

DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O ABANDONO AFETIVO

FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY LIFE AND EMOTIONAL ABANDONMENT

Andreza Feitosa de Moura¹

Bruna Souza Paula²

RESUMO

A Família é a entidade núcleo da sociedade, merecendo, por isso, proteção do Estado. É dentro do núcleo familiar que os indivíduos possuem suas relações mais próximas e se desenvolvem como ser sociais. É justamente por isso que ocorrem desavenças e crises na família, muitas vezes gerando um sofrimento desmedido aos seus componentes. Muitas dessas desavenças ocorrem devido à falta de amor dentro do lar, seja em relação ao marido e a mulher ou entre pais e filhos. Torna-se importante observar os problemas que envolvem os filhos, principalmente quando esses são menores de idade, pois ainda não possuem desenvolvimento psicológico suficiente para se autodeterminarem dentro da sociedade. É por isso que a Constituição Federal traz diversas normas de proteção à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi produzido para introduzir a doutrina da proteção integral, visando propiciar um desenvolvimento digno à criança e ao adolescente. Esta pesquisa sobre o abandono afetivo visa esclarecer e analisar as hipóteses em que seria possível o pagamento de indenização ao filho pelo pai que o abandona e não está presente em seu desenvolvimento, como também tecer um breve histórico da família, destacando sua relevância na sociedade, desde a Idade Média até os dias atuais. Também se ressaltou as características do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, interligando esta matéria ao direito de família. É neste diapasão que pretendemos apresentar e abordar o emprego da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais.

Palavras-chave: Família. Convivência Familiar. Abandono afetivo. Dano moral. Desenvolvimento psicossocial.

Abstract

The Family is the core entity of society and therefore deserves state protection. It is within the family nucleus that individuals have their closest relationships and develop as social beings. This is precisely why disagreements and crises occur in the family, often generating unreasonable suffering to its components. Many of these disagreements occur because of a lack of love within the home,

¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará, andrezafeitosam@gmail.com

²Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas da FDUL. Especialização em Ciências Jurídico Políticas pela FDUL e Processo pela Unisul. Graduação em Direito Pela Unifor. Professora em Tempo Integral no Centro Universitário Estácio. brunasouzap@gmail.com

whether it is about a husband and wife or between parents and children. It is important to observe the problems that involve children, especially when they are minors, because they do not have enough psychological development to self-determine within society. That is why the Federal Constitution brings several rules of protection to children and adolescents. The Statute of the Child and Adolescent was produced to introduce the doctrine of integral protection, aiming to provide a decent development for children and adolescents. This research on affective abandonment aims to clarify and analyze the hypotheses in which it would be possible to pay compensation to the child by the father who leaves him and is not present in his development, as well as weave a brief family history, highlighting its relevance in society, from the Middle Ages to the present day. The characteristics of the civil liability institute in Brazilian law were also emphasized, linking this matter to family law. It is on this tuning fork that we intend to present and address the use of civil liability in paternal-subsidiary relation.

Keywords: Family. Family living. Affective abandonment. Moral damage. Psychosocial development.

SUMÁRIO: 01.INTRODUÇÃO. 02. DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIÊNCIA FAMILIAR E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 03. RESPONSABILIDADE PARENTAL E O ABANDONO AFETIVO. 04. DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO. 05. CONCLUSÃO.

1. Introdução

Uma das razões mais relevantes para a realização desse trabalho diz respeito à importância da proteção à criança e ao adolescente. A intenção é mostrar a importância da família ao longo da evolução social e a evolução do direito de família.

A Constituição Federal de 1988 foi o auge dessa evolução, trouxe ampla proteção à família, ampliando o rol de entidades familiares e trazendo a proteção integral da criança e do adolescente, bem como seus direitos fundamentais à vida, à saúde, à convivência familiar e a diversos outros. Além disso, visa mostrar como a família é importante para que a criança e o adolescente possam ter seu desenvolvimento saudável e digno.

O primeiro capítulo trata da importância das relações familiares, dos laços de afeto e responsabilidades para com os filhos, abordando as diferentes concepções de família, pautadas na afetividade e esclarece um pouco mais, sobre assuntos como a convivência familiar. Princípio, expresso na constituição federal de 1988 que é estabelecido como direito fundamental. No segundo capítulo, vislumbram-se os aspectos conceituais acerca da responsabilidade

civil e suas regras estabelecidas no Código Civil brasileiro de 2002. Sendo analisada a finalidade jurídica da referida matéria, principalmente nas relações familiares. Será ainda tratada a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil no direito de família, nos diferentes tipos de danos que podem decorrer das relações familiares.

Por fim, trataremos da aplicação da responsabilidade civil, especificamente nas relações paterno-filiais. Demonstrando como o afeto foi elevado a valor jurídico no ordenamento jurídico brasileiro e os direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIÊNCIA FAMILIAR E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O direito a convivência familiar consta no rol de direitos fundamentais previstos às relações familiares e alcança prioritariamente a criança. De certo, que a doutrina constitucional da proteção integral inspirada pelo princípio do melhor interesse prevê outros direitos fundamentais.

A convivência familiar reflete um direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos³. Os elementos do princípio irão assegurar direitos e deveres envolventes na relação entre as pessoas do grupo familiar, como a inviolabilidade da casa, desta forma, o direito fundamental da convivência familiar não só garante o direito de ambos os pais de conviverem com os filhos, mesmo diante de uma eventual separação, assegura, antes de mais nada um direito dos filhos de conviverem com os pais, e um dever de cuidado destes com àqueles.

A moderna concepção de família é marcada pela introdução de um novo paradigma, a afetividade. Este elemento surge como elemento do núcleo essencial, na medida em que a família, como foi citado a pouco, converteu-se em um “espaço de realização da afetividade humana”⁴. Será o princípio da afetividade que dará preferência no direito de família às relações socioafetivas,

³ . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.198. Nesse sentido, LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74 afirma que a convivência familiar “é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 22.

em detrimento das relações de caráter patrimonial ou até mesmo biológico. Sendo ele o princípio norteador do direito das famílias.⁵

Dentro das relações familiares, o princípio em pauta assume estreita relação com o princípio da convivência familiar, uma vez que a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente como prioridade absoluta é reflexo do abrigo constitucional ao princípio da afetividade.

A convivência familiar reflete um direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos⁶. Os elementos do princípio irão assegurar direitos e deveres envolventes na relação entre as pessoas do grupo familiar, como a inviolabilidade da casa.

Diferente do princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar encontra-se expresso da Constituição Brasileira⁷, que o estabelece como direito fundamental da criança e do adolescente. Também se encontra na Convenção dos Direitos da Criança⁸, quando prevê que a criança que possua pais separados tem o direito de manter relações pessoais e contato direto com ambos, desde que seja em conformidade ao melhor interesse dela, pois de nada adiantaria a criança manter contato com um genitor abusivo.

Ou seja, a criança tem direito a conviver com ambos os genitores, ainda que os pais estejam separados, pois o pai guardião não poderá impor restrições indevidas ao acesso da criança ao outro genitor. Em contrapartida, não poderá um dos genitores se eximir das responsabilidades parentais, visto que um já as cumpre, já que um possuem papéis diferentes.

Assim, pode-se verificar que o princípio tutela um direito a convivência familiar que é dirigida à família e ao Estado em relação direta à criança e ao adolescente, além de derivar outros direitos por ser substrato da verdade real da família socioafetiva⁹.

Não se pode esquecer que a afetividade também pode ser compreendida como o direito de amar e ser feliz, mas não é só isso, também

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.71.

⁶ . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Nesse sentido, LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74 afirma que a convivência familiar “é a relação afetiva diuturna e duradoura entrecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.

⁷ Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil

⁸ Artigo 9º, item 3 da Convenção dos Direitos da Criança.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74.

implica o dever de compreender e estar com o outro, pois estar em família significa, sob essa ótica, romper com a individualidade, através do diálogo entre os entes que compõe família¹⁰.

Destarte, o afeto nas relações familiares é elemento de valor irrefutável, com base na amorosidade, no respeito mútuo, no dever de zelo e cuidado com o próximo. É “amplo é espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”¹¹.

Assim, pode-se verificar que o princípio da afetividade pressupõe a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Desta forma, a moderna concepção do antigo poder familiar hoje compreendido como autoridade parental ou cuidado parental, é exercido em função da criança e do adolescente, buscará a formação e o desenvolvimento da personalidade destes últimos.

Diante do exposto, o princípio da afetividade e o princípio da convivência familiar refletem a repersonalização que as relações familiares passaram com a introdução do valor jurídico afeto. No caso do abandono afetivos, tais princípios não podem ser esquecidos, pelo contrário são os fundamentos para a responsabilização parental decorrente de abandono, visto que também deles decorre a relevância do desenvolvimento da personalidade do filho menor.

3. RESPONSABILIDADE PARENTAL E O ABANDONO AFETIVO

A afetividade, em sentido dilatado, é entendida como um somado de emoções e sentimentos, experiências sensíveis e, além disso, a eficácia do ser humano de se conectar com sensações, no que refere-se às experiências suportadas pelo indivíduo e as formas de se posicionar no tocante à condição humana. Precisamente, a afetividade consiste em um instrumento capaz de provocar a elaboração da atividade cognitiva, converte-se em um tipo de

¹⁰ WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 25.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 309.

energia que instiga as ações e, a razão é o que promove o indivíduo a descobrir desejos e sentimentos e obter satisfação nas ações¹².

A prole afetada caminha a vida sem a merecida e indispensável presença do pai, em seu desenvolvimento moral e psíquico, acarretando incorrigíveis prejuízos que permanecerão por toda a existência, ocasionando um sentimento de rejeição. A ausência do afeto no modo de elaboração da personalidade dos filhos é um dos maiores agentes causadores de descontrole psicológico bem como pode propiciar a vítima um bloqueio em desenvolver relacionamentos e o não amoldamento do convívio em sociedade. “Na realidade, o abandono afetivo causa uma agressão direta à estrutura psíquica, a vítima se sente diminuída na sua condição de pessoa humana”¹³.

Não obstante a afetividade diz respeito aos estados afetivos, os quais são consoantes aos estímulos que percebemos do ambiente, de sorte que é possível adoecer da afetividade se não dispuser da sustentação frequente do equilíbrio das trocas afetivas. Na expressão de Freud, “é preciso amar para não adoecer”¹⁴. O afeto é de suma importância, a própria sobrevivência humana necessita dele, é valor soberano, necessidade ingente. O amor é conjuntura para compreender o outro e a si respeitar a dignidade, e distender uma personalidade saudável, e deserto nunca será completamente saudável todo o que não recebeu o afeto de ninguém.

A inobservância ou omissão dos genitores nas convivências com seus filhos podem lhes causar inúmeras lacunas afetivas, traumas e prejuízos morais, que poderá torna-se um incômodo cada vez mais difícil a medida que o filho se desenvolve sem o merecido amparo paterno, com o injustificado desprezo de seu pai, o qual tem a obrigação sobre o direito à reparação integral dos danos sofridos pela lacuna paterna do digno direito à convivência e a referência parental, não possuindo o filho abandonado um exemplo a se evidenciar e amar.

¹² FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O Dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>. Acesso em 22 jan. 2019.

¹³ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁴ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O Dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>. Acesso em 22 jan. 2019.

Os filhos dispõem estabelecido direito à convivência com seus genitores possuindo a necessidade natural de afeto familiar, dado que o pai e a mãe portam uma função específica na construção psíquica da prole. Nesta acepção, há resultados negativos quando de forma injustificada não se cumpre o exercício ao direito de visitas e da autoridade parental, quando os pais fogem do exercício de fundamental responsabilidade da consciência e da natureza, no qual a ausência desmotivada funda-se em aceitar a responsabilidade de suscitar por irreparáveis impactos negativos na vivencia dos filhos, podendo decorrer sintomas de ansiedade, depressão, tristeza profunda, insegurança nas relações sociais e complexo de inferioridade.

Um ser humano normal, mentalmente e emocionalmente saudável, é o que todos ansiamos ser. A elaboração desde sujeito inicia-se desde seu nascimento, no momento em que tem contato com sua mãe. Com o propósito de que uma criança se torne em um adulto saudável, em indivíduos independentes, todavia socialmente preocupados, consistem inteiramente que lhes seja dado um bom princípio, o qual está garantido, na natureza, pela existência de uma relação entre a mãe/pai e o seu bebe, sendo esta relação formada pelo amor.

A carência de cuidado, os maus-tratos emocionais e psíquicos se representam na inépcia de proporcionar aos filhos um ambiente de sossego, bem-estar emocional, físico e afetivo, questões imprescindíveis ao desenvolvimento saudável. A ausência do afeto, o abandono, a opressão, ameaças e humilhações e a exposição da prole a ambientes violentos são circunstâncias que refletem na maneira da criança, prejudica, sua produtividade escolar, hábitos de sono e demais atividades. Todas essas singularidades, em cada caso concreto, precisam-se ser levadas em conta para o reconhecimento da ocorrência do dano moral nas relações familiares¹⁵.

Inegáveis são os efeitos e consequências do abandono afetivo para a vítima, para fins de comprovação do trauma ocasionado, o autor Rolf Madaleno cita uma demanda que tramitou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual uma mulher de 23 (vinte e três) anos de idade, requereu a retificação de seu registro civil com intenção de não mais usar o sobrenome de seu genitor.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Expõe o autor que o trauma sofrido fora tão intenso que carregar em seus registros o sobrenome paterno lhe ocasionava desconforto que a mesma não era capaz de suportar, a razão fundamentou-se no abandono do pai, tendo a requerente adotado de fato somente o sobrenome materno, sem se identificar pelo sobrenome do genitor¹⁶.

4. DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO.

O dever de reparar decorre de uma conduta do agente, comissiva ou omissiva, devendo esta conduta ser antijurídica, ou seja, caracterizar um ato ilícito, uma violação a um dever jurídico. Essa violação não se dá apenas por ter uma conduta contrária a lei, mas também por se ter uma conduta que extrapole os limites aceitáveis, caracterizando assim o abuso de direito. No abuso de direito, a pessoa tem a autorização de praticar aquele ato ou de exercer aquele direito, porém o faz de forma a exceder esse direito ou exercê-lo de forma irregular.

O artigo 186 do Código Civil dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Continua no artigo 927¹⁷ da referida lei, aquele que, por ato ilícito (Artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse modo danos morais são perdas sofridas por ataque à moral e a dignidade das pessoas. Qualquer perda que abale à honra pode ser caracterizada como dano moral.

¹⁶ REGISTRO CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL AMPARADA NO ART. 58 DA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/10/2005).

¹⁷ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 set. 2011.

A obrigação de reparar o dano pode ser ocasionada também por ato de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, bem como por coisas que estejam sob sua guarda¹⁸.

Só há que se falar em dever de reparar se houver dano, uma vez que não tem o que voltar ao estado anterior se nada foi mudado, se as coisas permaneceram como sempre foram. O dano pode ser material, consistindo na perda ou deterioração de algo, ou moral, porém deve estar configurado o dano.

A responsabilidade civil traz consigo ainda a ideia de culpa ou risco. Culpa é o elemento subjetivo, podendo se referir ao dolo, vontade do agente em praticar a conduta, desejando o resultado final, ou a negligência, imperícia e imprudência. A negligência está relacionada à omissão, a pessoa devia ter uma conduta ativa mas não realizou, a imperícia se relaciona à falta de atendimento de uma regra técnica que a pessoa deveria ter conhecimento pela sua condição, já a imprudência ocorre quando o sujeito não tem a devida cautela em sua conduta.

Todas essas formas de culpa integram a ideia de responsabilidade civil, porém pode ainda haver responsabilidade sem que haja a culpa, é o caso em que há o risco, e o simples fato da existência dele dispensa a prova de culpa ou não. O agente é responsável pelo simples risco de causar o dano.

Ainda como último elemento, tem-se o nexo de causalidade que consiste na vinculação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima, um deve decorrer do outro. A conduta do agente deve ser determinante para a ocorrência do dano sofrido, caso haja o dano, mas caso ele não seja decorrente da conduta do agente, não há o que se falar em responsabilidade civil, sendo inclusive uma das causas de excludente de responsabilidade. São os casos de culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro ou caso fortuito e força maior. Nesse sentido também ensina Paulo Nader:

Não são suficientes, à caracterização do ato ilícito, a conduta antijurídica, a culpa ou risco e o dano. Fundamental, igualmente, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado a outrem. É preciso que os prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico. Se houve a conduta, seguida de danos, mas estes não decorrem daquela, não haverá ato ilícito. O ato ou omissão somente constituirá esta modalidade de fato jurídico, na dicção do art. 186 do Códex, se

¹⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

causar dano a outrem. Nesta expressão em destaque está contido o elemento nexa de causalidade ou nexa etiológico ¹⁹.

Levando em consideração a presença da culpa ou do risco, pode a obrigação de reparar ser classificada em subjetiva ou objetiva. Na primeira é necessária a comprovação da culpa do agente causador do dano, só haverá responsabilidade se houver ao menos culpa por parte de quem causou o prejuízo. Já na responsabilidade objetiva não há necessidade de se comprovar a culpa, só o fato do dano ter ocorrido já gera o dever de reparar, aqui basta estar presente o risco. Segundo Paulo Nader:

A Teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações. Não visa a excluir a culpa como critério básico da responsabilidade civil; cumpre uma função de justiça para a qual a teoria subjetiva se mostra impotente. Na ordem jurídica, a teoria subjetiva e a objetiva se completam, favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais²⁰.

Também pode se classificar a responsabilidade civil em contratual e extracontratual ou aquiliana. A primeira deriva de um contrato, ou seja, um ajuste de vontade entre as partes. Antes mesmo de nascer a obrigação de reparar, as partes já estão ligadas juridicamente por outra relação jurídica. Já a responsabilidade aquiliana surge de outro tipo de ilícito que não o contratual, podendo ser de uma violação da lei ou de direito de outrem. Ao contrário da primeira, as partes não têm obrigatoriamente nenhuma relação jurídica anterior, só passam a se relacionar a partir do momento que surge o dano e o dever de reparar.

Se levarmos em consideração o responsável pela reparação do dano, ela pode ser direta ou indireta. Quando o dano é causado por quem tem o dever de repará-lo, diz-se que a responsabilidade é direta, já quando quem causa o dano e quem responde por ele são pessoas distintas, diz-se que a responsabilidade é indireta.

O dano é um elemento essencial da responsabilidade civil, não há o que se falar em dever de reparar se não houver o dano. Isso porque o objetivo da

¹⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p 302.

responsabilidade civil é trazer a vítima para o estado que se encontrava anteriormente, se não houve mudança de status não tem como se falar em retornar ao estado original, se não houve diminuição do patrimônio não tem como este ser restituído. Logo, percebe-se que o dano é o elemento essencial para a responsabilidade civil e que inexistindo dano também restará comprometida a possibilidade de responsabilização de alguém.

Devido ao crescimento da sociedade e a evolução das relações sociais, cada vez mais cresce o número de filhos órfãos de pais vivos. Essa expressão mostra a mais triste das realidades atuais. São pessoas que têm filhos sem a menor responsabilidade e acabam por abandonar os mesmos, sem ter nenhum tipo de cuidado com seu crescimento e desenvolvimento psicossocial, as crianças abandonadas ficam como se de fato não tivesse um dos pais, ou ambos.

Decorrente dessa situação, surgiram no Brasil algumas ações com o objetivo de que o judiciário condenasse o pai que abandonou seu filho afetivamente a pagar uma indenização pelo dano moral causado ao filho. Ocorre que, apesar de aceita por alguns, grande parte dos juristas discorda dessa possibilidade, havendo ainda uma grande divergência nos tribunais brasileiros e na doutrina.

Entre os defensores do pagamento de tal indenização, inclui-se Maria Berenice Dias, que defende que a dissolução dos vínculos afetivos não ocorre simplesmente indo um cônjuge para cada lado, os direitos e deveres que os pais têm em relação aos filhos não desaparecem com a separação, o poder familiar em si não é dissolvido, muito pelo contrário permanece²¹. A escolha de quem ficará com a guarda do filho e de que modo ela se dará é necessária apenas para definir como será organizada a vida da criança, mas não encerra o poder do pai que não deteve a guarda. A guarda pressupõe a separação dos pais e não desses com seus filhos, não se pode comprometer a convivência entre ambos os pais e o filho por causa do rompimento do casamento.

O homem é um ser complexo, dotado de necessidades materiais e morais. Para que o indivíduo tenha uma vida digna, não basta suprir seus

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 309.

interesses materiais, muito pelo contrário, muitas vezes as necessidades morais se colocam acima das materiais. Só se alcança a dignidade humana, tão valorizada na Constituição Federal, quando se tem uma vida plena, um bem-estar, que só é alcançado com a possibilidade de alcançar seus desejos.

Uma criança ainda não possui condições de entender seus desejos e definir seus problemas para poder solucioná-los, é por isso que necessita de proteção especial, para que tenha seus direitos garantidos e auxílio no seu desenvolvimento ao longo de sua vida. Essa proteção precisa ser dada em primeiro lugar por seus pais, aqueles que foram os responsáveis pela sua vida. É por isso que o Código Civil, em seu artigo 1634, trouxe deveres a serem cumpridos pelos pais: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Como pode ser observado, o ordenamento jurídico brasileiro entregou aos pais o dever de criar e educar seus filhos, além disso, ainda determinou que os mantivessem sob sua companhia. A Constituição Federal também assegura às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar e à educação, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente reiterado tais direitos e acrescentado outros.

É devido a esses danos que parte da doutrina entende que, havendo a conduta do agente, no caso o abandono dos deveres paternos, o dano, entendido como dano à personalidade da criança, e ainda sendo possível comprovar o nexo de causalidade entre eles, não há motivos para que não seja caracterizado o dano moral, gerando assim o dever de indenizar. Assim ensina Paulo Nader:

Verificando o dano, surge para o filho o direito de reparação e a ser exercitado em face de quem lhe deu causa. A *quaestio facti* é muito complexa, pois requer: a identificação do dano, a definição da conduta do pai, a certeza do nexo de causalidade, ou seja, que a conduta do pai foi a causa do dano. Como se trata de responsabilidade extracontratual subjetiva, é fundamental que a conduta do indigitado tenha sido intencional ou decorrente de negligência ou imprudência. Constatado o preenchimento de todos os

requisitos do ato ilícito conforme a definição do art. 186, caberá ao juiz, à luz do disposto no *caput* do art. 944, promover a liquidação dos danos²².

Vale salientar que, quando a ausência de um dos pais decorrer de culpa do outro, que não deixa ver o filho, ou que faz com que o filho, através de mentiras, tenha medo de estar com o pai, não caberá indenização por abandono afetivo, já que não foi quem abandonou o filho que deu causa ao dano, mas sim o outro genitor. Nesse caso, poderá se configurar até mesmo caso de alienação parental, muito condenada hoje pelos tribunais.

Destaca-se que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei 700/07, já aprovado no Senado, assim como o projeto de lei PL 3212/15, que transformam o abandono afetivo de filhos em ilícito civil, suscetível, portanto, de condenação por dano moral, no caso do pai ou mãe que deixar de prestar assistência emocional ao seu filho, dentre outros tipos de assistência, seja pela convivência seja pela visitação periódica.

É definido que deveria ser entendido como assistência moral, incluindo aí o dever de informação ao filho, de estar do lado do filho em momentos difíceis para ele e inclusive a presença física quando solicitada pela criança e possível de ser realizada.

Existe, porém, parte da doutrina e jurisprudência que não admite a caracterização de indenização por abandono afetivo, entre esses está o Superior Tribunal de Justiça que em um de seus julgados já decidiu não ser possível a aplicação de indenização nesses casos.

Os defensores dessa posição alegam que admitir uma indenização por abandono afetivo seria dar preço ao amor, o que não seria possível. Ninguém é obrigado a amar outrem, esse é um sentimento que nasce naturalmente, por razões nem mesmo definidas. Logo, não se poderia culpar um pai por não ter carinho pelo seu filho, e nem mesmo obrigá-lo a isso. Tal fato poderia gerar até mesmo uma situação perigosa para a criança, no caso de um pai que não se importa com ela, não tem sentimento de cuidado, ser obrigado a conviver com ela, poderiam ocorrer casos de maus tratos ou até mesmo desatenção com a saúde e integridade física, causando insegurança para a criança.

²² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 346.

Defendem ainda que não há previsão legal para a indenização, posto que o que a lei permite é a sanção de perda do poder familiar, sendo esta já pena suficiente para o pai que abandona seu filho, não cabendo nenhum tipo de condenação de caráter patrimonial.

Na esfera doutrinária, existem defensores para ambas as correntes, não podendo nem mesmo assegurar qual seria majoritária. Já quanto às decisões dos tribunais, se tem observado uma predileção pela última, até mesmo pela decisão já tomada pelo Superior Tribunal de Justiça que vem servindo de apoio para que os juízes neguem a pretensão do filho abandonado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental a convivência familiar, também revestido de princípio que inspira o direito de família, junto com o princípio da afetividade, são as bases que fundamentam a ocorrência do abandono afetivo, é justamente pela violações nesses dois preceitos que regem as relações familiares, em especial entre pais e filhos, que gera o ato ilícito que rege a responsabilização civil do genitor que abandona.

A presença da família é tão importante para a criança que os diplomas legais brasileiros asseguram à criança o direito à educação, à vida, à dignidade, à convivência familiar e social, além de diversos outros direitos, devendo eles ser resguardados em primeiro lugar pela família e depois por toda a sociedade e pelo Estado. Não observados esses direitos e gerando dano à criança ou ao adolescente, podem ser responsabilizados aqueles que deram causa aos danos.

Efetivamente, buscou-se nessa pesquisa a compreensão da importância da família na vida da criança. Os pais presentes em seu desenvolvimento podem fazer com que a criança se torne um adulto mais voltado ao bem social e possa contribuir de forma positiva para a sociedade.

Por fim, ressalta-se a importância do estudo da afetividade, pois, além de ser um princípio decorrente do princípio maior da dignidade, a afetividade é um dos elementos que promovem a estabilização do homem. Conclui-se, portanto, que a falta dessa presença paterna, ou materna, pode gerar de fato dano à criança e ao adolescente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 309.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O Dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>. Acesso em 22 jan. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.