

ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL

Aelson Gomes de Oliveira¹
Jakeelane Conceição Nobre²

RESUMO

O presente artigo científico busca analisar se é cabível ao filho receber indenização no âmbito civil em função do abandono afetivo por parte de um dos genitores. Para cumprir o proposto nesse trabalho que fora desenvolvido através de revisão bibliográfica descritiva, recorre-se ao estudo sobre a evolução da família e do direito que lhe confere tutela ao longo do tempo, aos princípios que contemplam o assunto no ordenamento jurídico pátrio, à análise e definição de abandono no âmbito das relações familiares, as consequências do abandono afetivo, o conceito e as considerações dos doutrinadores sobre a responsabilidade civil no sistema jurídico interno. Conclui-se ao final que a falta de assistência afetiva aos filhos por um dos genitores deve ter o mesmo tratamento dispensado a outros danos civis e enseja a reparação.

PALAVRAS-CHAVE: abandono; afeto; constituição; família; responsabilidade civil.

ABSTRACT

The present scientific article tries to analyze if it is possible indemnification in the civil scope due to the abandonment affective on the part of one of the parents. In order to fulfill the proposal in this work that was developed through a descriptive bibliographic review, it uses the study on the evolution of the family and the law that gives it tutelage over time, to the principles that contemplate the subject in the legal order of the country, the analysis and definition Of abandonment in the context of family relations, the consequences of abandonment, the concept and considerations of the doctrine on civil responsibility in the internal legal system. It is concluded at the end that the lack of affective assistance to the children by one of the parents must have the same treatment for other civil damages and provides for reparation.

KEYWORDS: Abandonment; affection; constitution; family; civil responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA. 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETOS AO DIREITO DE FAMÍLIA. 3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 3.3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. 3.4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 4 AFETO: UM VALOR NAS RELAÇÕES FAMILIARES. 4.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO AFETIVO. 4.2 DEFINIÇÃO DE ABANDONO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES. 4.3 AS

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale).

² Mestrado em Ensino de Matemática pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialização em Fundamentos da Matemática pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduação em Ciências Físicas e Biológicas pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro e Matemática pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Ensino de Ciências e de Matemática. Graduada em Direito na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce e pós-graduada *Lato sensu* em Direito do Trabalho na Faculdade Pitágoras (2013). Atualmente é Advogada, Professora da disciplina Direito Previdenciário e Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do Núcleo do Trabalho e Previdenciário da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale).

CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO. **5 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO.** 5.1 O ABANDONO AFETIVO E A OCORRÊNCIA DO DANO MORAL. 5.2 VISÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO ABANDONO AFETIVO. 5.3 O ABANDONO AFETIVO POR UM DOS GENITORES E A POSSIBILIDADE DO DANO MORAL INDENIZÁVEL. **6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho contempla o tema o abandono afetivo e o dano moral, de forma delimitada abordam-se os aspectos gerais e jurídicos que envolvem o assunto.

O abandono afetivo parental é um instituto contemporâneo, conceituado e instituído dentro do direito de família pela doutrina a partir de requerimentos levados ao judiciário, onde se busca resolver impasses sobre a negligência no afeto causada a partir do desamparo do genitor.

Nesse contexto, o problema que orienta a pesquisa esteia o seguinte: até que ponto o abandono afetivo por parte de um dos genitores causa dano moral constituindo direito a indenização?

Dessa forma, o estudo trabalha com a hipótese que o afeto faz parte do dever jurídico de cuidado, criação e educação que o genitor tem para com sua prole, e embora haja omissão legislativa, o descumprimento injustificado desse múnus por longo período deve ter o mesmo tratamento dispensado a outros danos civis, afinal amar é faculdade, mas cuidar constitui dever. Ademais, a Constituição Federal de 1988, ao dedicar em um capítulo inteiro proteção à família, autoriza o reconhecimento do instituto estudado através da aplicação dos princípios constitucionais, dos princípios gerais de direito e também os específicos do direito de família, que são os da solidariedade e afetividade, instrumentos que na atualidade servem de fundamentação para os tribunais e que tem provocado entendimentos diversos quando instados a manifestar sobre o assunto.

Sendo assim, o objetivo geral do trabalho é demonstrar se é cabível uma indenização no âmbito civil em caso de abandono afetivo por parte de um dos genitores, vez que a simples e esporádica falta de afeto não deve causar o dano moral. Em especial, compreender o instituto do abandono afetivo, analisar, à esteira dos princípios constitucionais a responsabilidade civil do abandonante, bem como

explicitar o entendimento jurisprudencial sobre o assunto e confronta-lo com a posição da doutrina.

A importância do tema se justifica pelo fato de que a ocorrência do abandono afetivo materno ou paterno pode produzir conseqüências na formação da personalidade do filho, causando transtornos de ordem psíquica que certamente irão refletir no convívio familiar e social, causando baixa estima, insegurança e infelicidade, além de limitar o desempenho profissional do abandonado. Essas conseqüências causam efeitos diretos na sociedade, pois indivíduos com funções psicológicas abaladas estão sujeitos a maior incidência de doenças, além de trazer alto custo financeiro para o estado/sociedade.

No tocante ao procedimento metodológico, utilizou-se pesquisa bibliográfica com a finalidade de proporcionar informações melhores e mais precisas sobre o tema.

O texto está dividido em cinco partes além desta introdução. O capítulo dois relata o contexto histórico e a evolução do direito de família. O terceiro expõe os princípios constitucionais norteadores do núcleo familiar. O capítulo quatro descreve o afeto - um valor nas relações familiares. O quinto propõe explanação sobre a responsabilidade civil no sistema jurídico pátrio. Finalmente, as conclusões são feitas no capítulo seis.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Entre todos os ramos da ciência jurídica, o direito que tutela a família certamente é o mais antigo, pois está profundamente ligado ao bem maior que é a vida, visto ser a comunidade familiar um grupo social básico e elementar. Assim, essa concepção reflete a importância da família como o local privilegiado onde o ser humano nasce inserido e forma sua personalidade.

Conforme Karow (2012, p.126) a “família não pode ser considerada apenas o vínculo biológico, mas sim afetivo cultural e existencial. A família não se constrói apenas com laços de sangue, mas com o afeto, respeito, carinho e dedicação”.

Essa compreensão é observada na evolução dos paradigmas da família do Código Civil de 1916 até a atual estruturação, passando pela Carta Magna de 1988.

Esse novo entendimento de valoração familiar que tem por destaque o afeto, também é explanado por Pereira (2005, p. 25) “A família é uma estruturação

psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independe de qualquer vínculo biológico”.

O mencionado autor pontua que a constituição de uma família tem no afeto o seu alicerce, não dependendo de vínculo biológico.

No mesmo sentido, também é o posicionamento de Lôbo (2011, p. 18), ao abordar que “A família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade.” Ainda, que “a partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)” (LÔBO, 2011, p. 28).

Nos dias atuais, portanto, a estrutura familiar emerge a partir de laços sanguíneos, jurídicos e afetivos, mas a história prova que nem sempre foi assim.

O formato da família patriarcal era evidenciado por meio da hierarquia, de modo que o homem, enquanto marido pai e provedor decidia unilateralmente o destino da entidade, limitando a mulher a envolver-se em questões sociais e civis, vez que subordinada à autoridade marital e apenas na falta ou impedimento do marido/pai/provedor é que a chefia da sociedade conjugal a ela era outorgada, quando lhe era transferido o exercício do então intitulado pátrio poder em relação aos filhos.

Ratificando a visão patriarcal que afasta os sentimentos inerentes ao ser humano, em primeiro momento a legislação sequer autorizava o divórcio, o que remete a conclusão que o casamento era uma relação contratual onde o afeto, carinho e amor não tinham importância, pois encerrados esses, o laço não se desfazia.

Nesse sentido, vale destacar entendimento de Dias (2015, p. 460) sobre a ótica da visão histórica familiar:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, que assumia o exercício do poder familiar com relação aos filhos.

O que se observa no Diploma de 1916 é a limitação imposta à mulher para decidir certas questões na esfera familiar, visto que, somente ocorrendo a ausência do homem/chefe de família é que ela era convocada a exercer o pátrio poder.

O grande avanço ocorreu com a promulgação da Carta de 1988 que em seu bojo determinou uma mudança de paradigma, pois, emancipada a mulher, o poder patriarcal restou limitado e novo tratamento igualitário foi conferido a figura feminina familiar tanto nos cuidados com os filhos quanto a estruturação e formatação da sociedade conjugal. Nesse sentido a nova Carta determinou também uma releitura do Código de 1916, pois trouxe para as relações familiares os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

Alicerçada nesses novos paradigmas, a legislação infraconstitucional passou a admitir a união estável como novo conceito de entidade familiar. Assim, o relacionamento público, duradouro e contínuo entre homem e mulher, cujo fim fosse constituir família ganhou a proteção estatal.

Contudo, o auge dessa evolução e mudanças dos paradigmas ocorreu com a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que elevou ao patamar de união estável a convivência entre pessoas do mesmo gênero. Com ela, o afeto, respeito e carinho nas relações familiares foram coroados.

Ao abandonar a ideia de família como aquela baseada exclusivamente no casamento, passou-se a permitir que novos conceitos surgissem sob uma visão democrática que exalta o afeto das relações e igualdade de gêneros.

Ensina Lôbo (2011, p. 27) que a família é fundada:

Na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista.

Com o cenário atual marcado por elementos de afeto, ética, dignidade e solidariedade, afasta-se a alusão a bens e coisas para inserir o indivíduo no seio das relações e assim propiciar bem estar aos membros da entidade familiar de forma a garantir-lhes vida digna e sadia voltada ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Por todo o explicitado, a acepção de família nos dias atuais não mais está baseada exclusivamente no valor jurídico e sim estruturada nos interesses de cunho humanitário e pessoal resgatando laços sentimentais e de afeto no seio familiar.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETOS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios formam a base de um sistema jurídico e são norteadores das normas, tanto as de valor moral quanto as positivadas e, a aplicação deles depende da interpretação que lhe é conferida.

Os princípios constitucionais, por refletirem os ideais de uma Constituição, servem de sustentáculo para todas as relações jurídicas e sinalizam para a interpretação das normas, além de atuarem como verdadeiras fontes subsidiárias do direito quando presente a lacuna legislativa em situações de caso concreto. Lôbo (2008, p. 36) ensina que “Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo o princípio da afetividade)”.

No Brasil, embora insertos de forma mais tímida nas constituições anteriores, com o advento da Carta de 1988, os princípios foram inseridos de forma mais abrangente no ordenamento pátrio, ganhando uma nova carga normativa, o que permitiu que fosse feita uma acertada distinção entre eles e as regras, pois, ao passo que as regras são dotadas de comandos descritivos de condutas específicas, os princípios legitimam valores ou apontam uma finalidade pública a ser realizada.

Com essas transformações, a Constituição Federal de 1988 operou mudança de paradigmas em todo o modelo jurídico, trazendo uma elevada carga social a esse sistema, mudando a estrutura de muitos institutos a partir da disciplina e dos valores insertos em si, passando a lidar de maneira mais efetiva no âmbito das relações familiares, abraçando assim o Direito de Família, que por influência desse novo texto constitucional, sofreu matizes importantes e significativas.

Com efeito, nessa esteira de raciocínio, de grande valia é a lição de Gonçalves (2014, p. 18):

A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo (...)

Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um 'declínio do patriarcalismo' e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas.

Imperioso afirmar que, com a promulgação da atual constituição, o estado brasileiro passou a ser mais social e democrático. Assim, a dignidade da pessoa humana foi elevada à cláusula máxima da sociedade, e pode-se dizer que o direito civil, principalmente o direito de família, foi constitucionalizado, ou seja, sofreu os reflexos expansivos do conteúdo material e axiológico das normas constitucionais.

Bem assim é o entendimento de Dias (2005, p. 36 apud KAROW, 2012, p. 67):

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, adiante do novo texto constitucional, forçoso ao interprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da Constituição.

Essas inovações trazidas pelo novo texto constitucional tornaram o código civil de 1916 obsoleto e ultrapassado, pois este não abrangia de forma expressa as novas situações fáticas que demandavam proteção jurídica e não atendia aos anseios sociais emergentes. Desta forma, foi necessário revogar o diploma antigo para inserir um novo código civil em 2002, onde o direito de família foi acolhido com uma formatação inovadora, embasado e inspirado nas exigências dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Solidariedade.

3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Listado no artigo 1º, inciso III da Constituição, considerado absoluto e acima de qualquer outro princípio, a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida para efetivar os direitos e garantias fundamentais. Apresenta-se como alicerce de todos os valores morais, verdadeira síntese dos direitos do homem e símbolo daquilo que não tem preço e não pode ser objeto de troca, conforme salienta Paulo

Lobo em interpretação ao entendimento de Immanuel Kant sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. (LÔBO, 2011, p. 60).

Nesta seara, pode-se dizer que se trata de princípio essencial, que norteia os caminhos da ciência jurídica e aponta para a valoração e respeito incondicionais da pessoa humana, ainda, quando submetido ao campo do Direito de Família, torna-se berço essencial para o pleno desenvolvimento do ser humano, servindo de embasamento para se falar na responsabilidade civil por violação dos deveres inerentes às relações familiares.

3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Conforme o dispositivo contido no caput do artigo 5º do texto constitucional:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 2017a, p. 2).

O indigitado texto revela o princípio da igualdade, no qual a Constituição objetiva assegurar justiça igualitária através da lei e perante a lei. Esse mandamento inibe o legislador de criar normas infraconstitucionais que provoquem desigualdade entre os indivíduos em situação de igualdade e proíbe o judiciário de distinguir situações iguais ao aplicar a lei.

Sobre o referido princípio, é de grande valia a lição de Barreto (2010, p. 2):

O princípio da igualdade atua em duas vertentes: perante a lei e na lei. Por igualdade perante a lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto; por sua vez, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

Na alçada do direito de família, o princípio da isonomia contribuiu para suprimir a desigualdade entre marido e mulher, eliminar a distinção que existia entre filhos havidos na constância ou não do casamento, estabelecer o instituto da guarda compartilhada, elevar ao status de entidade familiar a união estável entre homens e mulheres e legitimar o reconhecimento das uniões homoafetivas para assegurar direitos e deveres entre seus integrantes.

3.3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A atual Constituição preceitua em seu artigo 3º, inciso I que constitui objetivo fundamental da República construir uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, emerge dessas linhas, dentre outros, o princípio da solidariedade familiar.

O referido mandamento tem fundamental importância para as relações familiares, pois, além da faceta patrimonial consistente no direito de se pleitear alimentos elencado no artigo 1694 do Código Civil, a solidariedade, quando observada sob o enfoque da entidade familiar, é encontrada no respeito e consideração mútuos que devem reger as relações familiares, tendo como significado o cuidado que se traduz no comprometimento de caráter afetivo, moral e espiritual. Nesse sentido, Dias (2015, p. 48), salienta que a Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade.

3.4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Ensina Lôbo (2011, p. 71), que “não se pode confundir afeto com o princípio jurídico”. O afeto abrange todos os tipos de sentimentos familiares independente dos membros que o cultivem e de sua origem considerado como fato psicológico, em

contrapartida a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

O princípio da Afetividade, ao contrário de outros mandamentos não está explícito no texto constitucional, mas hodiernamente chega a ser apontado por alguns estudiosos do direito como o principal fundamento das relações familiares.

Sedimentando tal afirmativa, Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 94), lecionam que:

[...] significa em especial, mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.

Observa-se, portanto, que embora a Carta Maior não utilize expressamente os termos afetividade ou afeto, ela prestigia o princípio em comento pois ele deriva implicitamente do macro princípio da dignidade da pessoa humana, o que, segundo os doutrinadores, conferiu ao afeto valor jurídico e o transformou em um importante elemento por vezes evocado para fundamentar decisões judiciais.

4 AFETO: UM VALOR NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Com a evolução da civilização o núcleo familiar foi alterado, o sistema patriarcal e matrimonializado, onde prevaleciam os interesses patrimoniais, aos poucos foi cedendo lugar ao moderno conceito de família eudemonista, que tem por finalidade o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Essa alteração proporcionou uma valorização do indivíduo dentro daquele grupo, o que constituiu fator essencial para prosperar sentimentos como o afeto, amor, felicidade e companheirismo, elementos responsáveis pelo desenvolvimento e fortalecimento do ser humano em um ambiente familiar. Tais sentimentos encontram-se intrinsecamente ligados à responsabilidade e ao cuidado recíproco de cada membro, elemento crucial das relações interpessoais.

Neste alicerce, Dias (2015, p. 71) entende que a “família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros:

valorizam-se as funções afetivas da família.” E, no mesmo sentido, continua a autora “a família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca” (DIAS, 2015, p. 55).

Observa-se com o exposto, que o afeto emerge da comunhão, da convivência, do respeito e dos cuidados diários e representa equilíbrio nas relações de família, o que permite que os integrantes desse núcleo familiar se desenvolvam e ocupem de forma sadia o seu lugar na sociedade.

4.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO AFETIVO

Os ensinamentos de Santos (2016, p. 214) sintetizam a história do abandono afetivo. O pontuado autor leciona que:

A não admissibilidade da existência de indenização entre os membros da família pelos danos produzidos entre seus componentes remonta à época em que o pai-marido tinha a autoridade suprema. Os poderes maritais e paternos eram absolutos. A mulher não tinha iguais direitos na condução dos assuntos que envolviam os partícipes da família. Tudo era concentrado nas mãos do infalível 'pater'.

Os filhos, quando crianças, eram considerados pessoas, somente pela boa vontade da lei. Na prática cotidiana o pátrio poder era concebido apenas como um conjunto de direitos. Ninguém imaginava que os cônjuges pudessem contratar, ou que os filhos participassem de decisões graves que pudessem afetar a convivência em família. [...]. A estrutura familiar baseada no sistema patriarcal impedia a existência de responsabilidade civil entre seus membros, pela forma como era organizada. O dever de indenizar diante de algum dano, nem sempre era cogitado. Em vez de culpa, havia falta moral, que merecia reprimenda em forma de castigo do responsável, sempre a cargo do "pater". Com os avanços introduzidos no Direito de Família, desde que feneceu o domínio absoluto do "pater familiae", trazendo de roldão a posição igualitária de marido e mulher diante da organização e administração da família, até o reconhecimento da união estável e das relações homoafetivas, já não há lugar para que a autonomia da vontade de cada um de seus membros não seja valorada e que os danos ocasionados no seio familiar deixem de ser indenizados.

A partir desse contexto, verifica-se que a ideia básica era de que no seio familiar, ligado pela disciplina e hierarquia, não havia espaço para se reconhecer a conduta do abandono praticado por um dos genitores como ato ilícito e, ainda mais, imputar-lhe consequências jurídicas advindas de um abandono.

4.2 DEFINIÇÃO DE ABANDONO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

No idioma oficial pátrio o termo abandonar é definido por alguns estudiosos como “repudiar, fugir, renegar, descuidar, etc.” Não obstante a riqueza da língua mãe, tais definições podem provocar algumas divergências em seu significado, no entanto, a explicação para o termo abandonar que mais se identifica com o tema em estudo é encontrada no Dicionário Aurélio, onde abandonar é “deixar o lugar em que o dever obriga a estar”, “deixar ao desamparo”.

No âmbito das relações familiares, o abandono ocorre quando os genitores deixam de prestar o devido cuidado e atenção ao filho ou quando os filhos deixam de dar atenção e prestar cuidados aos pais.

Hodiernamente, a partir da constitucionalização do direito civil e a instituição de outras normas infraconstitucionais, o abandono transcendeu a esfera dos valores morais para ganhar conotação jurídica, sendo intitulado pela doutrina como abandono afetivo. Ao discorrer sobre esse novo instituto, Lôbo (2011, p. 312) observa que:

[...] o “abandono afetivo” nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Essa acepção trazida pela lição do doutrinador indica que o abandono afetivo não pode ser ignorado pelo direito, pois a ciência jurídica foi criada para regular as relações sociais, inclusive as familiares.

4.3 AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO

Muitos genitores tem a distorcida visão sobre as suas obrigações para com os filhos por entenderem que apenas prover o sustento material seja suficiente para cumprir com o dever de provedor.

Entretanto, o dever jurídico de cuidado está muito acima dessa visão simplória, pois faz parte do poder familiar tutelado no texto constitucional e abrange

a formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento, fatores indispensáveis à constituição social e profissional do indivíduo.

Assim, ao longo do tempo, a ausência desses fatores decorrentes do abandono afetivo gera conseqüências, pois a falta de convívio com os pais acarreta danos à formação psicológica do filho, compromete a inserção dele no meio social e pode corromper o desenvolvimento do seu caráter, influenciando o comportamento e atitudes por toda a extensão da sua vida.

A partir de um ponto de vista técnico jurídico sobre as conseqüências do abandono afetivo, Lôbo (2011, p. 312) afirma que “por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpre o múnus inerente ao poder familiar. “Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

Responsabilidade civil é a obrigação de responder pelas conseqüências jurídicas oriundas de um ilícito civil que resulte em prejuízo a alguém, Cavalieri Filho (2012, p. 02), afirma que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Caracterizada por dois regimes, um pela reparação em face do inadimplemento das obrigações contratuais e o outro pela obrigação de reparar os danos resultantes da violação de direitos alheios (responsabilidade extracontratual), a teoria da responsabilidade civil biparte-se em objetiva e subjetiva. A responsabilidade objetiva encontra fundamento na teoria do risco criado ou desenvolvido pelo agente, enquanto a subjetiva tem fundamento na culpa “latu sensu”, sendo essa gênero, que tem como espécies o dolo e a culpa em sentido estrito.

Ao tratar da responsabilidade subjetiva nos artigos 186 e 187, o Código Civil atual informa que, além da ação ou omissão que causa dano e do nexo de causalidade, imperioso que seja comprovada a culpa em sentido lato:

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.

Art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2017b, p.14)

Na lição de Rodrigues (2002, p. 11), diz-se ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que, conforme o entendimento clássico, a concepção tradicional da responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. Essa espécie de responsabilidade ganha forma quando ocorre a presença de quatro elementos básicos: ação ou omissão (comportamento humano), a culpa ou dolo do agente (o elemento subjetivo), a relação de causalidade entre a ação e o dano (o nexos causal) e o dano causado à vítima.

O elemento comportamento humano, que tem origem na conduta humana, pode ser de duas formas: positivo ou negativo. Positivo quando ocorre uma ação e negativo em casos que advém a omissão, independentemente que o fato se configure por ato próprio, por ato de outrem que esteja sob sua responsabilidade ou por atos de animais e coisas que estejam sob sua guarda.

O elemento culpa é fracionado pelos estudiosos em “strictu sensu” e “lato sensu”. Na primeira, o agente não age de forma intencional, mas o dano resulta de imprudência, negligência ou imperícia e na segunda, além da culpa propriamente dita, ocorre o dolo. Lição Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 746) ensinam que 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 especialmente calcada no exercício de uma atividade de risco, a teor do art. 927 do CC)

Evidenciados o comportamento humano e o elemento subjetivo, forçoso que haja dano, pois sem a ocorrência do dano (nesse caso lesão a um direito subjetivo) não se pode falar em indenização ou reparação. Esse dano pode ser de ordem patrimonial, também conhecido como material, que decorre da lesão ao patrimônio

de outrem, caso em que o prejuízo pode ser medido financeiramente e de ordem moral, que configura uma lesão à dignidade da pessoa humana, provocando dor, sofrimento, tristeza e humilhação.

Por fim, e igualmente importante, a relação de causalidade entre a ação e o dano é imprescindível, pois para pleitear reparação é necessário que se comprove o vínculo entre a ação ou omissão do autor e o dano que tenha provocado a alguém.

Relevante destacar que, ainda que ocorrido um dano em determinados eventos, o dever de indenizar será afastado em função do rompimento do nexo causal, seja por culpa exclusiva da vítima, por fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, sendo estes o rol das causas excludentes da responsabilidade civil.

No âmbito das relações familiares, a responsabilidade civil é aplicada em temas relativos às obrigações conjugais ou da união estável, aos deveres por parte dos pais em relação aos filhos (como sustento, guarda, educação, convivência familiar, afeto, etc.), dos filhos em relação aos pais (art. 230 CF 1988), sendo que, na maior parte dos casos, é necessário que seja comprovada a culpa, conforme ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 746):

Nas relações de família, outrossim, considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco a direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art.186 do CC.

Por esses breves apontamentos, resta indagar se configurado o abandono afetivo nas relações familiares, o dano moral estaria caracterizado.

5.1 O ABANDONO AFETIVO E A OCORRÊNCIA DO DANO MORAL

Conforme exposto anteriormente, o abandono afetivo é o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade que gera consequências por longos períodos ou para a vida inteira do abandonado, comprometendo a formação psíquica, afetiva e moral. O fundamento principal desses deveres é encontrado no texto constitucional, especificamente na primeira parte do artigo 229 e na parte final do artigo 227:

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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (BRASIL, 2017a, p. 75)

O dano moral, em linhas gerais, pode ser conceituado como uma lesão à dignidade da pessoa humana que acarreta consequências como dor, sofrimento, ou mágoa.

Para se falar em ocorrência de dano moral por abandono afetivo é necessário que haja ponderação em relação aos direitos fundamentais, pois de um lado está a liberdade que o genitor tem em amar ou não seu filho, sentimento que constitui uma faculdade e a princípio não tem conotação jurídica, lado outro, existe o dever de cuidado decorrente do princípio da solidariedade, que quando negligenciado de modo duradouro, poderá causar transtornos cujas consequências serão observadas por longo tempo, fatos que, uma vez comprovados, são desaguadouros de dano moral.

Hironaka (2007, p. 7 apud ARRUDA, 2011, p. 6) entende que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. 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 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.

A partir do contexto dessa parte do estudo, é possível observar que o dano moral causado por abandono afetivo é uma lesão à dignidade humana do filho, ocasionando-lhe dor, sofrimento e mágoa e produzindo traumas e sentimentos negativos que poderão refletir diretamente na sua vida comportamental, intelectual e familiar.

5.2 VISÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO ABANDONO AFETIVO

Nos últimos anos o poder judiciário foi provocado pelos filhos devido ao abandono dos pais, buscando a reparação pelas consequências do abandono afetivo, os resultados dessas demandas foram diversos, tanto juízes singulares quanto órgãos colegiados entenderam em alguns casos pela procedência nas decisões e em outros pela improcedência.

Por se tratar de tema bastante polêmico, a demanda chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que julgou dois casos.

O primeiro foi em novembro de 2005. Ao julgar o Recurso Especial 757.411, a quarta turma da corte afastou a possibilidade de indenização, pois entendeu que a simples destituição do poder familiar - preceito contido no artigo 1638, II do Código Civil que prevê a punição de um dos pais por abandono do filho - já constituiria suficiente represália do Estado ao genitor negligente:

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)

[...] No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (BRASIL, 2017c, p. 4).

Na oportunidade, entendeu também o órgão colegiado que o judiciário não tem como intervir nas relações interpessoais para obrigar alguém a nutrir ou manter afeto por outra pessoa, como se observa: " [...] Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. (BRASIL, 2017c, p. 5).

Contudo, por contrariar as expectativas de grande parte da comunidade jurídica, o entendimento firmado no primeiro caso não pacificou a temática e

tampouco impediu que os órgãos singulares e colegiados continuassem a julgar muitos casos em sentido diverso da primeira decisão da corte. Como consequência, em abril de 2012, a Corte Superior foi novamente instada a manifestar-se sobre o tema, e, ao apreciar o Recurso Especial 1.159.242-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, surgiu um novo paradigma no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois concluíram os ministros da terceira turma, frise-se, em posição não unânime, que a omissão do genitor no dever de cuidado para com os filhos gera o abandono afetivo que por sua vez caracteriza o dano moral indenizável, *In verbis* :

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE

Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2017d, p. 1).

A partir de uma breve análise da ementa, vê-se que o novo posicionamento do Tribunal exclui a possibilidade de não aplicação da responsabilidade civil nos casos oriundos das relações familiares e que o cerne não é reparar a falta de amor e sim responsabilizar o genitor que teve comportamento omissivo que caracterize a ausência do cuidado como dever jurídico, obrigação imposta aos pais em relação a sua prole.

5.3 O ABANDONO AFETIVO POR UM DOS GENITORES E A POSSIBILIDADE DO DANO MORAL INDENIZÁVEL

Conforme outrora exposto, o dano moral causado por ocasião do abandono afetivo é uma lesão à dignidade humana do filho, ocasionando-lhe dor, sofrimento e mágoa e produzindo traumas e sentimentos negativos que poderão refletir diretamente na sua vida comportamental, intelectual e familiar.

No entanto, alguns doutrinadores refutam a possibilidade de indenização ao argumento de que ninguém pode ser obrigado amar o outro e que a destituição do poder familiar seria punição mais que suficiente, todavia, o que se discute nos casos remete a distinto raciocínio. Santos (2016, p. 223) afirma que “o dano não resulta da falta de amor, mas na repercussão no ânimo do filho de todo o mal causado pela ausência do pai”.

Portanto, a tese de indenização por dano moral em relação ao abandono afetivo deve ser vista sob a ótica de que “o direito não cuida de questões internas do homem, como afeto e carinho que um terceiro possa proporcionar a alguém”, Santos (2016, p. 219), mas sim, que o cuidado é um dever jurídico do pai/mãe para com seu filho, constituindo verdadeira obrigação imposta nos mais variados diplomas legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse modo de raciocínio, a lição de Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 757) demonstram que a indenização é cabível e inclusive imprime caráter pedagógico:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, “a perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

Assim, a forma de compreender a tese de indenização por abandono afetivo é considerar que a reparação pelo conseqüente dano moral não é simplesmente compensatória, tem também cunho pedagógico e objetiva trazer ao conhecimento

da sociedade a possibilidade de punição dos genitores que descumprirem com os deveres inerentes a paternidade.

6 CONCLUSÃO

A partir da Constituição de 1988 mudanças significativas ocorreram no direito de família, o texto da nova carta promoveu uma verdadeira constitucionalização nesse ramo, o que fez despontar novos conceitos no âmbito da estrutura familiar para atender aos comandos principiológicos ora determinados e a estrutura familiar tradicional e hierárquica vem sendo superada.

Espelhados no princípio da dignidade humana e tomando por base a liberdade, a solidariedade, a responsabilidade recíproca, novos paradigmas que primam pela afetividade promovem a valorização do indivíduo dentro do grupo familiar.

Com base nesses novos paradigmas, o afeto, antes visto como um tenro sentimento psicológico, passou a ser considerado por grande parte dos estudiosos como um elemento que em determinadas situações equivale ao dever jurídico de cuidado, faz parte do poder familiar tutelado pelo texto constitucional e compreende a formação psicológica, moral e social do filho, alcançando a obrigação de criar, conviver, educar, orientar e dar apoio emocional e material a ele.

Quando um dos genitores deixa de cumprir com esse múnus por longos períodos incorre no abandono afetivo, instituto entendido como o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, cujas conseqüências causem danos à formação psicológica e comportamental do filho, fatos que devidamente comprovados, caracterizam dano moral, sendo possível requerer indenização para reparação pela via judicial.

Conclui-se, portanto, que a ideia de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo está diretamente relacionada à compreensão da ausência do dever objetivo do cuidado como valor jurídico, o que caracteriza ilícito civil, devendo, como os demais danos civis causados a qualquer pessoa, ser devidamente reparado pelo poder judiciário, de modo que a reparação não seja entendida apenas como uma punição ao genitor negligente, mas que tem caráter pedagógico e contribui para refutar e coibir novas condutas na nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade civil no direito de família**: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Igualdade entre sexos – Carta de 1988 é um marco contra discriminação. **Revista Consultor Jurídico**, 5 nov. 2010. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 91, de 2016. **Portal da Legislação**, Brasília, out. 1988. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 08 fev. 2017a.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o código civil. **Portal da Legislação**, Brasília, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 757.411**. Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira e Recorrido: Alexandre Batista Fortes menor púbere assist. p/ sua mãe. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro 2005. Disponível em : <<http://www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em : 08 mar. 2017c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1159242/SP**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 de abril de 2012. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1159242>. Acesso em: 10 mar. 2017d.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.