono afetivo, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, sob “três esferas de alcance: compensatória ao dano causado à vítima, punitiva do ofensor; e a desmotivação social da conduta lesiva”. (2016, p. 257).

Mas, para o referido autor “a solução mais adequada é o restabelecimento do bom exercício da parentalidade”, para que não haja mais crianças e jovens abandonadas e rejeitadas neste país.

8 CONCLUSÃO

Sabe-se que o cuidado e o afeto inserido na vida da criança desde do começo da vida dele, fará toda a diferença em todas suas fases de vida, pois estará adepto e acolhido pela sua própria família, o que não irá ficar desestabilizado a sua vida desde da fase inicial de sua vida.

Sendo assim, aqui não se está a argumentar que a indenização restaurará o afeto ou convencerá o pai da dimensão dos danos causados aos filhos. Também não se está impondo o amor, mas sim prevenindo a falta de cuidado e quais serão as consequências a será encontrada pelos danos causados.

Não se pode obrigar ninguém a ser pai ou mãe; no entanto, é preciso obrigar aqueles que optaram por serem pais a arcarem com suas responsabilidades, não só materiais, mas também afetivas, sob pena de reparar os danos causados ao crescimento psicológico de seus filhos.

Também não há como negar a importância de um núcleo familiar na formação de um indivíduo, uma vez demonstrando esta importância como ficaria a situação do indivíduo que lhe foi vedado esse direito de ter a convivência e o afeto por parte dos seus pais ou

dos seus responsáveis? Verifica-se, portanto, a necessidade de uma legislação que discipline e estabeleça regras para o tema.

Assim, pela exposição elucidada, demonstra-se uma possível lacuna no nosso ordenamento jurídico e indícios de motivos que tornam importante a realização desta pesquisa acadêmica, na busca de uma Hermenêutica jurídica, direta, clara e sucinta, sobre o tema abordado.

Apesar do tema não estar uniformizado, a maioria da doutrina se inclina pela possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo. No entanto, a maior preocupação é quanto à análise dos casos práticos, a fim de se evitar uma indústria do dano moral, em questões familiares banais. Todavia tal preocupação não é motivo suficiente para inibir o judiciário a condenar genitores que descumpriram de forma voluntária a paternidade responsável e indenizar indivíduos que sofreram gravemente pela falta de cuidado.

Desse modo, o objetivo maior da indenização pelo abandono é proporcionar através da sanção do direito, o reconhecimento do genitor que abandonou, de que seu ato é ilícito e completamente lesivo ao menor, para que assim reflita o caráter educativo, além de punitivo, trazendo oportunidade de em um futuro tais situações semelhantes de ausência de afeto, não ocorrem mais na sociedade.

REFERÊNCIAS

AFETO. In: MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>. Acesso em: 04 out. 2022.

AUGUSTO, Luis Fernando. A evolução da ideia e do conceito de família. Disponível em: <https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucaoda-ideia-e-do-conceito-de-familia>. Acesso em: 20 set. 2022.

ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo. Curitiba: Juruá, 2016.

BICCA, Charles. Abandono Afetivo: O dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo de filhos. Brasília, DF: OWL, 2015.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: lei n. 8.069, de 13-7-1990. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 set. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). Direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006. p. 750.
- CRISPINO, Isabela. Dever de indenizar por abandono afetivo. 2008. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080228121303867. Acesso em 04 out. 2022.
- Declaração Universal de Direitos do Homem. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 13 set. 2022
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 67
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2016.
- DICIONÁRIO, Michaelis, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 17 de out. 2022.
- DINIZ, Vanessa do Carmo. O Princípio da Afetividade nas Relações Familiares. Revista MPMG Jurídico. Ano V. N.º 20. 2010. P.35.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENWALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 77.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 15 ed. volume 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos um devaneio acerca da ética no direito de família. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2006. p. 436. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.31.

LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

Lôbo, Paulo. Direito Civil Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf Hanssen. Repensando o Direito de Família: o preço do afeto. In PINTO, André Luís de Moraes. O Abandono Afetivo (O Pai de Kafka) como Dano Indenizável. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, v. 7, n. 19, p. 25-34, nov. 2009. P. 31.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEZZAROBBA, O. et al. Direito de Família. 1. ed. Curitiba, PR: Clássica Editora, 2014. 574 p. v. 7. ISBN 978-85-99651-95-7.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/q8yrbgk8nBPzKqNKtHdkgBs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito de família. 23 ed. volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

PLS n.470/2013, disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242. Acesso em 13 set. 2022.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo:Saraiva, 2003, p 37.

Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Matéria de capa: Direito de Família e Afetividade no Século XXI.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo do Filho no Brasil e na Argentina. Revista IOB de Direito de Família. V. 11. N.º 58. (fev/mar. 2010). P. 119.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 24/04/2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf Acesso em: 20 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. 2012. Disponível em:<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>Acesso em: 20 de set. 2022.

TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013. v. 5. p. 13

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.