



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

KEMYLLY RHAYNE NASCIMENTO SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS
MENORES**

ARACAJU
2020

S237r

SANTOS, Kemyly Rhayne Nascimento

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES / Kemyly Rhayne Nascimento Santos; Aracaju, 2020. 16p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : ANDERSON DA COSTA NASCIMENTO .

1. Abandono afetivo 2. Indenização 3. Dano moral 4. Paternidade.

347.63(813.7)

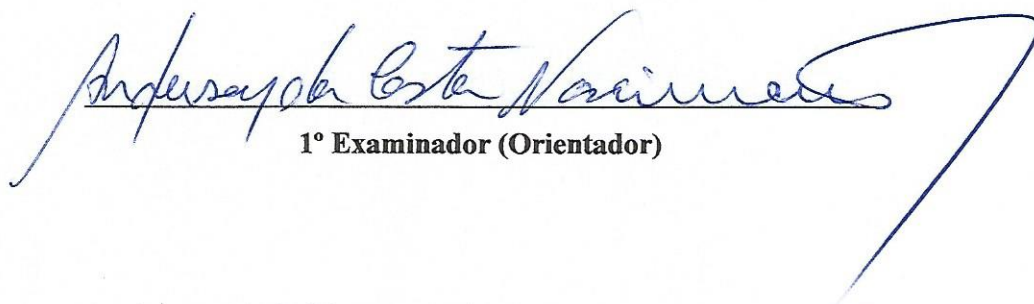
Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

KEMYLLY RHAYNE NASCIMENTO SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES

Monografia apresentada à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10,0



1º Examinador (Orientador)

2º Examinadora

3º Examinadora

Aracaju (SE), 19 de junho de 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES*

Kemyly Rhayne Nascimento Santos

RESUMO

Busca-se através do presente trabalho analisar as questões que envolvem a responsabilidade civil e o abandono afetivo, na esfera do Direito de Família. Logo após, será apresentado um estudo acerca do afeto, seu papel na sociedade e na existência das famílias, além de demonstrar o que é a função parental. Assim, o afeto abraça uma posição de elemento embrionário de estruturação familiar, em companhia, a mútua assistência e forma familiar contínua, pública e duradoura. Após a inspeção dessas informações, pode-se identificar o dano moral baseado na omissão e na perda de uma chance, e por consequência a possibilidade de uma possível indenização, sendo caracterizado a responsabilidade civil. Tem como objetivo principal identificar se há proteção dos filhos contra o abandono afetivo dos pais.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Indenização. Dano moral. Paternidade. Afeto.

1 INTRODUÇÃO

O conceito e ideia de família vem se modificando continuamente mediante a evolução da sociedade, tendo então uma nova estrutura. A concepção moderna de família enfatiza sobre a importância do afeto, sobretudo o aspecto da paternidade, que domina a respeito do vínculo genético, entendendo-se que a filiação é considerada bem mais um fenômeno social do que biológico.

As formações biológica, psíquica, afetiva e moral dos filhos são inseparáveis para a manutenção da convivência e da relação saudável tanto com seus pais, quanto a todas as pessoas. É dever constitucional, sendo imposto à família, à sociedade e ao Estado, garantir todos os direitos da criança e do adolescente. Tendo em vista que, não sendo sucedido o cumprimento da família e sociedade com seus deveres, recai sobre o Estado. Uma vez que os direitos da criança, devido à condição necessária para desenvolvimento, são prioritárias, fundamentais e indisponíveis.

Importante ressaltar que vem ocorrendo diversas mudanças contidas em nossa legislação, como exemplo o Código Civil de 2002, sendo revolucionário ao deliberar sobre inovações no Direito de Família, que não eram tratadas pelo Código Civil de 1916. Compete

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Anderson da Costa Nascimento

aos pais quanto à pessoa dos filhos menores, pelo poder familiar, dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, entre outros deveres.

Tais dispositivos devem ser lidos a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, o qual é garantia de efetivação e proteção dos direitos fundamentais da criança e adolescente no caso concreto.

Vale destacar também, que afeto não é sinônimo de amor, ou seja, afeto é o contato entre pessoas de uma mesma família, e após ele construído passa-se a demonstrar sentimentos. A afetividade é um dos princípios explícitos e implícitos no art. 229 do Código Civil de 2002, e nas outras diversas regras do ordenamento. Conforme disposto neste artigo citado, os pais têm o dever de assistir, cuidar dos filhos menores, e os filhos menores tem como dever amparar os pais na velhice.

Assim, ao deixar de ocorrer alguma dessas proteções e aspectos de evitar que alguém passe por qualquer situação que se aproxime da indignidade, ocorre o abandono afetivo, sendo que é imposto pela Constituição Federal como um dever.

O abandono afetivo pode ser caracterizado no momento em que ocorre o abandono dos pais para com os filhos, quando deixam de cuidar, de dar educação, companhia e criação destes, sabendo-se que os membros da família devem se responsabilizar uns pelos outros. Essa responsabilidade não depende de afeto de uns aos outros, mas sim, da relação que estes possuem entre si, independente da filiação.

A responsabilidade civil é o objeto de estudo, e serão analisados os aspectos gerais dessa responsabilidade, como o seu conceito e funções. Logo após, considerando-se que a responsabilidade civil por abandono afetivo é subjetiva, serão analisados os elementos indispensáveis à sua caracterização: conduta contrária à ordem jurídica, culpa, dano e nexo causal.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, como tratar a atitude dos genitores que abandonam afetivamente seus filhos? Quais as prováveis consequências jurídicas decorrentes da omissão dos pais no crescimento psíquico e moral da criança?

Dessa forma, pretende-se demonstrar que os filhos menores, pessoas em condição específica de desenvolvimento, necessitam do afeto dos pais para atingir sua formação psíquica e devem ser tutelados judicialmente a fim de que os danos sofridos em decorrência do abandono afetivo não sejam desconsiderados pela sociedade, pelo Estado e pela própria família, que possuem o dever constitucional de zelar pela sua dignidade.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

No estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações interpessoais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros do grupo que integravam a tribo. Nas sociedades primitivas, conforme Venosa (2009, p. 3):

[...] a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto com a mãe, que a alimentava e a educava. Já a família do direito romano era baseada no princípio da autoridade do poder do pai, sendo este poder exercido pelo ascendente mais velho vivo que possuía até mesmo o direito de vida e morte dos seus descendentes.

Família é a unidade social mais antiga do ser humano, sendo ela considerada por grande parte da doutrina brasileira, um grupo de pessoas ligadas não somente através do sangue, mas também através da afetividade. Porém, visando um entendimento em sentido estrito nos dias atuais, família é definida como conjunto familiar advinda do casamento ou união estável, e conseqüentemente pelos genitores advém os filhos, estes que podem ser criados por ambos ou apenas um deles.

Em relação ao tema, Venosa (2012, p. 2) define:

Em conceito restrito família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sobre o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental.

Os genitores são responsáveis por promover a formação, educação e necessidades básicas dos filhos, que vão ser influenciados pelos seus comportamentos sociais e perpetuadas ao longo de suas gerações. Neste pensamento, Diniz (2007, p. 13) salienta:

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

Pereira (ANO, p. 12) explica a evolução da família fazendo menção a três fases históricas, sendo elas: o estado selvagem, barbárie e civilização.

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na

civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.

O núcleo familiar era constituído de hierarquia, na qual o homem, enquanto marido e pai, ocupava o papel mais importante. A ele eram atribuídos todos os direitos e deveres relacionados aos filhos, sendo o responsável por conduzir as decisões inerentes a estes. Nesta época, até mesmo quando dissolvida a relação conjugal, a mãe não tinha nenhuma preferência na guarda dos filhos menores, permanecendo estes, via de regra, com o pai.

Assim, esse conjunto de deveres exercidos de modo exclusivo pelo pai era denominado pátrio poder, e encontrava amparo legal no revogado Código Civil de 1916. Ao decorrer do tempo, a exclusividade do pai no exercício do pátrio poder deu espaço à singela possibilidade de o Juiz, em observância ao melhor interesse do menor, decidir de outra forma, podendo então, conceder tal poder à genitora, se assim entendesse.

No entanto, apenas com o surgimento do novo Código Civil (2002) é que a mulher/mãe passou a ter mais direitos e dividir com o homem/pai os deveres referentes aos filhos, o que se deu em razão da incontestável transformação social que ocorreu, e ainda ocorre constantemente. Ainda assim, o ordenamento se adequou calmamente a tais modificações. E, passo a passo, foi se transformando no que é hoje.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), muitas mudanças ocorreram, como equiparação dos papéis do pai e da mãe com relação aos deveres inerentes aos filhos, a regulamentação do reconhecimento dos filhos havidos fora das relações matrimoniais, da mesma maneira que a adoção.

Segundo a redação da Constituição Federal, o afeto se refere a um valor jurídico que está atrelada a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Assim, não se restam dúvidas que o afeto é um valor fundamental e essencial.

A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade familiar e dotar-lhe de proteção jurídica nos mesmos moldes do casamento, por exemplo, deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da família (RODRIGUES, 2013).

Segundo a Carta Magna Nacional, há uma busca na tutela das relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes. Também passaram a ser reconhecidos os novos modelos familiares, como aqueles compostos por pessoas que permaneceram em união estável, ou mesmo aqueles constituídos por apenas um dos genitores e sua prole, a chamada família monoparental.

Deste modo, alcançou-se a abrangência do conceito de família existente hoje em nosso ordenamento, mas que, ainda sim, é carente de atualidade, considerando o contexto atual da família brasileira, que vive em constante transformação e, em razão disso, necessita da concomitante adequação do ordenamento, sob pena de desamparar aqueles que não se enquadram nos modelos expressos nos dispositivos legais.

Contudo, o conceito de família não reflete a sociedade atual, uma vez que tal conceito estabelece o casamento como fundamental para a formação da família, não levando em consideração os outros tipos de famílias existentes; mas, o constituinte tratou de proteger a família em si.

Para Dias (2010) deve haver uma ampliação do conceito de família em razão do surgimento de legislação nova, a qual enfatiza a família atual e a protege da violência, ou seja, o que passa a reger os novos arranjos familiares é o princípio da afetividade.

Assim, segue para o que hoje chama-se de poder familiar, cujo centro passou a ser, única e exclusivamente, o interesse do menor, não mais à vontade daquele que detinha o poder de decidir seu futuro.

Por fim, é importante destacar que, embora a denominação desse conjunto de deveres e atribuições passe a impressão de exercício de poder sobre o menor, trata-se, na verdade, de obrigações impostas aos genitores, que visam garantir os direitos básicos e fundamentais ao crescimento, desenvolvimento e manutenção da criança e do adolescente em questão.

3 ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Objetiva-se neste título compreender primeiramente o que é o abandono afetivo para, a partir desta definição, verificar quais são as consequências jurídicas de tal ato e as possibilidades ou não da condenação por danos morais decorrente do abandono afetivo.

Para uma possível definição do que venha a ser o abandono afetivo, é necessário que seja analisado o que é afeto. O afeto se apresenta como um dos mais importantes sentimentos que o homem possa vivenciar durante toda a sua vida. Está ligado às questões de relação que reproduzem o carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém.

Mediante a Constituição Federal, o afeto se refere a um valor jurídico que está atrelado a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Assim, não se restam dúvidas que o afeto é um valor fundamental e essencial.

O afeto é também denominado como a arte de amar ao próximo, conforme Bauman (2004, p. 46):

Amar o próximo como a si mesmo coloca o amor-próprio como um dado indiscutível, como algo que sempre esteve ali. O amor-próprio é uma questão de sobrevivência, e a sobrevivência não precisa de mandamentos, já que outras criaturas (não-humanas) passam muito bem sem eles, obrigado. Amar o próximo como se ama a si mesmo torna a sobrevivência humana diferente daquela de qualquer outra criatura viva. Sem a extensão/transcendência do amor-próprio, o prolongamento da vida física, corpórea, ainda não é, por si mesmo, uma sobrevivência humana — não é o tipo de sobrevivência que separa os seres humanos das feras (e, não se esqueçam, dos anjos). O preceito do amor ao próximo desafia e interpela os instintos estabelecidos pela natureza, mas também o significado da sobrevivência por ela instituído, assim como o do amor-próprio que o protege.

A arte de amar é uma característica que se espera dos genitores em face da prole. Por outro lado, também se espera essa reciprocidade, muito embora se entenda tratar de um sentimento subjetivo. A convivência familiar decorre das relações existentes entre as partes, cabendo aos pais também proporcionar atenção aos filhos, principalmente quando há uma ocasião pra isso. Por exemplo, no dia do aniversário da criança, mesmo não habitando no mesmo teto do pai, essa na maioria das vezes aguarda uma ligação, uma lembrança, ou qualquer tipo de atenção.

O abandono afetivo não se confunde com o abandono material. No abandono afetivo, ele está relacionado à ausência e omissão de participação dos pais no desenvolvimento da criança, no que diz respeito à necessidade de se oferecer afeto. Já o abandono material, está ligado à ausência de participação dos pais, no que diz respeito às questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor.

O abandono afetivo é algo extremamente gravoso na vida do menor. Não são apenas os prejuízos financeiros que prejudicam a vida do descendente. A carência, que acontece a partir da ausência de afeto traz inúmeros transtornos.

Desta feita, diante do conflito instaurado e do direito violado da personalidade, passou-se a ser observada a relação natural existente entre pais e filhos, sendo a demonstração de afeto importantíssima para criação do vínculo parental. Justamente, neste passo, surgiu a discussão acerca da responsabilização civil pelo abandono afetivo.

O tema abandono afetivo vem sendo discutido cada vez mais nos tribunais. E, o seu tema principal está baseado na repercussão do abandono por parte dos seus genitores, podendo assim prejudicar a vida do filho e até mesmo gerar transtornos na saúde psicológica, e deste modo, originando o pedido de indenização por danos morais.

Ao meio dos mais importantes julgados que envolvem a indenização por abandono afetivo, destaca-se a posicionada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que para se entender a questão que envolve tal instituto, deve-se expor acerca da responsabilidade civil e sua teoria dentro do código de 2002.

Para se analisar as questões que envolvem a responsabilidade civil devem-se também atentar-se à compreensão acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil é assim entendida:

É uma aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (DINIZ, 2010 p.36).

A responsabilidade civil tem o objetivo de tornar a situação da pessoa que foi lesada parecida ou igual à situação anterior do dano. Ela é utilizada como meio de reparar essa situação a partir do patrimônio do causador ou responsável. Possui o cunho compensatório em relação a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador. No Direito de Família, em especial no que se refere ao direito ao afeto, a responsabilidade civil busca indenizar o menor que foi privado do seu direito do afeto pelo genitor.

Para a concretização da responsabilidade civil é necessária a presença do nexo causal. Assim com a prática da conduta pelo o agente, que deve ter uma conexão com o resultado, ou seja, com o dano que recai sobre a vítima. Sem essa conexão ou qualquer relação entre a conduta e o dano, não há o que se falar em nexo causal. No entanto, responderá pelo dano o agente infrator, devendo ressarcir os prejuízos causados, sejam eles materiais ou até morais. Na visão de Gonçalves (2010, p. 613):

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de

causalidade não se admire a obrigação de indenizar. [...] O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexu causal entre ele e seu autor.

Sendo assim, para que decorra o direito de indenização não é apenas necessário que a vítima tenha sofrido um prejuízo, é indispensável que o dano tenha recaído posteriormente a conduta lesiva, além de que deve haver a comprovação de tal dano, seja ele proveniente de uma conduta comissiva ou omissiva. Assim, devidamente comprovado, subsistirá o direito à indenização.

O dano é uma lesão causada a qualquer bem jurídico, inclusive na esfera moral. Por outro lado, cumpre apontar que se refere à lesão ao patrimônio, seja ele fundado em qualquer tipo de relação jurídica (GONÇALVES, 2011, p. 70).

O dano afetivo equipara-se na sua essência ao dano moral, em que só haverá caracterização da obrigação do pai em reparar os danos, se presente todos os requisitos exigidos para qualquer ação dessa mesma natureza jurídica.

Dispõe o artigo 186 do Código Civil, 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”. Por sua vez, o artigo 927 prescreve que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Como já exposto, a legislação civil brasileira regula que o causador direto do dano é obrigado a ressarcir os prejuízos.

Neste passo, sendo o afeto protegido pelo direito à personalidade e, por conseguinte, se houver lesão ao referido direito, bem como ocorrendo o trinômio de dano, culpa e nexu causal, o ato ilícito pela ausência afetiva deve ser indenizado.

No caso concreto, deve o magistrado, o promotor, o advogado e a quem possa interessar observar que o ato ilícito se dá em razão dos pontos de ligação citados. Deste modo, o genitor que incorra ainda que com culpa à lesão ao filho, responderá pelo dano causado.

Após pesquisas, foi identificado que o primeiro caso de procedência para condenação do genitor ao pagamento de indenização por abandono afetivo é da 2ª Vara Cível da Comarca de Torres, processo nº 141/103001203032-0 do Município de Capão da Canoa, onde, o Juiz da comarca condenou o pai, ao pagamento de indenização no valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) em virtude do dano moral sofrido pelo abandono de seu filho. Mas, o caso não chegou as instâncias superiores, pois o requerido não apelou da decisão de primeiro grau.

E a primeira ação que chegou ao Superior Tribunal de Justiça foi da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte de Minas Gerais onde o Juiz de 1ª Instância julgou improcedente

o pedido inicial, conforme transcrito no Recurso Especial n. 757.411 - MG 2005/0085464-3 (BRASIL, 2006):

[...] não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71).

A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitas ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó. De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74).

Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder.

[...]

Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiossincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão."

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão de 1º Grau condenando o pai ao pagamento de indenização decorrente de dano moral pelo abandono conforme exposto no Recurso Especial Nº 757.411 – MG 2005/0085464-3 (BRASIL, 2006):

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais dá provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade. A ementa está assim redigida:

"INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DAAFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (fls. 125).

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) afastou a condenação à reparação civil por abandono afetivo por entender que a indenização por dano moral pressupõe ato ilícito, assim reformando o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mediante ementa a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2006).

Todavia, era esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se pode ver na ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 567.164:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279.1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2009).

Assim, compreende-se que o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é contrário aos primeiros que denegavam o direito a compensação civil por abandono afetivo.

O desapego afetivo revela um ato ilícito, vez que descumpre o dever do exercício familiar. Assim, se torna plenamente cabível a indenização por dano afetivo, pois a atitude do pai que abandona um filho, afeta o direito de personalidade saudável da criança. A indenização tem por escopo uma finalidade reparatória e também educativa, pois visa à conscientização do genitor que abandonou o filho, de que seu ato é um mau moral e jurídico.

O Tribunal de Justiça de São Paulo mantém a relutância em aceitar a responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, como demonstrado nas jurisprudências a seguir:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - Abandono afetivo - Adolescente com problemas psicológicos - Alegação de agravamento de sua condição pela ausência do pai - Necessidade de comprovação de conduta omissiva do genitor e do dano que dela decorre - Precedente do STJ - Provas pericial e testemunhal que não demonstram nexo de causalidade entre a suposta conduta negligente e o dano - Indenização indevida Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2013).

O julgamento realizado pelo Desembargador Alexandre Marcondes (SÃO PAULO, 2013) é acompanhado pelos Desembargadores da Câmara, que não julgaram favorável ao

abandonado, pois, entenderam que ele não conseguiu comprovar o nexos entre a sua condição psicológica com o abandono do genitor, como constata no trecho do voto:

Assim, mesmo que restasse comprovado que houve certo comportamento negligente por parte do pai quanto aos cuidados com o filho, o apelante não logrou êxito em comprovar que há nexos de causalidade entre tal conduta e o agravamento de sua condição psicológica, já que se constatou que o menor possui transtornos de ordem genética. No mesmo sentido foi o parecer da psicóloga auxiliar do juízo que declarou não ser “possível definir, de modo preciso, o grau de influência dessa postura negligente e também de outros eventos anteriormente descritos no desenvolvimento de Wilson Henrique” (fls. 56).

Deste modo, analisando cada caso concreto e estando presentes os requisitos da responsabilização civil, o genitor tem o dever de reparar o dano moral causado à personalidade do filho.

Afinal, o afeto é algo essencial para a vida do ser humano, muito importante na infância, não menos necessária na adolescência e afinal, por toda a vida, pois, pessoas são movidas especialmente por afeto, assim, ninguém vive sem se sentir amado de alguma forma. Algumas pessoas vivem com menos bens materiais, outras, com mais, mas sem afeto, ninguém pode viver. Porém, certo é que a dor não é generalizada, ao contrário, é personalíssima, variando de pessoa para pessoa, de forma que uns são mais fortes, outros mais suscetíveis, mas o sentimento é o mesmo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto de Direito de Família, passou por profundas mudanças, sobretudo após o advento da Constituição Federal, quando o Estado passou a ampliar a tutela das relações familiares, tendo em vista que a margem dessa mudança, a realização pessoal no ambiente de convivência com base no afeto tornou-se a função básica da família contemporânea. Suas antigas funções: econômica, política, religiosa e pro criativa, desempenham, hoje, papel secundário devido a sua evolução ao longo da História da humanidade e em virtude da mudança de paradigma do Direito de Família.

O Direito de Família por ser um dos ramos do Direito que mais evoluiu no decorrer da História, não nos permite ser conclusivo. Existem várias verdades aplicáveis aos mais variados questionamentos. Sobre o assunto não se tem respostas a vários questionamentos. Se por um lado existem pais que não amam seus filhos, não se sabe ao certo se esses podem ser punidos por isso. Possui um caráter humanizado, e, é entendido como o elemento essencial para o

desenvolvimento da pessoa humana, sendo que dele emana a ordem comportamental e organizacional, que a partir do afeto, reflete em toda a sociedade.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio, tornando-se o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição, estando hoje, previsto no artigo 226 da CF/1988.

Portanto, os operadores do Direito devem ter cautela ao julgar os casos de indenização, priorizando os direitos fundamentais dos filhos, especialmente a convivência familiar, obstando a monetarização das relações afetivas. As penalidades que visam retirar o menor do convívio familiar devem sempre ser medidas excepcionais, aplicadas em casos extremos, em que não exista outra possibilidade de punição aplicável, com vistas ao prejuízo físico e psicológico que a convivência com pais poderá acarretar aos filhos.

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.

Mas, a partir da ótica da responsabilização, cabe ao Direito Civil, através do Instituto da Responsabilidade Civil, contribuir para a verificação da ocorrência do dano na caracterização do abandono afetivo. Uma vez caracterizado o dano na vida do menor advindo de ato ilícito, ou da culpa, em razão da ação ou omissão, e principalmente o nexo de causalidade, que é a ligação de tudo isso, não se restam dúvidas que a indenização se materializa.

Em razão do desamparo, o ordenamento jurídico estabelece sanções para os pais que os abandonam, determinando a suspensão ou destituição do poder familiar. Porém, além de ineficazes, tendo em vista que revelariam um verdadeiro prêmio para o pai que deliberadamente se afasta da vida do filho e já não exerce os respectivos deveres, não visam à reparação dos danos que na maioria dos casos, são causados.

É em razão das sérias consequências produzidas pelo abandono afetivo na formação do filho menor, dependente do comportamento pro-afetivo do pai e da mãe para desenvolver a sua personalidade de modo pleno, que se tem concebido a aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade.

O convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana. A troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos.

Por todo o exposto, conclui-se que o dano moral é pressuposto de pedido de reparação civil decorrente de abandono afetivo e a presente pesquisa restou confirmada em seus questionamentos e hipóteses, apresentando este estudo somente o intuito de trazer uma reflexão mais aprofundada a respeito do tema, para quem sabe, no futuro, venha o dano moral por abandono afetivo ser aceito e reconhecido por todos os Tribunais como um direito legal de quem dele foi vítima e que busca a sua reparação.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 7. ed. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. VII Jornada de Direito Civil. Enunciado 590. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/840>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo. Atlas: 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

COIMBRA, Marta de Aguiar. Família socioafetiva e a importância do princípio constitucional da afetividade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13375&revista_caderno=14. Acesso em: 14 maio 2020.

DE LUCA, Guilherme Domingos; ZERBINI, Maiara Santana. ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE INDENIZAR. **REGRAD - Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM - ISSN 1984-7866**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 171-191, nov. 2015. ISSN 1984-7866. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/783>. Acesso em: 16 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 22. ed. Vol 7, ver e atual. **De acordo com a reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**, Volume VI. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 03, Responsabilidade Civil, 2ª ed. ver e atual e ampl. São Paulo. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: v.4. Responsabilidade Civil. 7º ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: de acordo com o novo Código Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

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

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

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Abandono afetivo dos filhos e danos morais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em: 8 de maio de 2020.

MACIEL, Katia R. F. L. A. et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Ver e atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

OLIVEIRA, Euclides de. **Do direito de família**. Publicado em: 2011. Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Belo Horizonte, dez. 2011. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTUxNzk=#>. Acesso em: 02 maio 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei Nº 10.406**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, João Gaspar. O princípio jurídico da afetividade no direito de família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25303>. Acesso em: 6 abr. 2020.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em: 17 mar. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0005938-77.8.26.0125, de Capivari, Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. Data do julgamento: 17/09/2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7025792=>. Acesso em: 26 maio 2020.

SILVA, Daniele Minski da Silva; ABUD, Samya. O abandono afetivo e suas consequências jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5768, 17 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73336>. Acesso em: 16 maio 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REEx 567.164. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 18/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2567008=>. Acesso em: 12 nov. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 757.411 MG 2005/0085464-3. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 29/11/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2114211&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=5&formato=PDF=. Acesso em: 12 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. v. único. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Saulo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, v. 3.