



# **FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU**

**DIREITO CIVIL**

**FERNANDA VIEIRA DE OLIVEIRA**

## **ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO: RESPONSABILIDADE CIVIL E ASPECTOS PSICOLÓGICOS**

Salvador  
2018

**FERNANDA VIEIRA DE OLIVEIRA**

**ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO: RESPONSABILIDADE  
CIVIL E ASPECTOS PSICOLÓGICOS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito  
e Gestão como requisito parcial para a obtenção de  
grau de Especialista em Direito Civil.

Salvador  
2018

**FERNANDA VIEIRA DE OLIVEIRA**

**ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO: RESPONSABILIDADE  
CIVIL E ASPECTOS PSICOLÓGICOS**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

Dedico o presente trabalho a todos os meus amigos e colegas de profissão e em especial aos meus familiares pelo apoio em todos os momentos da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores da pós-graduação, que todos sem exceção são e foram brilhantes em seus ensinamentos, grandes referencias, como a própria instituição (Faculdade Baiana de Direito) que me enchem de orgulho e enriqueceram ainda mais os dias de dedicação ao Direito Civil, ramo do direito o qual decidi dedicar-me profissionalmente.

Agradeço também aos meus familiares, pela paciência e compreensão nos momentos em que não estive presente para assim alcançar este tão almejado objetivo.

“Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.” (Ministra Nancy Andriahi)

## RESUMO

O presente estudo aborda uma análise acerca do abandono afetivo dos filhos pelos pais e as suas possíveis consequências jurídicas e psicológicas geradas a partir da omissão dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança, enquanto sujeito de direitos e deveres na sociedade. A pesquisa aponta possíveis formas de se mitigar o abandono afetivo através de condutas a ser seguidas tanto pelo judiciário, quanto pela sociedade. O estudo também demonstra a historicidade da responsabilidade civil, bem como as mudanças que atingiram as famílias em nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas. Apresenta uma análise da legislação pátria constitucional e infraconstitucional, doutrinária e jurisprudências sobre o tema, além de refletir sobre os entendimentos hoje existentes, identificando parâmetros para compreender a possibilidade de responsabilização civil em cada caso específico. A pesquisa demonstra a existência de um possível dano moral e psíquico sobre os infantes que sofrem o abandono afetivo por parte de seus genitores, fundamentando juridicamente a responsabilidade civil imposta a estes por esses atos, ensejando a indenização.

**Palavras chaves:** Afeto; Dever de convivência; Abandono afetivo; Responsabilidade civil; Indenização.

## LISTA DE ABREVIATURA

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CC/02 – Código Civil de 2002

ECA – Estatuto da Criança e Adolescente

CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social

PL – Projeto de Lei

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJBA – Tribunal de Justiça da Bahia

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	12
2.1 CONCEITO	13
2.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	15
2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	16
2.4 FUNÇÕES DA REPARAÇÃO CIVIL	21
<b>3 REFLEXÕES SOBRE O ABANDONO AFETIVO</b>	23
3.1 DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR	24
3.2 O AFETO COMO DEVER JURÍDICO: PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	28
3.3 CONSEQUENCIAS PSICOLOGICAS DO ABANDONO AFETIVO NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLECENTE	36
3.4 A DIFERENÇA ENTRE O ABANDONO AFETIVO E A ALIENAÇÃO PARENTAL	40
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE A FALTA DE AFETO</b>	44
4.1 POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	48
4.2 POSSÍVEIS FORMAS DE MITIGAR O ABANDONO AFETIVO	50
<b>5 POSICIONAMENTO E JULGADOS</b>	56
5.1 A ACEPÇÃO POSITIVA DO DEVER DE INDENIZAR	58
<b>5.1.1 A problemática do quantum indenizatório</b>	61
<b>5.1.2 (Im) possibilidade de enquadramento na teoria da perda de uma chance</b>	63
5.2 A ACEPÇÃO NEGATIVA DO DEVER DE INDENIZAR	65
<b>6 CONCLUSÃO</b>	69
<b>REFERÊNCIAS</b>	71

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos a família foi bastante atingida pelas mudanças decorrentes de cunho social e normativo, o que permitiu o surgimento de questões antes não vislumbradas e questionamentos que ainda padecem de resolução e porque não falar também, aceitação.

Uma das questões relevantes diz respeito à responsabilização dos pais para com os seus filhos quando da configuração do abandono afetivo, isto é, as possíveis consequências jurídicas e sociais geradas a partir da omissão dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança enquanto sujeito de direito e deveres na sociedade.

Assim, o presente estudo pretende analisar a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo na filiação, demonstrando como o judiciário poderá reparar o dano causado aos deveres afetivos inerentes à paternidade/maternidade, bem como analisar as possíveis consequências psicológicas do abandono afetivo na criança e no adolescente.

Nesse contexto, as questões/problemas que orientam a pesquisa são as seguintes: O abandono afetivo enseja a obrigação de indenizar? O que pode ser considerado abandono afetivo para fins de indenização? Existe uma linha tênue entre abandono afetivo e alienação parental? Os tribunais têm responsabilizado civilmente os genitores pelo abandono afetivo? O abandono afetivo pode ter consequências negativas no aspecto psicológico da criança?

Tal pesquisa tem como finalidade refletir sobre as consequências jurídicas e sociais que o abandono afetivo pode causar na criança e em relação aos pais, diferenciando-o da alienação parental a partir da conceituação e da sujeição, assim como as possíveis soluções do direito para esse problema social do abandono, apresentando o posicionamento de juristas acerca do tema, julgados e verificando as disposições normativas.

A ausência de acompanhamento dos filhos no âmbito familiar, decorrente da ausência física e emocional, é uma questão que há de ser tratada com bastante clareza

e responsabilidade, pois trata-se de um assunto de grande relevância social, que há muito vem sendo discutida. O pai ou a mãe não deve estar ligado ao filho apenas na contribuição material, pois uma criança necessita não só de alimentos, mas também de acompanhamento, orientação de vida, amor e carinho.

A proposta tem também como objetivo identificar o posicionamento de diversos juristas, utilizando-se de jurisprudências favoráveis e desfavoráveis acerca do tema, como forma inclusive, demonstrar a polemica que envolve o assunto, o que demonstra ainda mais relevância e atualidade do presente tema.

A realização desta pesquisa poderá mostrar aos pais ausentes as consequências/problemas que o abandono afetivo pode trazer para eles e até mesmo para a própria criança no contexto jurídico e psicológico.

Para tanto, o texto está dividido em cinco partes além desta introdução. O capítulo dois apresenta breves considerações sobre a responsabilidade civil. O capítulo três faz uma reflexão sobre o abandono afetivo, abordando o direito a convivência familiar e o valor jurídico do afeto, bem como a distinção e relação com a alienação parental e as consequências psicológicas pela falta de afeto a criança e ao adolescente. O capítulo quatro traz uma análise da responsabilidade civil frente a falta de afeto e as possíveis formas de mitigar o abandono afetivo. O quinto capítulo trás os posicionamentos e julgados favoráveis e desfavoráveis com relação ao dano moral decorrente do abandono, o dilema acerca do quando é devido a título de indenização por estes danos sofridos e a possibilidade ou não da aplicação do abandono a teoria da perda de uma chance. E por último, a sexta parte apresenta as considerações finais.

Como técnica de pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, valendo-se de fonte secundária como livros variados, doutrina específica ou generalista, artigos científicos, leis e jurisprudências, com a finalidade de propiciar as melhores e mais precisas informações sobre o tema.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Compreender a responsabilidade Civil no nosso ordenamento jurídico é um desafio aos juristas, dentro da imensa gama de relações abrangidas pelo tema, pois antes de saber de quem é a responsabilidade é preciso entender o que é a responsabilidade.

A responsabilidade Civil teve seu nascimento no Direito Romano, onde desde as primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, o ofendido reagia de maneira imediata e brutal, movido por puro instinto, onde se predominava o sistema da vingança provada. Era a época da reparação do mal pelo mal. Nesta fase a culpa não era cogitada, bastava apenas o dano, não havendo regras nem limitações. Porém, às vezes não era possível ao lesado reagir imediatamente, sendo assim, o castigo era posterior. Com isso houve a necessidade de se regulamentar este castigo posterior, dando origem à pena “do olho por olho, dente por dente”, prevista na Lei de Talião.

Com a evolução do instituto, surgiu a composição voluntária, com a qual o ofendido passou a ter a faculdade de substituir a retaliação ao agente por uma compensação de ordem econômica, evitando a aplicação da pena de Talião. Pode-se por assim dizer, que já era a condenação pecuniária substituindo o castigo.

Com o passar dos tempos, surgindo de uma autoridade soberana, ocorreu a proibição à vítima de fazer justiça com as próprias mãos. Com isso, a composição deixou de ser voluntária e passou a ser obrigatória, ocorrendo então a estipulação de preço para cada tipo de lesão, imposta pela Lei das XII Tábuas.

A *Lex Áquila*, nascida no Direito Romano em 286 a.C, foi um marco na evolução histórica da Responsabilidade Civil, sendo desta época as primeiras ideias acerca da noção de culpa. Sua grande virtude era propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

Já na Idade Moderna observa-se a inserção da culpa como princípio aquiliano.

O Código Civil de Napoleão, trouxe a previsão sobre a responsabilidade contratual, bem como a distinção entre responsabilidade civil e penal. Este Código influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o nosso Código Civil de 1916.

Daí por diante observou-se o surgimento de novas teorias que tenderam a propiciar maior proteção às vítimas, que passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas. A responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento, ou seja, razão pela qual alguém deve ser obrigado a reparar um dano, baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que será objetiva, permitindo-se a indenização de danos mesmo sem existência de culpa, situação prevista, inclusive no atual Código Civil Brasileiro.

Os dias atuais, dispõe Theodoro Júnior (2016, p. 4) de forma sintética:

Com a Constituição de 1988, veio, finalmente, o enunciado, do princípio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais (art. 5º, V e X). Por fim, o Código Civil de 2002 adotou expressamente a reparabilidade do dano moral (art.186).

Hoje, então, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de se indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da gestão.

A responsabilidade civil é em dias atuais um pilar de grande importância no ordenamento jurídico, sua aplicação e observância acompanham o cotidiano da sociedade moderna e sua conceituação embora não tenha fácil entendimento pelo senso comum, é muito bem compreendido no dia a dia, que embora não tenha dificuldade em conceitua-la, entende a sua aplicação quanto aos seus direitos e deveres.

## 2.1 CONCEITO

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua

atividade, contendo ainda a raiz latina *spondeo*, formula através da qual se vincula no Direito Romano o devedor nos contratos verbais. Sendo assim, a responsabilidade em nosso ordenamento jurídico, nada mais é que um dever jurídico sucessivo de assumir as consequências jurídicas de um fato, que podem variar de acordo com o caso concreto e o interesse do lesado.

Partindo desta linha de raciocínio a responsabilidade civil, em geral, deriva da agressão a um interesse iminentemente particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima.

Diniz (2006, p. 40) destaca que:

Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde ou de simples imposição legal.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.52) conclui-se que:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Por isso, a responsabilidade civil é o dever imputado a um agente, de reparar um dano ocasionado a outrem, com a sua participação ou de terceiro sob sua responsabilidade.

A responsabilidade civil é de grande importância nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial em conformidade com os ditames da justiça. Esse interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano moral ou material é a fonte geradora da responsabilidade civil e movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco.

A indenização, fundada sobre a responsabilidade civil, é estabelecida em atenção ao dano e situação do lesado, que deverá ser restituída a situação em que

estaria se não tivesse ocorrido o dano, visando restituir o prejudicado ao *status quo ante* ou, na impossibilidade, de compensar os danos causados.

## 2.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 927 e seguintes trata da Responsabilidade Civil derivando-a de um ato ilícito que causa dano a outrem, ou de fato independente de culpa que também cause dano a outrem, ou ainda quando a atividade desenvolvida implica risco a direito de outra pessoa.

A respeito do ato ilícito, a mesma lei infraconstitucional, em seu artigo 186 determina que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou impudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2014, p.163).

A princípio pode-se observar que apesar da responsabilidade civil ter um conceito uno, ela pode ser classificada quanto ao seu fundamento, tomando como base justamente a questão da culpa e natureza da norma jurídica violada, ou seja, conforme fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Partindo deste princípio, existem duas teorias que classificam e explicam melhor o fundamento ou a abrangência da responsabilidade civil.

A primeira é a “teoria subjetiva”, ou “responsabilidade civil subjetiva” que decorre de dano causado pela execução de um ato doloso ou culposo. Esta teoria também chamada de teoria da culpa pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, sendo assim em não havendo culpa, não há responsabilidade. Esta culpa se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, como dito no artigo supratranscrito.

Deste mesmo dispositivo, verifica-se que a obrigação de indenizar é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito, ou seja, cada um responde pela própria culpa. Nesses casos de ação reparatória, devem restar provados pela vítima a autoria, a culpabilidade, o dano e o nexo causal.

A segunda é a chamada “teoria objetiva” ou “responsabilidade objetiva”, pois prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade também chamada de teoria do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da culpa. Nesses casos o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido.

A respeito, destaca Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.56):

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Portanto, para a responsabilidade objetiva, basta haver dano para que sobrevenha o dever de reparar. Explica-se esta teoria pelo alto risco de determinadas atividades e pela impossibilidade prática de se provar a culpabilidade em certas circunstâncias. Ela é aplicada em virtude de disposições expressas na lei.

Desde o Direito Romano a responsabilidade era objetiva, sem que para isso fundasse no risco. Posteriormente, com a evolução e o progresso é que surgiu a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano.

Para Venosa (2009, p.15):

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro.

Em regra geral, o que deve presidir a responsabilidade civil é a sua fundamentação na ideia de culpa, mas sendo insuficiente esta para atender as imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar. Mas vale salientar que para as duas teorias é

necessário o nexo causal, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado para que haja efetivamente o dano e o dever de indenizar a vítima.

### 2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Existem alguns pressupostos/elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Um deles é a ocorrência de um ato ilícito. Este origina-se de uma conduta humana, seja ela positiva ou negativa e ocasiona efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento.

O artigo 186 do Código Civil define ato ilícito como aquele que decorre de uma omissão voluntária, negligência ou imprudência, capaz de violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. (BRASIL, 2014, p. 163)

A esse respeito comenta Venosa (2009, p. 22):

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduzir-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

Sendo assim, para ocorrer o dever de indenizar dano causado, o ato de vontade deve revestir-se de ilicitude, traduzindo-se portanto, em um comportamento voluntário que posterga um dever.

Uma vez que a responsabilidade civil remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator, para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deve ser contrária ao direito lícito. Porém a imposição do dever de indenizar poderá existir, mesmo quando o sujeito atua lícitamente, ou seja, poderá haver responsabilidade civil, sem necessariamente haver antijuricidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal, como no caso de danos por motivo de interesse público (a indenização por expropriação) ou por motivo de interesse privado (ato praticado em estado de necessidade).

Nota-se, pois à vista de tais exemplos, que o dever de reparar o dano causado, nesses casos, decorre de uma atuação lícita do infrator, que age amparado pelos direitos. Por isso não se pode dizer que a ilicitude acompanha necessariamente a ação humana danosa, ensejadora da responsabilização.

O artigo 186 do Código Civil envolve algumas ideias que implicam a existência de pressupostos, necessários, para que a responsabilidade civil se emerja. Inicialmente a lei se refere a alguém que por ação ou omissão causa dano a outrem.

Ação ou omissão, também chamada de conduta humana positiva ou negativa é mais um dos pressupostos da responsabilidade civil, previstos no Código Civil. Pode-se dizer também que é quando um agente causa dano a outrem através de ato comissivo ou omissivo. Essa responsabilidade também pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

A este respeito, Diniz (2006, p. 44) observa que:

O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

Tal ação pode decorrer de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco) porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação.

Outro pressuposto necessário para a caracterização da responsabilidade do agente é a culpa ou dolo que causou o prejuízo. A lei declara que se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência fica obrigada a reparar. Logo ação ou omissão voluntária refere-se ao dolo e em seguida a culpa refere-se à negligência ou a imprudência como expressamente se exige no artigo 186 do Código Civil.

Deste modo para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposo.

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação do direito, ou seja, o resultado foi procurado pelo agente, ele desejava causar o dano e seu comportamento o causou. Na culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo a vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para ela

A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; a imprudência é precipitação ou ato de proceder sem cautela.

Para que a vítima obtenha a indenização deverá provar, entre outras coisas, que o agente causador do dano agiu culposamente, excetuando-se os casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

O artigo 927 do Código Civil, consigna hipóteses de responsabilidade objetiva.

Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.  
Parágrafo único. Todavia, haverá obrigação de reparar o dano independente da culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza risco para aos direitos de outrem. (BRASIL, 2014, p.204)

O dano é outro elemento indispensável para configuração da responsabilidade civil, pois somente haverá possibilidade de indenização se o ato ocasionar dano. Sem a ocorrência deste elemento não haverá o que indenizar. Indenizar significa reparar o dano causado a vítima, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

Para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral fundado nos efeitos da lesão. Sendo assim, é possível compreender que o prejuízo indenizável poderá decorrer, não

somente da violação do patrimônio economicamente aferível, mas também da vulneração de direitos inatos à condição de homem.

Para Diniz (2006, p. 67) a definição do dano é:

O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade em qualquer bem ou interesse jurídico patrimonial ou moral.

O dano consiste na lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Na reparação do dano moral, o valor pecuniário não desempenha a função de equivalência como no dano patrimonial, mas sim de compensação. Existem danos cujo conteúdo não compreende o aspecto material, mas decorre da dor, da emoção, da afronta à aflição física ou moral, à sensação dolosa experimentada pela pessoa. Já o dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, a efetiva diminuição no patrimônio da vítima e o que ele deixou de ganhar.

Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

O último pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, ou seja, é a existência de um vínculo entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor. O artigo 186 do Código Civil exige tal pressuposto através da palavra “causar”.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 273) “trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano”. É o liame que une a conduta do agente ao dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca o nexo causal. Não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, mas bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Este poderá não ser a causa imediata, mas se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Sendo o nexo de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser provado. O *ônus probandi* caberá ao autor da demanda, porém há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar e o caso fortuito ou a força maior.

Portanto, na hipótese de responsabilidade subjetiva, os quatro elementos essenciais: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano devem ser comprovados a fim de permitir a devida responsabilização civil.

## 2.4 FUNÇÕES DA REPAÇÃO CIVIL

A doutrina compreende e difunde que há três consequências que podem ser experimentadas por aqueles que infligem em outrem danos que repercutem e estão sobre tutela da responsabilidade civil, são estas: compensatória, punitiva e desmotivadora.

Estas, consideradas as funções do instituto da reparação civil, buscam de fato reparar o dano, aplicando sanções ao agente causador, para que quantas vezes forem necessárias, possa sofrer a partir de cominações legais consequências que objetivem mudar a sua conduta perante a sociedade.

Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.99) observam que:

Assim, na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do defensor e desmotivação social da conduta lesiva.

A tríplice função, como conhecida, foi a princípio de encontro a tese sustentada por doutrinadores, juristas e filósofos do ramo jurídico, de que seria impossível indenizar danos de caráter não patrimonial.

A ideia negativa que pairava, de que não caberia indenização pecuniária para a reparação de danos causados em violações aos direitos da personalidade, consubstanciava-se por não entender os operadores do direito que os direitos da personalidade poderiam ser objeto de qualquer tipo de reparação em pecúnia. Afinal perguntavam-se: como reparar o dano causado na vítima por algo imensurável?

Contudo depois de muitas discussões acerca, começou-se a delinear um novo entendimento com os conceitos que emergiram da própria sociedade e das relações sociais.

A função punitiva-pedagógica, junção da segunda e terceira funções supramencionadas, são as que se identificam nos julgados que versam sobre indenizações na esfera moral. Para muitos compensar seria como “devolver na mesma moeda” uma espécie de vingança, uma “caça” por um retorno financeiro da indústria das indenizações, quanto na verdade a função da responsabilidade civil, é fazer com que o agente causador seja motivado a não cometer mais a ação danosa, seja educado de que tal ação é prejudicial e que por conta disso ele está sofrendo determinada sanção.

A função social da responsabilidade civil é em suma desestimular o ofensor, conforme dispôs a teoria norte-americana e conforme leciona Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 93):

Com efeito, além do escopo compensatório, a indenização dever ter também uma finalidade punitiva ou pedagógica, aspecto especialmente desenvolvido pelos tribunais norte-americanos (“teoria dos *punitve damages*” ou teoria do desestímulo”).

Nesta senda, entendendo pela necessidade imposta pela sociedade, o judiciário possui em regra, após amadurecimento necessário sobre a matéria, condições para arbitrar valor a título de indenização por dano moral, levando em consideração os tão

clamados princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mas com objetivo claro de punir e educar o ofensor para que não repita o dano que causará.

### 3 REFLEXÕES SOBRE O ABANDONO AFETIVO

Ao regular as relações sociais de caráter privado, o direito dedica-se especialmente àquelas que se desenvolvem no núcleo da sociedade, surgido dos vínculos formados pelo casamento e pela união estável, estes não mais apenas entre homem e mulher, ou pela filiação que também é vivenciada em tempos atuais com a possibilidade da multiparentalidade, ou seja, o direito possui dedicação direcionada ao que convencionou chamar de família e que possui em dias atuais muitas formações.

As relações familiares no âmbito das quais se desenvolvem os valores que fundamentam a estrutura social, vêm experimentando constantes e profundas mudanças, como as já citadas e inegáveis são as modificações que a família, no seio da qual nascem e se desenvolvem o caráter, os valores morais e os próprios objetivos da espécie humana sofreu ao longo do último século, influenciando e sendo influenciada pelas intensas mudanças ocorridas na sociedade.

Nos últimos anos a questão concernente à aplicação das normas da responsabilidade civil às relações de família tem despertado em nosso país o interesse de renomados juristas e, entretanto, apesar da tendência atual no sentido da admissibilidade da reparação, a jurisprudência ainda se mostra bastante hesitante ou quem sabe cautelosa em aceitar a possibilidade de indenização por conta de ato ilícito originado das relações de família.

Uma das questões talvez mais relevantes nesse sentido diz respeito à responsabilização dos pais para com os seus filhos quando da configuração do abandono afetivo, isto é, diante das possíveis consequências a partir da omissão dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança enquanto sujeito de direito e deveres na sociedade.

Caracteriza-se o abandono afetivo quando se deixa de cumprir, por ato voluntário, frise-se voluntário, deveres próprios da família, como obrigações alimentícias, de moradia, educação, assistência, dentre outras. Essa responsabilização visa coibir os abusos praticados por aqueles que, cientes da falta de qualquer sanção,

violam sistematicamente os direitos mais fundamentais de pessoas que, muitas vezes, deles deveriam receber a devida proteção.

Quando tratamos das relações familiares e paterno-filiais ou materno-filiais, impossível não falar do afeto, este que é um bem jurídico e um princípio constitucional, que deve ser valorizado na construção das relações e entidades familiares.

A esse respeito, destaca Fachin (1996, p. 59):

A filiação socioafetiva se constrói; é mais: uma distinção entre o virtual e o real. A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes. A primeira é traçada por uma informação obrigatória, cuja certeza pode demonstrar algo mais do que simples liame biológico. A segunda é fruto de um querer: ser pai desejo que se põe na via querer ser filho; desse desejo ela nasce e frutifica.

A verdade biológica é verdade desde logo, do início. A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresentando desde o nascimento. A criança tem necessidade de conviver no seio de uma família estruturada, que lhe dê condições aptas a permitir o desenvolvimento sadio de seu caráter; ela precisa de uma referência, a quem recorrer.

Contudo, cabe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. A educação não abrange somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho e entre outras obrigações dos pais que ajudem no desenvolvimento da criança. Não basta ser pai ou mãe e por mais que se escute de inúmeras pessoas e lugares, necessária e indispensável se faz a participação ativa na criação dos filhos.

### 3.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A proteção da criança e do adolescente nos dias atuais constitui uma enorme preocupação dos juristas e até mesmo da sociedade, pois o crescente número de casos criminais envolvendo menores, assusta a sociedade e põe em alerta as autoridades. O que traz como decorrência, às inúmeras discussões a cerca de uma possível redução da maior idade penal e também do crescente aumento de índices de infanticídio e pedofilia.

Diante do exposto, ressalta-se que ao mesmo tempo, existem legislações que visam proteger e amparar os direitos da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988 trouxe à criança e ao adolescente diversos direitos observados em seu artigo 227, caput, que dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, a alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivências familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2014, p.72)

A esse respeito ainda o Código Civil em seu art. 1634 regula que:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) (BRASIL, 2014, p. 259)

O direito a convivência familiar envolve a família, instituição necessária ao ser humano, única capaz de garantir o pleno desenvolvimento de sua personalidade, garantindo, assim, a preservação de todos os demais direitos. A convivência familiar se constitui quando alguém assume o papel de filho em face daquele que assume o papel de pai ou de mãe, tendo ou não vínculo biológico.

Segundo o Dicionário Aurélio Ferreira (2001, p.184) convivência é “1. Ato ou efeito de conviver; convívio, companhia. 2. Trato constante, diário”. Desta forma a criança precisa e necessita de uma referência, a quem ter como exemplo, através de uma convivência familiar. Garantindo-se a estrutura familiar para o jovem, seu desenvolvimento também terá consequências positivas, já que a autoestima da criança e do adolescente será reforçada e traumas decorrentes da ausência da figura do pai e/ou da mãe poderão ser evitados.

A falta dessa convivência familiar pode ser considerada um abandono afetivo que acarretará diversas consequências na criança. Indubitavelmente é a família, a primeira oportunidade para se aprender o valor e a importância de amor, lições que serão retratadas ao longo da vida.

Analisando a respeito, Angeluci (2006, p. 3) sintetiza:

Sensível a esse contexto, ao estudo do Direito da Família compete a tarefa de valoração da pessoa, acima e antes do fato, compreendendo as suas necessidades básicas e vitais, físicas e psicológicas, para melhor aplicação da justiça. De tal compreensão resulta a necessidade de se tentar conceber, por uma perspectiva valorativa, o direito para implementação plena do princípio da dignidade da pessoa humana, que se atribui como finalidade principal do Direito de Família.

O direito a convivência familiar, advém de um dos objetivos da República e da sociedade civil de forma ampla, que é o princípio da solidariedade social. Este que por

sua vez, abrange o princípio da solidariedade familiar, que consiste basicamente nos binômios, ou melhor, elementos: afeição e respeito.

A afeição que segundo Lisboa (2013, p.48):

É um sentimento que se tem em relação a determinada pessoa ou a algum bem. Afeicoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. Os membros de uma família, em sua maioria, possuem laços de afeição uns com os outros. Entretanto, isso não é uma realidade absoluta. Há entidades familiares desgraçadas por inimizades capitais e por relacionamentos praticamente nulos.

Diante deste conceito, pode-se afirmar que o termo afeto utilizado para a definição da afeição, possui outras vertentes, afinal pode-se existir afetos positivos ou negativos: positivos que influenciam o bem estar individual e comum, capaz de gerar respostas e posturas positivas e negativo que atua de forma contrária, influenciando negativamente e projetando no indivíduo ou no grupo de indivíduos a herança de comportamentos indesejáveis.

A afeição que é um dos vetores que indica o dever de cooperação, contudo a afeição por si só não constituiu a base do princípio da solidariedade, a base deste princípio se consolida com o respeito e Lisboa (2013, p.48), assim dispõem:

O respeito por outro lado, é dever inerente à preservação da honra subjetiva da pessoa, que tem o direito de não ser injuriada por outra. E, por isso, pode ser exigido, assegurando-se o direito moral da personalidade do interessado.

Diante dos conceitos apresentados, pode-se destacar que o maior benefício para uma criança é nascer e criar-se acolhida e sustentada pelo amor de seus pais. À família natural e a família substituta, no caso de adoção, incumbem assegurar a toda criança e a todo adolescente as condições de vida digna, e a certeza de que são verdadeiramente amadas.

Indiscutivelmente, o desenvolvimento da pessoa de forma a alcançar sua dignidade, será possível se houver respeito pelo ser humano que a criança representa na sociedade.

A herança que recebe a criança ou adolescente afastada ou ausente da convivência familiar é indubitavelmente, prejudicial a formação de qualquer indivíduo e irá refletir em todos os momentos futuros da vida, acarretando adultos com problemas inúmeros, inclusive no trato social.

### 3.2 O AFETO COMO DEVER JURIDICO: PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Nas relações de famílias carregadas de valores e objetivos, o principal deles se resume na conservação da vida e na sua realização, dentro do princípio basilar para formação da pessoa exposto em nossa “Carta Magna”: o da dignidade com o amor da pessoa humana.

Para a transformação do estado infantil em estado adulto, imperioso é o respeito à infância, aos primeiros passos da longa jornada representada pela vida. E somente possibilitando o aprendizado sadio das experiências da vida, é que o processo de formação humana poderá atingir seu ápice final: a conquista da dignidade da pessoa e seu auto reconhecimento como pessoa com plena dignidade.

Neste sentido comenta Angeluci (2006, p. 2):

O chamado “poder familiar” se caracteriza como poder-dever, ou seja, deve ser efetivado por quem exerce a parentalidade, no comando da família, e também como direito de quem figura como seu destinatário, os filhos. Portanto, antes mesmo da definição como “Poder”, afigura-se como obrigação dos pais sujeitar os filhos menores ao poder familiar, conforme o estatuído no artigo 1630 do Código Civil, garantido aos seus integrantes a possibilidade de aperfeiçoamento e desenvolvimento, para alcançar a ampla e restrita dignidade.

O afeto é um dever dos pais, através de uma convivência familiar, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável da criança a fim de que esta

seja inserida na sociedade de modo a contribuir e acrescentar positivamente na sua evolução. Daí pode-se dizer que o afeto é um bem jurídico e um princípio constitucional. Já o afeto não é decorrente do vínculo genético, pois o parentesco não contém apenas elementos biológicos, mas também afetivos e jurídicos.

É esse o valor jurídico do afeto. Pai/mãe não é apenas o doador de material genético, mas sim aquele que cria, cuida, ama e se preocupa, perdendo noites de sono com as doenças dos filhos, chorando com seus sucessos e conquistas, e esperando, quem sabe um dia, a retribuição em sua velhice.

Vale salientar que às vezes a criança e o adolescente são usados em processos de separação, divórcio ou dissolução de união estável, como moeda, como arma de um cônjuge ou companheiro contra o outro, dispensando qualquer respeito à sua vida e aos seus sentimentos, privando até a outra pessoa do convívio e a participação na vida do filho. Neste momento, o amor e o sentimento de união devem estar presentes, especialmente o amor que une pais e mães aos seus filhos e filhas, olvidando os problemas enfrentados pelos adultos, com a preocupação voltada às crianças e adolescentes.

O sentimento amor, tanto para o ser humano quanto para a sociedade organizada é de muitíssima importância, como nos afirma Angeluci (2006, p. 14):

A defesa da relevância de afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente, para vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leve à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existem, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a confraternização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para as relações de Direito Privado e, em particular para as relações de família, a dignidade da pessoa humana deve ser o valor central. Os filhos são realmente conquistados pelo coração, por uma obra de afeto construída a cada dia.

É de grande relevância que se estabeleça no mundo jurídico que o afeto é um valor inerente à formação da dignidade humana, não podendo ser esquecido ou rejeitado nas lides forenses, em especial no direito de família.

Tendo como base o que foi dito acima, muitos são os artigos, textos de lei que defendem a dignidade e os direitos de uma criança em conviver com seus genitores, bem como dever destes de cuidar e de proteger os seus filhos tanto no aspecto físico como no psíquico.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 dispõe:

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 2014, p.72).

Ainda evidencia a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. (BRASIL, 2014, p.6)

No plano infraconstitucional, o Código Civil, em seu artigo 1566, inciso IV, determina ser dever de ambos os cônjuges, o sustento, guarda e educação dos filhos. (BRASIL, 2014, p.255). E alerta ainda em seu artigo 1634, incisos I e II que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos, menores, dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda. (BRASIL, 2014, p.259)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8069 de 13-07-1990 busca regulamentar a proteção da criança e do adolescente, dispondo em seu artigo 3º sobre as garantias na efetivação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana assegurando-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade, *ipsis litteris*:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa 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. (BRASIL, p. 1019).

Reforça ainda em seu artigo 4º, o já estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal. (BRASIL, 2014, p. 72)

O ECA também reafirma o direito da Criança e do Adolescente de ser criado e educado no seio de sua família através da convivência familiar, conforme artigo 19, que fora consubstancialmente alterado pela lei 13.509/2017 que dispõem sobre a adoção:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será

esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I e IV do caput do art. 129 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 12.962, de 2014)

§ 5º Será garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 6º A mãe adolescente será assistida por equipe especializada multidisciplinar. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 1º A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 6º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 8º Na hipótese de desistência pelos genitores - manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional - da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os genitores, e será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 10. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 10. Serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 1o O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 2o (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 3o Pessoas jurídicas podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 4o O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 5o Os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 6o Se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017) (BRASIL, 2018, p.1024).

Já no artigo 18, diz ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, na íntegra:

É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 2014, p.1020)

Ademais, ainda acerca de normatização que visa proteger a criança e ao adolescente, existe um Plano Nacional, criado em Dezembro de 2006 que prioriza a Convivência familiar. O Plano foi aprovado no dia 13/12/2006 e chamado de Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

Este foi criado em conjunto pelos Conselhos Nacionais de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e de Assistência Social (CNAS) e tem como objetivo fazer valer o direito fundamental de crianças e adolescentes crescerem e serem educados no seio de uma família e de uma comunidade.

Na perspectiva do Plano Nacional, a criança e o adolescente devem ser vistos de forma indissociável do seu contexto sócio familiar e comunitário. O Estado deve prestar o devido apoio à família de origem, para que esta possa desempenhar adequadamente o seu papel na proteção e cuidado dos filhos.

Ainda, tratando de proteção legal, tramita a mais de 10 (dez) longos anos no Senado Federal o Projeto Lei do Senado nº 700/2007, atual Projeto de Lei 3212/2015 de autoria do atual prefeito do estado do Rio de Janeiro Marcelo Crivella, a época Senador, lei que caracteriza o abandono moral dos filhos pelos pais como ilícito civil.

A proposição tem por objetivo modificar o ECA para acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica moral e social da criança. Em casos de negligência, o pai ou a mãe pode ser obrigado a pagar indenizações.

A Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, a época manifestou-se no sentido de que o Projeto de lei do Senado era inovador e necessário, concluindo ser imprescindível a intervenção do Estado em situações de abandono afetivo, sendo que a punição é única forma de conscientizar os pais do mal que faz ao filho, e de se tentar evitar que a omissão parental continue.

Porém a comissão argumentou que não se justifica a criminalização do abandono moral, sugerindo que a punição se restrinja a reparação civil, pelo fato de que criminalizar esta conduta fere as normas de Direito Criminal, que dispõe que a criminalização de um ato se justifica quando outros ramos do direito não conseguem dar uma resposta aos danos causados.

Após algumas discussões a possibilidade de prisão fora retirada da redação e de acordo com o autor do projeto, a lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, pois amor e afeto não se impõem por lei, mas pode prevenir e solucionar casos intoleráveis de negligência para com os filhos.

O Projeto de lei tem o intuito, tão somente, de esclarecer que os pais têm o dever de acompanhar a formação dos filhos e orientá-los.

O Projeto atualmente encontra-se com a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) (BRASIL, 2018).

Em 2017, sancionada pelo atual presidente da República, Michel Temer, entrou em vigor a lei de adoção (lei 3.509/17) que criou em síntese novas regras para dar maior celeridade ao processo de adoção. Entre outras “vitórias”, a lei determinou prazo para conclusão da ação de adoção através da alteração do estatuto da criança e do adolescente em seu artigo 47 parágrafo 10º, que dispõem prazo de 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis uma única vez por igual período, desde que através de decisão fundamentada do juízo.

O processo de adoção sempre foi muito questionado e criticado pela sua morosidade e dificuldade no trâmite, ou seja, apresentava dificuldades conflitantes com os interesses dos pais candidatos e das crianças abandonadas de alguma forma, que esperavam por uma família e a convivência com amor, afeto, respeito e dedicação.

A lei da adoção alterou artigos do Estatuto da criança e do adolescente que versavam sobre entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para estender garantias trabalhistas aos adotantes e o Código civil para acrescentar nova possibilidade de destituição do poder familiar.

Diante de toda a importância acerca do tema: abandono afetivo, recentemente fora divulgada a campanha realizada pelo Ministério dos Direitos Humanos, chamada de Campanha Nacional de Proteção a Crianças e Adolescentes no Carnaval, que reafirma a atualidade, importância e necessário envolvimento da sociedade com a causa da criança e do adolescente.

Esta campanha veiculada no ano corrente, 2018, às vésperas e durante o carnaval, teve como objetivo alertar e conscientizar a população sobre a importância da denúncia a qualquer tipo de violência, quais sejam: exploração sexual, trabalho infantil, uso de álcool e drogas, situação de abandono e violação de direitos às crianças e adolescentes que vivem em situação de rua.

Ressalta-se que esta campanha foi amplamente divulgada e propagada nas mídias, nas ruas com entrega de material impresso e com suporte de pessoal habilitado para orientação da sociedade.

Enfim, após necessárias apresentações acerca da importância e da “normatização” sobre o tema, cabe destacar que atualmente a ideia de reparar o “desamor” não possui um respaldo legal consistente, ou seja, uma legislação específica que trate do abandono afetivo em nosso ordenamento jurídico e com isso o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2015 já recomendará prudência aos magistrados do país ao julgarem ações de abandono (MACEDO, 2015).

O Ministro Moura Ribeiro relator do AREsp 766159 publicado em 16/12/2015 que tratava do mesmo assunto, em seu voto colocou as dificuldades de identificar o suposto dano e o receio de isso tornar-se uma busca por dinheiro.

Muito embora não exista legislação, existem diversos dispositivos que evidenciam a existência do direito/dever dos pais de cuidar e proteger os seus filhos, tanto no aspecto físico como psicológico e através de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que o legislador concebeu uma legislação voltada ao bem-estar da Criança e do Adolescente.

Portanto o afeto é sim um dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável do infante. E pode-se afirmar, que embora não haja legislação específica que trate o assunto, existe respaldo legal suficiente, inclusive constitucional e principiológico, para que as demandas judiciais possam ser propostas e para que os juízes de acordo com o caso concreto e as provas possam dar as respostas jurisdicionais buscadas.

### 3.3 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DO ABANDONO NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A orientação dos pais constitui uma diretriz fundamental na formação dos filhos. Essa assistência moral e afetiva representa um importante valor para o adequado

desenvolvimento dos filhos e estão compreendidos dentro do dever de assistência imaterial, que segundo Lisboa (2013, p.50) consubstancia-se em:

Dever familiar cujo desiderato é a satisfação das necessidades biopsíquicas e morais do membro da família. Assegura-se, destarte, tanto o direito à vida como os demais direitos físicos (integridade física, disposição do corpo e de suas partes, voz, imagem, cadáver e partes separadas), psíquicos (integridade psíquica, liberdade, nas suas variadas modalidades, e intimidade) e morais da personalidade (identidade, honra objetiva e subjetiva, criação intelectuais).

É na infância que surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, a autoconsciência; a primeira oportunidade em que a pessoa se encontra com o “eu”. Neste processo, um elemento extremamente relevante para o enriquecimento pessoal é, sem sombra de dúvida, o amor dos pais pela criança. O amor é o sentimento que preenche aquele vazio referido à angustia gerada no íntimo da pessoa que está em processo de reconhecimento como ser racional, pertencente à humanidade.

Desta forma, fica patente o destaque do afeto nas uniões familiares e o valor que deve ser atribuído pelo direito, para cumprir o seu papel na formação e acabamento da pessoa humana, de forma a cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste entendimento Viafore (2007, p.10) cita que:

Individualmente, a figura paterna/materna gerencia a constituição de laços sociais bem como a estruturação do sujeito. Basta saber se esta direção irá atender ao interesse maior da criança onde prepondera um vínculo básico de afeto. Aquisição de uma herança patrimonial, biológica, e até mesmo um nome alcançam a insuficiência frente à falta de construção de um laço moldado no amor e na solidariedade, e estes genitores são responsáveis por esta formação dia após dia.

Essa orientação moral e afetiva representa um importante valor para o adequado desenvolvimento da criança, sendo que a sua ausência gera danos que podem até ser

irreparáveis, até porque, sobretudo, no âmbito mais próximo das pessoas é que se assimilam valores primordiais para o saudável desenvolvimento humano.

Pode decorrer deste problema um desencadeamento de muitas doenças físicas, como também transtornos psicológicos, e que abalam também a auto estima da criança. A questão é ter consciência de que o genitor ausente existe, está vivo e exerce a rejeição por livre escolha, muitas vezes de maneira vil e ardilosa, traduzindo na criança uma consequência inestimável.

A maior parte dos comportamentos do ser humano é adquirido, ou seja, algumas poucas atitudes são provenientes de traços da própria personalidade, enquanto a maioria é construída ao longo da vida. O trauma do abandono afetivo imprime uma marca indelével no comportamento da criança ou do adolescente, pois é a espera que nunca vem, é um crescimento sem saber identificar a importância, o significado de uma mãe ou um pai. Muitas vezes isso acontece com crianças largadas em instituições para serem adotadas, se tiverem esta sorte.

A este respeito preconiza Grünspun (1984, p. 4):

Neste primeiro ano de vida, em que toma conhecimento de si mesmo, a criança percebe também o ambiente material a sua volta e aprende posteriormente a reconhecer o mundo segundo estas experiências. A criança que não recebe suficiente afeto neste primeiro ano projetará as consequentes sensações no ambiente e não terá, por isso, equilíbrio emocional necessário para aceitar o mundo e nele ser aceito.

O prejuízo advindo do abandono pode atribuir ao caráter das pessoas uma forte barreira afetiva, espécie de defesa antissocial, no combate as mazelas do ser humano, que muitas vezes alimenta uma personalidade destrutiva e auto piedosa, baseada na ampla destruição da autoestima. Tem certas atitudes que são erradas e prejudiciais para a criança, e seu desenvolvimento não será normal, podendo surgir distúrbios de condutas e os mecanismos de defesas. A rejeição, uma atitude patológica, quando a mãe ou pai é incapaz de fornecer afeto, ou quando esta figura não é substituída, pode provocar na criança ansiedade aguda, excessiva carência de amor, violentos

sentimentos de raiva, invalidez completa da capacidade de adaptação social, insônia, perda de peso, diminuição de QI, entre outros.

Para Grünspun (1984, p. 24) “na maioria das vezes, iniciada uma rejeição ela se mantém continuamente em todas as fases evolutivas da criança”. O autor ainda define o abandono como negligência dos pais e a indiferença para com os filhos, com a demonstração de falta de amor, uma fuga para não dar afeto, o que diferencia da rejeição, que é a incapacidade de dá-lo.

Em que pese, o abandono ocorrer com o afastamento de um dos genitores por impulso próprio e particular, podem ocorrer por diversos motivos e razões. Um deles é o divórcio ou término do relacionamento que unia os genitores e se identifica que em decorrência da dissolução do vínculo conjugal, pode ocorrer o afastamento e conseqüentemente o abandono afetivo, o que deve ser então apenas o término de um casamento, vira o término de um casamento e ainda o término de uma relação filho-pai ou filho-mãe, conduta absurda, mas comumente constatada.

Sobre as conseqüências do abandono afetivo, Dias (2017, p. 6), neste sentido dispõe:

É do maior interesse da sociedade em geral que o afeto, bem como a prestação econômica, seja efetivamente oferecido, pois está comprovado por meio da estatística que, quando a entidade familiar falha ao proporcionar esses elementos, há grande risco de o infante enveredar pelo caminho da ilegalidade, criminalidade, vícios e outros não mais desejáveis.

Ademais, importante destacar que o abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. A carência material pode ser superada com muito trabalho do genitor que detém a guarda da criança. Já o afeto, dever dos pais, e o mínimo que se espera, mesmo diante da ausência de dificuldades financeiras, ou seja, mesmo na abundância, poderá ser constatada e acarretar lesões de grande gravidade.

O abandono, para se configurar em ato ilícito, é indispensável que seja voluntário e conforme Nader (2016, p.216), existem casos e casos, ou seja a análise de cada situação prática precisa ser individual, veja-se:

Se o pai, por exemplo, se afasta do filho porque contraiu doença contagiosa ou ficou entregue às drogas ou ao alcoolismo, não se tem ilícito. No primeiro caso, porque a força maior rompe o nexos de causalidade; nos demais, simplesmente por falta de dolo ou culpa. Os casos, todavia, devem ser analisados em sua concretude, pois aquelas ocorrências às vezes não impedem o contato ao menos por telefone, cartas, e-mails.

A gravidade da lesão psicológica na criança ou adolescente que sofre o abandono afetivo, muito embora imperceptíveis em um primeiro olhar, são próprios e estão alojadas no foro íntimo de cada indivíduo. E estas serão expostas no decorrer da vida ou em momentos específicos em que sejam os indivíduos expostos a situações que fujam do cotidiano.

Cabe ao judiciário, quando provocado apresentar a resposta e o ato ilícito configurado dará respaldo para a aplicação da pena, mesmo diante da dificuldade de mensurar o dano. Neste sentido Theodoro Júnior (2016, p.7) leciona:

Quanto a prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial.

Cabe-lhes apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

É importante constatar que o sofrimento causado pelo abandono extrapola o sentimento normal do cotidiano indubitavelmente, o fato de inexistir contato físico, telefônico ou em dias atuais, pelas redes sociais é a mais pura ausência e simples ausência de afeto. A princípio existindo interesse das partes, deve-se tentar sanar a situação que ocasionou o distanciamento, vislumbrando o ganho da relação e dos indivíduos, através do diálogo e até mesmo com a ajuda de profissionais do ramo da psicologia e psiquiatria. Não sendo possível, o judiciário deve ser acionado como *ultima ratio*.

### 3.4 A DIFERENÇA ENTRE ABANDONO AFETIVO E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Importante no presente estudo apontar a diferença entre os institutos abandono afetivo e alienação parental, que muitas vezes são alvo de confusão inclusive pelos juristas, por outros tratados como sinônimos ou necessariamente reflexos um do outro. Isso talvez em decorrência das consequências de grande impacto nas relações afetivas familiares e principalmente na criança e no adolescente, que se veem diante do abandono e de danos irreparáveis.

Os institutos possuem conceitos, formas de desenvolvimento e sujeição ao abandonado ou alienado distintos e também tornaram-se conhecidos pela sociedade em momentos diferentes, inclusive pelo tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico.

O abandono afetivo, como dito em tópico anterior, busca a previsão normativa desde o Projeto de Lei de nº 700, de 2007 através do Estatuto da Criança e do Adolescente para impor a reparação de danos por parte do pai ou da mãe que deixar de prestar assistência afetiva a seus filhos, dando previsão legal ao que já havia e vem sendo aplicado pelo judiciário.

Sobre a síndrome da alienação parental, os primeiros estudos aconteceram em 1985, onde se identificou que em decorrência de separações litigiosas o principal objetivo dos cônjuges era afetar um ao outro e na grande maioria das vezes, utilizavam os filhos por pura vingança para atingir um ao outro. Inicia-se até os dias atuais com pequenas restrições e podem alcançar absurdas acusações de abuso sexual e até mesmo estupro.

A alienação parental fora normatizada através de lei própria, nº 12.318/2010 e editada pela lei 13.431/2017, que entrará em vigor a partir de 5 de Abril de 2018, estabelecendo o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Ademais, reconhece como forma de violência psicológica os atos de alienação parental (artigo 4º, II, b), assegurando o direito, por meio do representante legal, pleitear a aplicação de medidas protetivas contra o sujeito que

praticou a violência, à luz do disposto no ECA e na Lei Maria da Penha (artigo 6º e parágrafo único).

A lei maria da penha permite que o magistrado aplique além das medidas protetivas, outras medidas, além de poder requisitar força policial e decretar prisão preventiva, seja de ofício ou a pedido do ministério público ou representação da autoridade policial.

Já o ECA atribui obrigações de cumprir e fazer serem cumpridos os comandos judiciais pelos pais, bem como em situações de maus tratos, opressão ou abuso sexual pelos genitores, autoriza que o judiciário cautelarmente afaste o agressor, além de determinar pagamento a título de alimentos, sob pena de prisão preventiva por descumprimento.

Mas o que é a alienação parental para a legislação pátria? O artigo 2º da Lei 13.318/10, dispõem:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2014).

Em outras palavras é o ato de utilizar artifícios para denigrir a imagem e/ou o conceito da criança ou adolescente sobre a sua percepção com relação ao outro genitor. Que por si só, é uma interferência na formação psicológica que podem causar transtornos irreparáveis.

A grande diferença entre o abandono e a alienação, é que o genitor que abandona age por impulso próprio e particular, ou seja, o abandonador não deseja manter relação seja afetiva ou financeira, ou ambas com o filho, sendo este “esquecido” pelo genitor que se afasta, independente da ação de terceiros.

Já na alienação, o algoz da situação é em maioria esmagadora dos casos é o genitor que mantém a guarda ou qualquer outra autoridade que mantenha a guarda, ele cria, inventa e alimenta no filho (ou naquele que “guarda”), motivos para que aja o

afastamento entre este e o outro genitor. Motivos estes, capazes de mudar a percepção, o conceito e o interesse na relação filho e genitor.

Muitas vezes a alienação parental pode se dar não só através de palavras, mas atos e ações, como por exemplo a saída ou fuga de um domicílio para outro desconhecido. O que muitas vezes para alguns, inclusive para a criança ou adolescente é o abandono afetivo, pode ser em verdade a alienação parental.

A linha tênue que existe entre os institutos são as palavras: abandono e dano. Em ambos os casos o filho se sente abandonado e tem danos que vão desde transtornos de personalidade, como introspecção, agressividade e dificuldade de relacionamentos sociais até transtornos mais graves como os físicos, como em relatos já noticiados, a automutilação, começando por pequenos arranhões no próprio corpo.

Para tentar identificar, individualizar ou até mesmo encontrar o possível reflexo ou consequência de um para o outro, é necessário investigar de onde surge o dano: da motivação pessoal do genitor que abandonou ou da suposta motivação pessoal do genitor que supostamente abandonou? O genitor alienador nega e negará que o fez, o que dificultará a sua identificação, da mesma forma que o genitor que abandona ou que supostamente abandonou, nega ou negará o abandono, apontando motivos e circunstâncias do afastamento.

Sabe-se que existem outras análises a serem feitas e muitas metodologias de estudo em cada caso, com ajuda de psicólogos e assistentes sociais, afim de identificá-los, em sua complexidade. E conseqüentemente quanto menores os filhos envolvidos, maior o grau de dificuldade, uma vez que os menores não conseguem exprimir os sentimentos negativos herdados do genitor alienador e das conseqüências do abandono.

A síndrome da alienação parental é um fator que indubitavelmente favorece o abandono afetivo do genitor que não detém a guarda do filho. Isso pelo simples fato de que o genitor afastado encontrasse obstado de conviver com a prole, o que pode fazê-lo desistir dessa convivência, acarretando inevitavelmente o abandono afetivo.

Importante, contudo, asseverar a luta contra ambos os institutos, que possuem como bases a serem alcançadas os direitos fundamentais garantidos pela carta Magna às crianças e adolescentes.

O poder judiciário busca através de muitas medidas, tentar coibir os institutos do abandono afetivo e da alienação parental e a mais recente e conhecida forma é guarda compartilhada, que visa dividir as responsabilidades de igual forma, sendo as tomadas de decisões de iguais pesos e medidas para ambos os genitores e o domicílio da criança e/ou do adolescente deixa de ser o domicílio de quem tem a guarda, para ser o local em que ele esteja, ou seja, no domicílio de um ou outro genitor.

Sem adentrar ao cerne da guarda compartilhada, que será discutida em outro momento do presente estudo, o fato é que em ambos institutos são passíveis de dano na esfera moral e de reparação indenizável.

No caso de alienação parental, o genitor alienado ou o filho que sofrerá a alienação podem propor ação de reparação por danos morais em decorrência do afastamento imposto que causará a ausência do pai ou filho em determinado espaço de tempo, bem como o filho abandonado, no caso do abandono afetivo, pode propor a ação de reparação por danos morais decorrentes do abandono.

Cabe, contudo, destacar que a jurisprudência majoritária coloca a alienação parental ou o não conhecimento da paternidade como excludentes de responsabilidade civil para ações de indenização por abandono afetivo.

#### 4 RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE A FALTA DE AFETO

A aplicação dos princípios da responsabilidade civil no âmbito familiar é bastante questionada, porém não há motivos que impeçam a aplicação da reparação civil nas relações familiares.

A discussão em torno da reparação por danos na filiação, em principal por abandono afetivo, é muito polêmica e tem gerado diversos posicionamentos a respeito. Inicialmente vale ressaltar que a relação entre pais e filhos nasce do vínculo “filiação” e é denominada como relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se tivessem gerado.

Surge então deste conceito, a ideia de que o reconhecimento da filiação não estaria atrelado necessariamente à verdade genética, conquanto, na maioria das vezes, está também se faça presente, mas na construção de um relacionamento de afeto entre pais e filhos.

A autoridade parental se exercita por meio do “afeto”, o que é subjacente à tutela da dignidade humana, princípio basilar da nossa ordem constitucional.

Ainda se referindo ao poder familiar, cita Branco (2006, p.114) que:

o poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estritamente ou predominantemente, paternal. É uma função, e um conjunto de poderes-deveres exercidos conjuntamente por ambos progenitores. ”

No tocante aos direitos e deveres derivados da relação de filiação, compete aos genitores o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Logo, a guarda, nesse contexto, assume a natureza de dever atribuído aos pais de manterem os filhos sob sua companhia, sob sua presença afetiva constituindo em contrapartida o direito do filho de ser criado e educado por sua família, assegurada a sua convivência no âmbito familiar e comunitário.

O descumprimento desses deveres de convivência familiar devem ser analisados pelo direito de família, sendo, inclusive caso para perda do poder familiar, se restar configurada um prejuízo de grande valia e falta para a criança ou adolescente. Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que deixa de conviver com o filho não merece ter sobre ele o poder familiar.

Partindo desta premissa, observa-se que a família necessita de uma proteção social e jurídica, sendo que, neste caso, a aplicação da responsabilidade civil pode ser um meio eficaz de exteriorizar esta proteção. Proteger a família consiste em defender a própria dignidade humana.

Como já citado, um dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil é a ocorrência do dano, ou seja, uma lesão a um bem jurídico tutelado, causado pela conduta do agente. Considerando a responsabilidade decorrente da falta de afetividade dos pais, o mero abandono afetivo, sem ocorrência de dano ao filho, não ensejaria o dever de reparar. Para a ocorrência da responsabilidade civil, nestes casos, o abandono deverá ter uma consequência nefasta e prejudicial para o filho.

Por isso, há necessidade da verificação do evento danoso decorrente da falta de afeto, pois há muitos casos em que os pais, por algum motivo, deixam de prestar afeto aos filhos, mas estes não se importam com esta falta de afeto, não sofrendo nenhum tipo de dano. Porém, em outros casos o abandono afetivo pode causar imensos prejuízos emocionais aos filhos, acarretando, nestes casos, danos morais.

A verificação na prática dos danos morais decorrentes do abandono afetivo não parece ser algo de fácil constatação. Em função disso, a justiça precisa de um apoio multidisciplinar para emissão de laudos técnicos que possam evidenciar o dano sofrido. Em crianças e adolescentes talvez uma análise mais criteriosa, decorrente de uma necessária análise mais subjetiva e em pessoas com capacidade civil plena, uma análise mais objetiva, contudo criteriosa que consiga detectar supostas tentativas de influenciar o laudo. Em síntese, a equipe multidisciplinar possui um trabalho criterioso e de grandíssima responsabilidade.

Este dano moral pode ser considerado também como indireto, uma vez que são ameaçados ou violados os direitos da personalidade da criança. Neste caso, provar-se-

á tais consequências através da supramencionada perícia técnica, determinada pelo juízo com o intuito de analisar o dano real e sua efetiva extensão.

A falta da figura dos pais não é suficiente para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo, sendo necessário a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. Essas perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da figura dos pais.

O elemento nexos de causalidade se põe entre a ação ou omissão do agente e o resultado (dano), ou seja, para que este seja imputado ao agente é necessário que seja decorrente de sua ação ou omissão; neste caso, especialmente a omissão. Desta forma, para que configure a reparação pelos danos afetivos, deverá ser estabelecida a ligação entre o abandono culposo e o dano vivenciado. Por sua vez, este é um elemento difícil de ser verificado, pois, como dar a certeza de que o abandono de um dos genitores foi a causa do abalo psicológico?

Neste sentido destaca Levy (2009, p. 4):

Destaque-se que o abalo emocional nunca é provocado por um fato único, mas por uma cadeia de fatores unificados entre si. Não é uma decorrência lógica e certa que o filho desprovido de afeto paternal sofrera necessariamente um dano. Ainda, devemos chamar atenção para a relação do ser humano, pois existem formas diferentes de interpretar e reagir diante da mesma situação. O abandono psicológico também pode ser desencadeado por outros fatores que não a ausência paterna, sendo proveniente do meio onde o indivíduo vive, das demais pessoas com quem mantém relacionamento, sua índole, seu jeito de ser, sua forma de amar.

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Deve haver nexos de causalidade entre o dano indenizável e o ato ilícito praticado pelo agente. Só responde, em princípio, aquele que lhe der causa, provada a culpa.

Também deve ser constatada a culpa para configuração do abandono afetivo. Age com culpa quem poderia agir de maneira diversa, ou ainda, atua culposamente aquele que causa prejuízo a outrem, em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Torna-se, assim, necessária a comprovação da culpa do genitor não

guardião, que tenha ocultado a convivência com o filho e se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade de forma negligente ou imprudente.

Na conduta omissiva do pai ou da mãe estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência moral e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar.

Ocorre que é importante e necessário saber se o abandono afetivo se deu por culpa única e exclusiva do genitor que está sendo condenado, pois pode haver casos em que o não-guardião seja impedido de conviver com a criança, como no caso de fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos ou na hipótese de doença do genitor; também existem aqueles que nunca conheceram sua condição de ascendente, ou ainda podem ocorrer obstáculos e impedimentos por parte do próprio genitor guardião.

São diversos os casos em que o genitor guardião impede o contato com os filhos, e assim, impossibilita uma aproximação do genitor que não detém a guarda. Desta forma, o transtorno causado pela falta da presença, ocorre por culpa externa ao genitor. O pai ou a mãe, na hipótese de dissolução da família, podem agir de modo a obstruir o contato entre o filho menor e aquele que não é titular da guarda, atitude que se enquadra como alienação parental, já tratada anteriormente. Esta, impede a construção de um relacionamento saudável que possibilite meios à estruturação da personalidade da criança e depois do adolescente, podendo, neste caso, gerar uma série de traumas e transtornos que, indubitavelmente, se caracterizam como flagrante violação dos direitos da personalidade.

Analisando esta situação, cita Branco (2006,p. 185):

Muito embora estejamos enfocando a hipótese específica da obstrução do direito de companhia e de visitas, não se pode deixar de reconhecer, não obstante seja incabível compelir pais e filhos a manter contato que não desejam, dado o caráter de afetividade que deve marcar esse vínculo, sob pena de perdermos de vista o seu valor axiológico, que o descumprimento ou cumprimento irregular do dever de visitas por parte daquele que não exerce a guarda igualmente pode construir fator de atribuição da responsabilidade civil por dano moral.

Diante do exposto, imperioso se faz o cuidado na análise dos casos e dos julgamentos procedentes quanto ao pedido de reparação por abandono afetivo, porquanto não se pode transformar o judiciário em um instrumento de vingança pessoal, disfarçando sob o manto da necessidade de punir a falta de assistência moral à criança.

#### 4.1 POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A possibilidade de responsabilização dos pais por danos morais causados aos filhos é inegavelmente múltipla alcançando os diversos segmentos a partir dos quais se desenvolve o vínculo de filiação, desde a concepção até o exercício dos deveres inerente ao poder familiar, sendo uma dessas hipóteses a reparação dos danos morais por ausência do vínculo afetivo dos pais por seus filhos.

Dano moral é prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, sendo moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento, ou um desconforto comportamental a ser examinado a cada caso. Neste sentido, Diniz (2006, p. 6) ensina que: “dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52, sumula 227 do STF), provocado pelo fato lesivo.” Nesse sentido seria o dano moral, um dano que não afeta um bem patrimonial, e sim extrapatrimonial.

Logo, as condutas capazes de provocar a efetiva violação a integridade física, psíquica, moral e intelectual dos filhos configuram um conjunto de comportamentos que podem determinar o dever de indenizar os danos morais, desde que presentes os demais requisitos que admitem a incidência da responsabilidade civil no campo do direito de família.

Entende-se, portanto, que tudo o que molesta a alma humana, que fere os valores fundamentais inerentes a personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que se está inserido, qualifica-se como dano moral. Desta forma, admite-se, pois, como caracterizado o abandono moral no comportamento adotado pelos pais, quando

marcado pelo desprezo e pela indiferença e falta de afeto aos mesmos, que poderá produzir efeitos de ordem psíquica, com transtornos na formação da personalidade dos filhos, caracterizando aí o dano moral.

Cita Horne (2017, p. 2) que: “através de uma análise a luz da Constituição de 1988 podemos afirmar que dano moral é a violação do direito à dignidade”. Para o jurista, o dano moral é uma lesão a um direito assegurado por lei, como os direitos da personalidade, e direitos da pessoa, previstos na nossa Carta Magna de 1988.

Não se pode negar ao filho atingido por comportamento ilícito praticado por seus pais o direito à reparação do dano moral daí decorrente. O genitor não pode ficar isento da responsabilidade quando de sua conduta ilícita, a fim, inclusive, de que este tenha maior empenho na abstenção de condutas que possam violar os direitos próprios da personalidade de quem deles deve receber especial proteção.

Diante dessa realidade surge a necessidade de se resgatar valor para o amor, não apenas em processos de indenização propostos por filhos contra pais relapsos que lhe negaram o direito ao pleno desenvolvimento sob a égide do abandono moral, mas um valor inerente à família e, porque não, à dignidade da pessoa humana, dada sua importância na construção da pessoa, como fim em si mesma.

Desta forma, a indenização é uma medida de reparação, é uma forma de equilibrar, compensar o dano causado e, se possível, propiciar à vítima o retorno da situação ao seu *status quo ante*.

Neste sentido cita Viafore (2007, p. 15):

A responsabilidade pela reparação do dano tem o duplice objetivo, o de compensar aquele que sofre a agressão moral e, ao mesmo tempo, corresponde a uma sanção aplicada ao ofensor. No direito de família a reparação do dano possui a mesma serventia, uma vêz que as relações familiares não são imunes as violações que rotineiramente ofendem a esfera dos direitos patrimoniais e não patrimoniais.

Vale ainda ressaltar como se daria a mensuração da indenização devida.

De acordo com o artigo 944, caput, do Código Civil Brasileiro, a fixação da indenização deve ser de acordo com a extensão do dano. O juiz deverá sempre levar

em consideração o caso concreto, levando-se em conta as condições da vítima e do ofensor, a extensão e a gravidade do dano, a culpa do ofensor e a irreversibilidade do dano. Contudo não deve o magistrado condenar o lesante a pagar indenizações irrisórias, assim como também não seria razoável fixar indenizações exageradas, o que poderia acarretar um enriquecimento injusto da vítima.

Viafore (2007, p. 21), explica que:

A reparação pela falta de afetividade pelo filho, embora expressa em pecúnia, não busca qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima. Na verdade, revela-se como uma forma de compensação diante da ofensa recebida que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.

A condenação, ainda que não propicie a reaproximação, cumpre, além da função compensatória, a punitiva.

A resistência à indenização se funda no receio de que o instituto se torne uma indústria do dano moral, na medida em que qualquer aborrecimento poderá acabar se tornando fonte de enriquecimento do requerente.

Ante o exposto, necessário se faz uma avaliação criteriosa por parte do julgador em relação à situação concreta, pois a responsabilidade civil é possível, porém nem sempre caberá sua aplicação.

Os casos de indenização por abandono afetivo não podem ser analisados de forma desarrazoada ou despregada da realidade, mas, contudo, o receio da banalização do instituto não pode ser obstáculo a essa conquista que representa um instrumento importante na busca de um direito de Família mais coerente com a realidade.

#### 4.2 POSSÍVEIS FORMAS DE MITIGAR O ABANDONO AFETIVO

A assistência moral e afetiva representa uma diretriz fundamental na formação dos filhos, além de ser um importante valor para o adequado desenvolvimento dos filhos. E, em sentido contrário, sua ausência gera danos irreparáveis capazes de comprometer o desenvolvimento da criança/adolescente. Desta forma, o pai que não exteriorizar o afeto em favor de seu filho, desrespeita um dever de ordem moral, e afronta a ordem legal.

O amor representa elemento indispensável e imprescindível para a formação, desenvolvimento e o aperfeiçoamento do princípio da dignidade da pessoa humana. Para se alcançar o pleno desenvolvimento que tem início na infância, não resta dúvida que esta fase da vida deve ser protegida e amparada, em especial pelos agentes de direito.

Desta forma, e observando a necessidade de se nortear o assunto dentro do ordenamento jurídico pátrio, cogita-se algumas formas de tentar mitigar a conduta omissiva dos pais no caso de abandono afetivo dos filhos. Uma destas formas, e talvez a que vem sendo mais utilizada, é o instituto da “guarda compartilhada”.

Em 13.08.2008, entrou em vigor a Lei 11.698/08, que incluiu no Código Civil a guarda compartilhada, já citada de forma rasa anteriormente neste presente estudo.

A guarda compartilhada passou a ser a regra e é o instituto que se desenvolve na medida em que ambos os pais detêm a guarda jurídica do filho, baseando se no direito de a criança poder conviver igualmente com a mãe e o pai, ou os pais ou as mães, que estarão próximos do filho no sentido físico e emocional, mesmo depois de divorciados. É um tipo de guarda onde os pais e mães, em *stricto sensu*, dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

Este direito se baseia no princípio do bem-estar da criança.

Para Angeluci (2006, p. 12):

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressalvando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física, não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir

diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim na vida do filho.

Desta forma, a guarda compartilhada tem sido mais coerente e a que melhor atende as crianças, pois permite equilibrar direitos, deveres e responsabilidade. Há diversas opiniões no sentido de que este instituto possa ser o remédio para uma melhor convivência com os filhos, principalmente diante da separação do casal. Acredita-se também que isso poderia contribuir para equilibrar a influência que os pais exercem sobre seus filhos, evitando despertar ou incitar na criança a rejeição pelo outro.

Espera-se, contudo, que o afastamento dos pais e, conseqüentemente o abandono afetivo, tenderia a ocorrer em menor grau quando a guarda dos filhos for compartilhada e se, no lugar do direito de visitas fosse instituído o direito de convivência.

Como dito, a guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico pátrio e as únicas duas possibilidades legais para não aplicação da guarda compartilhada são: a ausência de interesse de um dos genitores e a incapacidade de um destes genitores de exercer o poder família.

Sobre a guarda compartilhada, o Superior tribunal de justiça já se posicionou inclusive para afastar o instituto da alienação parental.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ART. 1.584, § 3º, DO CC/2002. INTERESSE DA PROLE. SUPERVISÃO. DIREITO DE VISITAS.. IMPLEMENTAÇÃO. CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. AMPLIAÇÃO. POSSIBILIDADE. ALIENAÇÃO PARENTAL. PRECLUSÃO.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.
2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação.
3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ.
4. Possibilidade de modificação do direito de visitas com o objetivo de ampliação do tempo de permanência do pai com a filha menor.
5. A tese relativa à alienação parental encontra-se superada pela preclusão, conforme assentado pelo acórdão recorrido.

6. Recurso especial parcialmente provido.  
(BRASIL, 2017).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.

2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. Recurso especial provido.  
(BRASIL, 2017)

Outra forma de mitigação é a imposição de leis coercitivas para reprimir a prática de condutas consideradas não morais dentro da sociedade, sendo uma delas a perda do poder familiar.

O descumprimento do dever de convivência familiar deve ser analisado pela seara do direito de família, sendo o caso para perda do poder familiar se restar configurada a falta. Esse entendimento também defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que deixa de conviver com o filho não merece ter sobre ele o poder familiar.

Essa destituição já ocorre quando o pai ou a mãe é condenado por uma sentença judicial de “destituição do poder familiar” por cometer o tipificado na lei, como espancamento dos filhos, abandono, arruinação de seus bens, entre outros, podendo ser incluído aí o abandono moral. Entretanto, para alguns, essa seria a saída, em especial aqueles que não tem nenhum tipo de afeto para com os filhos, ficariam aliviados com uma destituição do poder, pois estariam livres de uma obrigação que nunca desejariam ter.

Há também a hipótese de aplicação de multa, conforme artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim diz:

Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda bem assim determinação da autoridade judiciária ou conselho tutelar. Pena: multa de 3 a 20 salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 2014).

Assim, a possibilidade de aplicação desta multa tem caráter pedagógico, despertando a importância do direito à convivência e permitindo uma atitude coercitiva contra o seu descumprimento. Porém deve-se sempre levar em conta os motivos do descumprimento, pois pode haver casos em que um dos genitores descumpriu tal dever pelo fato do outro genitor proibir ou por obstáculos no direito de visitas ao filho, e levando em consideração também a razão pela qual o genitor afastado não procurou a justiça para restaurar-lhe o direito de visitas.

Nada obsta a aplicação desta multa pelo juiz, mesmo sem pedido das partes, no acordo de visitas do filho, para que ambos tenham ciência da importância do instituto e saibam que o não cumprimento da determinação legal, isto é, visitar o filho, poderá acarretar uma sanção, o juiz pode de pronto consignar em ata ou sem sentença a culminação da multa.

Ainda para coibir o abandono afetivo, o Conselho nacional de justiça em Agosto de 2010, lançou o projeto pai presente, com o objetivo de sanar casos de milhões de brasileiros que não possuem paternidade reconhecida. Assim, medidas foram adotadas para que os magistrados identificassem os supostos pais e darem o devido encaminhamento para enfim garantir o reconhecimento.

Através de parceria com o Ministério da Educação (MEC) em 2010 foram identificados crianças e adolescente que não possuíam nome do pai nas certidões de nascimento e em sequência estas mães foram intimadas a prestar informações sobre os supostos pais e iniciar o processo de investigação e reconhecimento de paternidade.

De forma um pouco surpreendente, visto a inexistência anteriormente de dados tão absolutos, nesta busca foram localizadas cerca de 5,5 milhões de crianças ou adolescentes sem filiação em certidão de nascimento, revelando-se um grande número. A ausência do nome pai, leva-se a crer que inexistiu o afeto, mas o projeto resultou em

mais de 500 mil notificações emitidas pelo país e estas notificações geraram cerca de 42 mil reconhecimentos espontâneos, além de pedidos de exames de DNA.

Além de sanar lacunas nos documentos de registro civil de nascimento, o projeto deu principalmente a chance aos envolvidos, principalmente pais e filhos, de tratar rupturas, feridas e fechar espaços antes sem informações.

Outra importante forma de se mitigar o abandono afetivo é a necessária participação e intervenção do Ministério Público e do Juiz em audiências, assegurando à criança a convivência familiar com ambos os genitores, verificando se há acordo de visitas e, não havendo, procurar fixá-lo acordando entre as partes, e ainda observar se há o descumprimento, aplicando a multa.

O Ministério Público tem o dever de agir em prol das crianças, seja de forma mediativa ou imperativa, o que não se pode é deixar as crianças em situação de abandono afetivo. No caso do juiz, este deve preencher as lacunas da lei, não podendo negar proteção jurídica e nem deixar de assegurar estes direitos à criança sob alegação de ausência de lei.

Assim, tem-se o cabimento de indenização pelo descumprimento de obrigação prevista na lei, caracterizando a responsabilidade civil por ato ilícito.

Essa indenização, além da finalidade reparadora tem também outras funções, como a punitiva do ofensor e a desmotivadora social da conduta lesiva, que tem natureza preventiva.

## 5 POSICIONAMENTOS E JULGAMENTOS

Estimando a valoração do prejuízo causado na construção do caráter e da personalidade do menor, o mundo jurídico tem se deparado nos últimos tempos com uma questão concernente à afetividade que, por ser relativamente nova, muito tem intrigado julgadores, advogados e doutrinadores, sendo uma questão extremamente polêmica e que divide opiniões.

Nesse ponto, encontra-se uma divisão doutrinária e jurisprudencial relevante, com as substanciais transformações na postura das instituições, que vêm assumindo progressivamente uma função social. É importante mencionar que ao judiciário compete a resolução de litígios que versem sobre o Direito de Família, não podendo se afastar deixando de fazer aquilo que somente a ele cabe exercer, a função jurisdicional.

Desta forma, pouca parte dos juristas ainda acredita que devido à inexistência de previsão legal neste sentido, estaria afastada a possibilidade de reparação por abandono moral, e por outro lado, existem aqueles que acreditam ser a afetividade um dever dos pais, sendo que a ausência deve ser reparada.

Sobre a lacuna existente em decorrência da ausência de previsão normativa específica, a Constituição Federal, as leis Infraconstitucionais, os princípios e máximas principiológicas, as análises contemporâneas da sociedade e por fim a interpretação de tudo isso que fora exposto, pode, deve e deverá servir como base aos operadores do direito quando tratarem o tema.

Embora inexista a lei, como exaustivamente dito, há o projeto de lei a vias de ser aprovado, ademais, está existe em decorrência de uma necessidade que pode inclusive ser considerada na abordagem do abandono afetivo. Sobre a interpretação de leis, o jurista Vieito (2000; p.5) assim dispõem:

O interprete, na sua diversidade de metodologia para a compreensão do elemento histórico, busca a evolução e o desenvolvimento de um diploma legal, investigando suas origens e transformações.

Nos procedimentos hermenêuticos, torna-se necessária a compreensão também das circunstâncias sociais, políticas e econômicas que levam ao

entendimento da vontade da lei. Novos procedimentos são levantados para a compreensão do fator teológico, que propicia uma nova leitura da lei.

Vale ressaltar, que ainda a questão gera discussões, devendo de certo conforme foram orientados, os juízes serem cautelosos na análise de cada caso para evitar que o poder judiciário seja usado como vingança contra os pais ausentes no trato dos filhos, ou ainda, a fim de evitar que ocorra a impunidade de um negligente aos deveres inerentes à filiação.

Os que coadunam com a reparação, admitem que não basta a simples afirmação de abandono, mas que deve ser realizada prova psicossocial do dano suportado pelo filho. Como já tratado em capítulo anterior, estamos diante de provas de grande valor e que colocam a equipe multidisciplinar de apoio ao juízo em situação de extrema responsabilidade, afinal são emitidos laudos que serão provas a princípio de grande peso e ou até mesmo suficientes que embasarão a tomada de uma decisão de grande valia e importância na vida dos envolvidos.

Ainda há os que afirmam que a condenação afasta e destrói qualquer possibilidade de relação de afeto entre filho e genitor, sendo impossível durante e após o processo judicial manter uma relação no mínimo próxima e muito menos amorosa.

O Superior Tribunal de Justiça não possui um posicionamento único e unânime, mesmo porque já se posicionou em ambos os sentidos.

Em verdade a cada ano que se passa, novos conceitos e preceitos vem sendo apresentados em decorrência das mutações sociais, assim como novos casos vão sendo enfrentados pelos tribunais. Os julgadores também nem sempre são os mesmos e assim se espera novas decisões, baseados em entendimentos e convicções diversas.

Os julgados mais atuais, veem sendo proferidos de formas diferentes a depender do caso concreto, muitas vezes prejudicados pela ausência do apoio multiprofissional/multidisciplinar necessário para o estudo do caso e em decorrência claro, da ausência de legislação específica.

A mutação eterna dos contextos e das relações familiares, bem como a dificuldade de comprovação do dano e em muitos casos a prescrição, faz com que os tribunais e o próprio Superior tribunal de justiça venha negando muito mais que confirmando o dano moral decorrente do abandono afetivo e nos debates, o receio mais

claro é o da possibilidade de monetarização do afeto, como dito em outros momentos do presente estudo, o crescente aumento da indústria das indenizações.

### 5.1 ACEPÇÃO POSITIVA DO DEVER DE INDENIZAR

Há correntes que se direcionam para a aceitação da reparação pela omissão do afeto, tendo em vista que a formação do infante é diretamente influenciada pela presença de seus genitores na sua formação. Acreditam que tal relacionamento pautado no amor, carinho, afeto e outros sentimentos é fundamental para o crescimento emocional da criança. Enfatizam que por meio de estatísticas é comprovado que a ausência de um dos genitores ou de ambos, por dolo ou culpa, influencia negativamente na identidade dos filhos, que sofrem por traumas psicológicos, prejudicando até mesmo a autoestima do indivíduo afetado.

Acreditam os defensores desta tese que a indenização por abandono afetivo não tem o propósito de restabelecer o amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de afeto. A penalidade geradora desta obrigação não acrescentaria de amor um coração de um genitor petrificado, mas repararia a configurada omissão voluntária prejudicial à formação da estrutura da personalidade deste filho abandonado.

Desta forma, o papel dos pais não se limita ao dever de sustento. Essa vertente prega a convivência harmônica entre a prestação econômico-patrimonial e a prestação emotivo-psíquica ao infante. Somente as duas conjugadas estariam aptas a fornecer à criança condições de desenvolvimento sadio, estando ambas incluídas no dever de assistência, constituindo obrigatoriedade, ao passo que seu descumprimento ensejaria a indenização e serviria como lição para os demais faltosos aos deveres da paternidade/maternidade.

Nesse sentido, jurisprudências têm configurado o posicionamento desta corrente. Com intuito de exemplificar, a ação judicial que ficou conhecida como a que primeiro tratou o tema foi do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, (AC. nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Civil, que dispôs:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE..

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (MINAS GERAIS, 2004, p.1)

Vale dizer mais uma vez que o dano, muito embora tenha natureza moral, deve ser provado através de laudos psicológicos, como também depoimentos de pessoas que com a criança conviviam e demais provas idôneas admitidas no Direito.

Há um conflito de qual seria a primeira decisão sobre a matéria e em decorrência disso a quem diga que a primeira decisão sobre a matéria veio do Rio Grande do Sul e foi proferida na comarca de Capão de Canoas, pelo Juiz Mario Romano Maggioni. Nela o magistrado condenou o pai por abandono moral e afetivo de sua filha a pagar uma indenização por danos morais correspondente a duzentos salários mínimos, em sentença datada de agosto de 2003. (VIAFORE, 2007, p. 22)

Tem-se também como exemplo o caso julgado pela Juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, uma adolescente de 13 anos, por abandono afetivo. Fundamentando sua decisão, ele argumenta que se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo, e que o mesmo deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela lei. (THOME, 2006, p. 1).

Existe também uma decisão do Juiz da 31ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Luiz Fernando Cirillo, que condenou o pai por danos morais, reconhecendo que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material e que, além da guarda, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Ele argumentou ainda que não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra, imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por

isso se nega o direito a obtenção de um benefício econômico. O pai, réu na ação, recorreu da sentença. (CIRILLO, 2007, p.16).

Recentemente o STJ manteve as decisões de 1º e 2º graus, que condenava um pai a dar uma casa mobiliada ao seu filho, um computador, uma impressora e pagar R\$ 35 mil de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo (Resp 1087561/RS). O relator ministro Raul Araujo, afirmou estar correta a condenação e que o fundamento principal é o dever de guarda, assistência financeira e afetiva dos pais em favor dos filhos. Ainda, concluiu o ministro que o pai do caso específico, tinha condições para sustenta-lo e não o fez, por mera liberalidade.

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2017)

A decisão do STJ de 2017, fora criticada por muitos doutrinadores e juristas, que defendem que a ausência de assistência financeira, não é suficiente para ensejar o dano moral por abandono afetivo.

A orientação constitui diretriz fundamental na formação dos filhos, sendo que a sua ausência pode gerar diversos danos irreversíveis à criança. A assistência moral e afetiva representa um importante valor para o adequado desenvolvimento dos filhos. Podendo acarretar deste problema um desencadeamento de muitas doenças físicas e que abalam também a sua autoestima.

A maior parte dos comportamentos do ser humano é adquirida durante a vida, quando se tem contato com o mundo e a outra parte são traços da personalidade. O trauma do abandono afetivo pode imprimir marca indelével no comportamento da criança ou do adolescente, pois é a espera por alguém que nunca vem, sendo que o prejuízo advindo desta atitude vem atribuindo ao caráter dessas pessoas uma forte barreira afetiva, espécie de defesa antissocial.

Portanto, para os defensores deste instituto a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem dentre outros, a atenção, presença e orientação. Pretende-se apenas reparar a omissão danosa e voluntária de um genitor negligente, bem como advertir os demais a não cometer um erro semelhante, sendo estabelecida gradativamente uma consciência de genitores mais responsáveis com a importância que o afeto determina na vida de uma personalidade em formação.

### 5.1.1 A PROBLEMÁTICA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Sendo então constatado o dever de indenizar, qual o valor razoável e proporcional em se tratando de abandono afetivo, que não se desvirtue o seu objetivo final, que seja a função social de punir e desmotivar condutas similares na sociedade?

Diferente do dano material que é visível, quantificado ou quantificável de forma muito simplificada ou menos problemática, o dano moral sempre cria discussões acerca da sua quantificação.

Como chegar a valores absolutos e reais a partir de sentimentos tornou-se uma grande problemática para os magistrados, certo é que se envolve sentimentos, preceitos, conceitos, dogmas e ética muito peculiares e porque não dizer muito particulares.

Ao lado da confirmação de que o genitor que abandonou cometeu ato ilícito, o filho abandonado não poderá/deverá enriquecer sem causa e abusar dos seus direitos, pois também comete ato ilícito, veja-se o que dispõem o art. 187 do Código civil:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exerce manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL 2014,p.163)

Muito embora, o magistrado não esteja adstrito aos pedidos da peça exordial, ao analisar o caso é necessária cautela para não ocasionar o injusto locupletamento, sendo esse o embasamento, o receio e o temor das defesas de genitores que são acionados em decorrência do abandono afetivo e da grande e massiva parte dos operadores do direito que se preocupam com a chamada indústria das indenizações.

É absolutamente compreensível que judiciário trate um genitor acionado que dispõem de grandes recursos financeiros, diferente de um genitor que seja assalariado. O genitor com grandes recursos financeiros muito provavelmente terá uma maior condenação, diante de um caso similar ou igual, perante o outro genitor que seja assalariado, afinal as normas e as leis devem ser aplicadas de forma igual, mas de acordo com o caso concreto.

Ademais, a condenação em valores de maior monta conseqüentemente terá maior repercussão inclusive midiática, o que não significa dizer que fora injusta.

Contudo, os magistrados devem por cautela, atentar-se a possibilidade do enriquecimento sem causa da vítima. O abandono afetivo não deve submeter ao genitor que abandonará, perda patrimonial suficiente que o empobreça e enriqueça o abandonado.

O Artigo 884 e seguintes do Código civil, versam sobre o enriquecimento ilícito, veja-se o que dispõe o art. 884 e parágrafo único:

Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. (BRASIL,2014 p.202 ).

Muito difícil e improvável que um genitor acione um filho em virtude de enriquecimento sem causa após uma indenização por dano moral afetivo, mas provavelmente como muito se observa ocorrer, recorrerá até a última instância no intuito de reverter a condenação, ou seja minorar o *quantum debeatur*.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conjuntamente com o trinômio: necessidade x possibilidade x proporcionalidade utilizados ao analisar demandas de versam sobre alimentos, podem também servir como base aos magistrados para determinar o quanto é devido por abandono afetivo, afinal de longe configura-se uma tarefa difícil, mas primeiramente afastar privilegiar um em detrimento do outro, parece ser o melhor a ser aplicado.

De acordo com a jurisprudência veem sendo aplicados valores que são de fato decorrentes de cada caso e em casos muito específicos, valores veem sendo minorados pelos tribunais, quando entendem que o objetivo está sendo desvirtuado com condenações pecuniárias muito elevadas e que nada irão mudar o sentimento de ambos envolvidos.

### 5.1.2 (IM) POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NA TEORIDA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance, uma evolução da responsabilidade civil, possibilita a indenizar a perda de uma chance da vítima do ato ilícito, consubstanciando-se em uma projeção real e factível que tem por consequência uma efetiva perda. Frise-se que não se trata de uma chance hipotética e do mundo imaginário, quando se fala da indenização pela perda de uma chance, fala-se de uma chance alcançável e provável, inclusive do ponto de vista do “mundo das provas”.

A ideia da perda de uma chance surgiu no direito Francês e ganhou amadurecimento no norte-americano, que atribuiu às chances perdidas características individuais que possibilitem a indenização.

Não seria difícil enquadrar o abandono afetivo na teoria da perda de uma chance para buscar-se uma possível indenização, quando se vislumbra as chances perdidas pelo filho quando fora abandonado pelo genitor. Este filho poderia enumerar inúmeras perdas e quase todas, para não afirmar que todas, poderiam ser alcançáveis, prováveis e reais, se não fosse o ilícito abandono.

Estando a teoria da perda de uma chance calcada nos princípios da solidariedade social e reparação integral de danos, pode-se alcançar guardada a sua aplicação as ações pelo abandono afetivo.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance fica dispensada a comprovação do dano final e o Superior Tribunal de Justiça em REsp 1.190.180/RS publicado em 2010, que teve como Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma Julgadora, conceituou de forma completa e absolutamente clara a teoria da perda de uma chance, veja-se:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

No REsp nº 1291247 / RJ a perda de uma chance, segundo o Ministro e relator Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, é:

A possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício.

O fator determinante para o enquadramento é a chance não seja uma chance hipotética. No caso do abandono afetivo, a sua aplicação ainda divide opiniões, é cabível para alguns doutrinadores e refutada para outros, que acham que ainda há premissas teóricas divergentes em relação aos institutos.

Fato que a teoria da perda de uma chance não delimita sua aplicação a danos materiais, apenas determina que a chance seja real e não hipotética.

Ademais, a perda de uma chance decorrente do abandono afetivo, pode se concretizar e se resumir com a perda da chance da convivência com o genitor e as consequências dessa perda de convivência, frise-se, o que na esfera penal conhecemos como a *condictio sine qua non* e que incontestavelmente, muito embora ainda não se tenha conhecimento de aplicação nas ações que versam sobre abandono afetivo, poderia com tal fundamento ser enquadrada.

Para Theodoro Júnior (2016, p.195) mesmo diante da possibilidade da aplicação desta teoria aos mais variados casos, decorrentes de diferentes ilícitos, na aplicação desta teoria também encontra-se a dificuldade de quantificar o dano e este inclusive é para o Autor o entendimento do STJ.

## 5.2 ACEPÇÃO NEGATIVA DO DEVER DE INDENIZAR

Por outro lado, há correntes que enfocam a não reparação do afeto aos filhos. Argumentam que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência será um pai que jamais tornará a se aproximar do seu filho e que, desta forma, o pagamento da indenização em nada contribuiria para restabelecer o amor.

Uma parte dos juristas argumenta que não há previsão legal de obrigatoriedade para tal instituto, uma vez que se a prestação alimentícia é adimplida, os pais encontram-se livre de quaisquer outras obrigações. Acreditam estes que não pode a lei obrigar o responsável a sentir afeto pelo filho, sendo impossível impor a manutenção de um laço sentimental já rompido.

Neste sentido, Viafore (2007, p. 22) cita que:

A acepção da indenização por dano moral considera-se abusiva e por demais arbitrária, uma vez que o pagamento correto da pensão alimentícia já se torna suficientemente uma demonstração de afeto e respeito pelo filho.

Percebe-se então que a indenização por abandono afetivo não tem sido amplamente aceita pelo judiciário brasileiro, pelo risco, talvez, de se instalar uma indústria indenizatória. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, se manifestou sobre o Resp 757411/MG:

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 (GONÇALVES, 2005, p.1)

O STJ afastou, por maioria de votos, o direito do filho em obter a reparação dos danos morais do pai pelo abandono sofrido, salientando que, no caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, como a mais grave pena civil a ser imputada a um pai.

Outro caso foi a decisão do magistrado da primeira instância da 19ª Vara cível da comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente a possibilidade da indenização, salientando que o laudo psicológico não havia estabelecido a exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor. Posteriormente a decisão foi reformada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais. (VIAFORE, 2007, p. 24)

Esta corrente considera que a liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior

para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho.

Outra decisão importante é a do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que assim se manifestou:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO- DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. – a responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexa causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. – O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. Número do processo: 1.0145.05.219641-0/001(1).Relator: DOMINGOS COELHO. Data do Julgamento: 06/12/2006. Data da Publicação: 15/12/2006. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (MINAS GERAIS, 2006b, p. 1).

No Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em apelação de ação por investigação de paternidade cumulada com reparação por dano moral afetivo, que fora distribuída na 3ª câmara cível com relatoria do desembargador Josevando Sousa Andrade, o acórdão manteve a sentença que não reconheceu o dano moral por abandono afetivo.

Na ação o pai antes da sua citação, desconhecia a qualidade de pai, ou seja, não sabia da existência do filho, concluindo o judiciário que não poderia ser esperado comportamento afetivo de quem nem mesmo sabia que era pai.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. FALTA DE RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CARACTERIZADORES E AUTORIZADORES DA REPARAÇÃO CIVIL. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENDO SUBJETIVA A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA, O DEVER DE INDENIZAR PRESSUPÕE O ATO ILÍCITO. NÃO SE PODE REPUTAR COMO

ATO ILÍCITO O ABANDONO AFETIVO DE QUEM DESCONHECIA A QUALIDADE DE PAI, PORQUANTO NÃO HÁ NOS AUTOS QUALQUER PROVA DE QUE O PAI HAJA SIDO COMUNICADO DE TAL POSSIBILIDADE ANTES DA CITAÇÃO NA AÇÃO AJUIZADA PELO INVESTIGANTE QUANDO JÁ CONTAVA COM MAIS DE 35 ANOS, DEVENDO SER VALORADO O COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO PAI, ENQUANTO INVESTIGADO, POIS COLABORATIVO COM A ELUCIDAÇÃO DA PATERNIDADE. (BAHIA, 2009).

Sendo assim, para os seguidores dessa acepção, escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo e nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. O simples desamor e a falta de afeto não ensejariam a indenização.

Ademais para muitos, os efeitos práticos da condenação, do ponto de vista dos objetivos/funções da responsabilidade, são escassos ou inexistentes, porque desconsiderando os casos divulgados nas mídias de valores considerados astronômicos, poucos pais tomam conhecimento destes tipos de ação, poucas pessoas conhecem ou já ouviram falar do abandono afetivo e o genitor envolvido na demanda, se nunca quis relacionar-se com filho, muito improvável após a condenação que buscará retomar laços e relações perdidas.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto e tratado no decorrer deste trabalho, evidencia-se que o direito a convivência familiar e o respeito à dignidade da pessoa humana são direitos da criança e do adolescente, estabelecidos em nosso ordenamento jurídico. Cabe aos pais, enquanto seres de direitos e deveres, proporcionar à criança e ao adolescente uma convivência familiar, respeitando o princípio da dignidade humana a que estes também estão expostos. O bem estar da criança é composto de facetas econômicas e emocionais, não podendo haver a configuração de fato deste bem jurídico, sem que ambos elementos estejam presentes na formação da criança e do adolescente. Portanto, o afeto é sim dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável do infante, a fim de que este seja inserido na sociedade de modo a contribuir e acrescentar positivamente na evolução da comunidade e de seus pares, pois os filhos são pessoas a quem devem-se ensinar limites da civilidade e responsabilidade.

Como demonstrado no presente trabalho, existem diversas correntes acerca da possibilidade indenizatória do abandono afetivo, sendo que algumas rotulam como absurda a pretensão de reparação por ausência afetiva dos genitores, considerando que a liberdade afetiva deve estar acima de qualquer princípio, bem como outras defendem a tese de que o afeto deve ser efetivamente oferecido, sob pena de pagar indenização pecuniária.

Assim deve-se considerar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil pela ausência de afeto. O abandono afetivo pode ser apto a gerar consequências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, porém, deve-se observar a presença ou não dos elementos daquela, a fim de procurar justa reparação e não injusto enriquecimento.

Diante de tudo que foi abordado, não foge à razoabilidade concluir que o abandono afetivo, quando devidamente configurado, é situação que enseja a tutela do judiciário. A criança abandonada afetivamente e com danos em sua esfera moral e psíquica encontra-se prejudicada em aspectos de sua vida que dificilmente serão

apagados, pois é no âmbito mais próximo das pessoas que se assimilam valores primordiais para o saudável desenvolvimento humano, no que diz respeito a formação do cidadão. Ocorre, porém, que deve ser analisado pelo Juiz cada caso concreto, observando a condição do genitor e a situação da vítima, a fim de se obter uma decisão justa aos olhos da justiça. A indenização por abandono afetivo não deve ser encarada como um meio através do qual o filho se vingue do genitor que abandona, ou como uma oportunidade de forçar este a ser normal a ponto de amar seu filho ou ainda como uma busca de um lucro fácil, frente ao descaso de um genitor com o seu papel de ascendente. Ao judiciário não compete intervir com tamanha profundidade.

De fato, a lei não pode obrigar alguém a amar outrem, mas o mínimo que se espera é a dedicação ao infante. Dessa forma, como ainda não há nenhuma legislação específica que trate dessa situação, cabe à jurisprudência, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, se utilizar dos meios que dispõe e, primando pela dignidade da pessoa humana com relação à criança e ao adolescente, atuar de modo a evitar a banalização da figura de um dos genitores no âmbito familiar, apreciar as causas que envolvam pretensão de reparação por abandono afetivo e decidir, de forma a garantir a efetivação da justiça no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

JUS BRASIL. **O Projeto Pai Presente, do CNJ, é bem - sucedido em todo Brasil.** Disponível em: <<http://amab.jusbrasil.com.br/noticias/3058852/19-03-projeto-pai-presente-do-cnj-e-bem-sucedido-em-todo-brasil>> Acesso em: 22 de nov. 2017.

PORTAL CNJ. **Programa Pai Presente já facilitou mais de 42 mil casos de reconhecimento espontâneo de paternidade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61965-programa-pai-presente-ja-facilitou-mais-de-42-mil-casos-de-reconhecimento-espontaneo-de-paternidade>> Acesso em: 22 de nov. 2017.

ANGELUCI, Cleber. Afonso. **Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. 2006.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/713/893>> Acesso em: 10 nov. 2017.

ALMEIDA, C.; NORONHA, F. **A Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo dos Filhos – A paternidade responsável e o projeto de lei nº 4294/08.** Disponível em: < <https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj035766.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRANCO, Bernado Castelo. **Dano Moral no Direito de Família.** São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código civil.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Alienação parental.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Câmara dos deputados. **PL 3212/2015** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>> Acesso em: 28 fev. 2018.

CIRILLO, Luis Fernando. Vara Cível de São Paulo. Processo nº 000.01.036747-0 – j. 07.06.2004 *apud* MELO, Nehemias Domingos. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30975-33710-1-PB.pdf>> Acesso em: 5 dez. 2017.

DIAS, B.; COSTA, M. **Abandono afetivo nas novas ordens Constitucional e Civil: As consequências jurídicas no campo da responsabilização**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/maria\\_da\\_fe\\_bezerra\\_da\\_costa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/maria_da_fe_bezerra_da_costa.pdf)>. Acesso em: 8 nov.2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade; relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O mini dicionário da Língua Portuguesa**. 4. ed. ver. Ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Fernando. **Recurso Especial nº 757.411**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>> Acesso em: 12 nov.2017.

GRÜNSPUN, Haim. **Distúrbios Neuróticos da Criança**. Rio de Janeiro: Atheneu, 1984.

HORNE, Francisco. Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Francisco%20Alejandro%20Horne>> Acesso em 20 nov. 2017.

LEVY, Laura. Afonso. Costa. **Abandono Afetivo e responsabilidade civil utilizada com moderação**. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/41013>> Acesso em: 20 out. 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual do direito civil: Direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Fausto. **STJ recomenda cautela nas ações por abandono afetivo, 2015**. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stj-recomenda-cautela-nas-acoes-por-abandono-efetivo>> Acesso em: 28 fev. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. indenização danos morais - relação paterno-filial - princípio da dignidade da pessoa humana – princípio da afetividade. Número do processo: 2.0000.00.408550-5/000(1), Relator: UNIAS SILVA, Relator do Acordão: Não informado, Data do Julgamento: 01/04/2004, Data da Publicação: 29/04/2004. Disponível em: < [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_complemento2.jsp?listaProcessos=20000004085505000](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=20000004085505000)>. Acesso em: 07 dez. 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Notícias. **Ministério dos Direitos Humanos realiza Campanha Nacional de Proteção a Crianças e Adolescentes no Carnaval**. Disponível em: < <http://www.mdh.gov.br/noticias/2018/janeiro/ministerio-dos-direitos-humanos-realiza-campanha-nacional-de-protecao-a-criancas-e-adolescentes-no-carnaval>> Acesso em: 28 fev. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIAFORE, Vanessa. **Abandono Afetivo e a responsabilidade frente ao afeto**. Disponível em: < [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_2/Vanessa\\_Viafore.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf) > Acesso em: 20 nov. 2017.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THOME, Julieta. Pai é condenado a pagar R\$ 35 mil por abandonar filho.2006  
Disponível em: < [http://www.sidneyrezende.com/noticia/4079+pai+e+condenado+a+pagar+r\\$+35+mil+por+abandonar+filho](http://www.sidneyrezende.com/noticia/4079+pai+e+condenado+a+pagar+r$+35+mil+por+abandonar+filho)> Acesso em: 20 dez. 2017.