



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ-UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
BACHARELADO EM DIREITO

CARLA PATRÍCIA FONTENELE CARVALHO DA SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE
FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO**

Biblioteca UESPI PHB
Registro Nº M1904
CDD 342.2925
CUTTER S516n
V EX. 01
Data 21 / 05 / 15
Visto

PARNAÍBA

2014

CARLA PATRÍCIA FONTENELE CARVALHO DA SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE
FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí, campus professor Alexandre Alves de Oliveira, para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Leila Maria Zimmermann Mayer.

PARNAÍBA

2014

CARLA PATRÍCIA FONTENELE CARVALHO DA SILVA

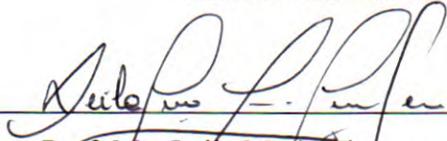
**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE
FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí, campus professor Alexandre Alves de Oliveira, para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Leila Maria Zimmermann Mayer.

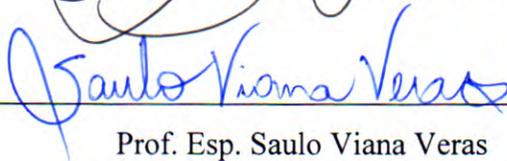
Aprovado em ___/___/___

Banca Examinadora

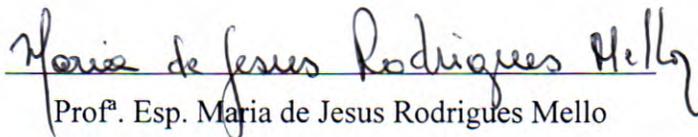
ORIENTADOR:



Prof. Me. Leila Maria Zimmermann Mayer



Prof. Esp. Saulo Viana Veras



Prof.ª. Esp. Maria de Jesus Rodrigues Mello

PARNAÍBA

2014

AGRADECIMENTOS

Agradecer a Deus (YHWH) primeiramente, por todas as dádivas as quais que me presenteou, pelas vezes que errei e me deu a chance do arrependimento e do ensinamento, pela sua imensa generosidade em me dar a família mais linda do mundo, pelo amor e torcida da minha mãe Gracilene e pelo esforço e orgulho do meu pai Antônio Carlos, as primeiras pessoas que eu aprendi a amar e com as quais eu aprendi o valor da dificuldade para se conseguir o que se quer pelo seu esforço.

Agradeço também às minhas irmãs, Thais, que apesar das brigas o amor e o sangue sempre prevalecem, e Laís, minha melhor amiga e a quem eu sempre terei como fonte de riso e de alegria assim como minha prima/irmã Milena, ao Junior, aos meus avós Maria das Graças e Acrisio que sempre são tão presentes e tão batalhadores, à tia Adrízia por ser minha segunda mãe desde criança, à minha madrinha Gardênia pelo apoio de sempre, aos meus tios Everaldo e Cauby (padrinho) pela eterna admiração que espero retribuir sempre e que é recíproca.

Sem olvidar também da família que eu pude escolher na forma dos meus amigos irmãos, especialmente Diego Veras, Brendo, Barbignton, Renan, Manoel, Carlos Emídio, Gilberto e de tantos outros que levarei para vida em virtude da amizade mais sincera e presente que devotaram a mim e principalmente a força e companheirismo das minhas cinco melhores amigas, Erika, Laura, Lidiane, Lanna e Josiane.

Agradecer também aos amigos do Ministério Público, o melhor estágio que eu pude ter feito, que me engrandeceu como pessoa através da convivência e contribuiu muito para minha vida profissional e acadêmica e o desejo de levá-los para sempre no meu coração, e na minha vida como a prova de que Deus existe e que gosta muito de mim, agradecer até mesmo as lágrimas amargas que um dia eu derramei e que por muitas vezes foram necessárias para adentrar no caminho certo, e para enxuga-las e me levantar, contei com Eulidio, meu primo mais amado, e o que levo da vida é que ela é como um quebra cabeça e como tal só é devidamente montado pelas peças corretas. Meu muito obrigado, a vocês dedico mais esta vitória.

RESUMO

A presente monografia desenvolve um estudo sobre os direitos dos filhos havidos fora do casamento que foram fundamentalizados com a Constituição de 1988 e com o novo Código Civil de 2002, que limaram qualquer fonte de discriminação entre filhos havidos ou não no seio familiar, inclusive vedando atos de negligência dos pais para com os filhos, não se limitando tal negligência especificamente à negligência material, mas também a afetividade que se desenvolve através da convivência, visto que os filhos têm direito de conviver com os dois genitores. Para análise do tema utilizou-se uma pesquisa bibliográfica em obras dos melhores civilistas da atualidade e em artigos científicos específicos sobre o tema, a fim de comprovar o liame causal entre o abandono afetivo e o dano psicológico que pode ocasionar. O foco deste trabalho é o cabimento da responsabilidade civil nestes casos de ausência voluntária dos pais e quais os possíveis efeitos práticos deste tipo de demanda para o Direito. Apresenta-se a evolução do conceito de família e a figura dos filhos "ilegítimos", seguida de uma breve análise do Código Civil de 1916 e uma visão constitucional da família e dos princípios afetos ao tema.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dignidade humana. Paternidade. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This thesis develops a research about the rights of children born out of wedlock who were based on the new Constitution dated in 1988 and the new Civil Code dated in 2002 which frayed any source of discrimination between children born in the household or not, including forbidding acts of negligence of the parents towards the children, but it does not limit itself to material negligence but it also includes affection that would grow due living since children have the right to live with both parents. To provide a analyses of the theme it was used literature research on woks done by the best civilian right thinkers concerning law nowadays just as it was also delve into on some specific articles about the theme in order to prove the causal link between the emotional abandonment and psychological damage that may be entail by parents carelessness. The focus of this paper is the appropriateness of civil liability in these cases of voluntary absence of parents and what would be the possible practical effects of such demand to the law. It is presented the evolution of the concept of the family and the role of "illegitimate" children followed by a brief examination of the Civil Code dated in 1916 and offered a constitutional point of view of the family regarding principles linked to the theme.

Keywords: emotional inattention; human dignity; paternity; civil liability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....	10
2.1. A figura do filho havido fora do casamento na evolução da família	12
2.2. O filho “ilegítimo” no Código Civil de 1916.....	14
2.3. Inovações na família introduzidas pela Constituição de 1988	16
3. A OBRIGAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	19
4. O ABANDONO AFETIVO DE PAIS COM RELAÇÃO A FILHOS NASCIDOS FORA DO CASAMENTO.....	22
4.1. Conceito de abandono afetivo	22
4.2. Dos danos causados em virtude de abandono afetivo	24
4.3. Abandono afetivo na legislação.....	25
5. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	28
5.1. Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva.....	29
5.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	30
5.2.1. Ação	30
5.2.2. O nexo de causalidade	30
5.2.3. O dano.....	31
5.2.3.1. O dano moral	32
5.3. A responsabilidade civil no direito de família.....	33
6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO.....	34
6.1. Argumentos favoráveis ao dever de indenizar.....	35
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

Rudolf Von Ihering

1. INTRODUÇÃO

Em meio à avalanche de inovações trazidas pela Constituição de 1988 em diversos ramos do nosso ordenamento jurídico, o Direito de Família fora surpreendido pelo reconhecimento de novos Direitos e obrigações em sua seara, derivados em sua grande parte pela consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, dentre outras evoluções, pôs fim a uma era de discriminações e demais injustiças que antes passavam despercebidas ou eram até mesmo contempladas pelos diplomas legais anteriores.

A família já não se limita mais ao conceito arcaico de conjunto de pessoas unidas por laços unicamente patrimoniais, onde os filhos e a esposa viviam sob juízo unicamente do pátrio poder, dando lugar ao poder familiar derivado da igualdade dos cônjuges e da igualdade de tratamento de todos os filhos, os quais estão inclusos aqueles nascidos fora do seio familiar, ou até mesmo quando este jamais existiu.

Os até então, “filhos ilegítimos” passaram a ser vistos pelos olhos da lei como iguais aos outros irmãos e como responsáveis dos seus dois genitores e assim sendo, sujeito de uma gama de direitos e dignos de respeito, com fulcro no art. 227, §6º da Carta Magna.

A introdução deste dispositivo teve por fim uma mudança comportamental e cultural da sociedade brasileira para incentivar a paternidade responsável durante a criação dos filhos que não devem pagar pelos erros dos pais, logo os genitores devem observar certos deveres para com seus rebentos sem distinção de origem.

Contudo, é compreensível que tal entendimento por vezes se configure apenas na esfera material, patrimonial. Os pais destinam aos filhos o necessário para sua criação sem manter com eles qualquer relação de afetividade, por vezes isso é reflexo da convivência não harmônica com o outro genitor, que acaba desemborcando nos filhos um conjunto de sentimentos

ruins, que variam entre a rejeição, desprezo e total indiferença sobre a criação daquele filho.

Visto isso, a celeuma que se instala é que tal comportamento pode ser bastante danoso para a formação da personalidade dos indivíduos, pois, como será analisada, a presença dos dois pais é bastante saudável para formação da pessoa e a ausência voluntária de um deles ocasiona por vezes danos irreparáveis na vida daquele filho e que podem ser refletidos em traumas e problemas de convivência em sociedade, resultado do descaso por parte daqueles que mais detêm o dever de cuidado.

A responsabilidade Civil nestes casos revela-se como um meio hábil de reparação desses danos ou como punição ao pai/mãe ausente e possui um caráter pedagógico aos demais que pretendem negligenciar o dever de cuidado afetivo aos filhos.

A questão que aqui se instala é sobre a delicada missão de tentar compensar esse tipo de danó, se é que é possível reparar a falta de amor de pais para com seus filhos, chamada por vezes de “negociação do amor”, o tema em tela reflete uma nova modalidade de alcance da responsabilidade civil e o confronto de entendimentos sobre a solução para este tipo de conflito.

2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família é tida como seio de muitas sociedades desde as mais remotas épocas históricas, sendo antecedente até a própria concepção do Estado. A entidade familiar composta de seus membros mostra-se como a grande pedra angular de toda e qualquer sociedade, seja qual for a forma como é apresentada.

A instituição da família sempre permaneceu em constante mutação, sendo observada tais mudanças nas formas em que seus membros se relacionavam, apesar de certa carência quanto a formação família nos tempos mais remotos, estudos indicam que os indivíduos se reuniam em clãs principalmente pela necessidade de proteção, visto que era mais fácil proteger-se de ameaças externas em grupos do que individualmente, criando assim laços por conveniência, começando assim um conjunto de práticas reiteradas que faziam parte do cotidiano do clã, criando assim os costumes de cada grupo, assim a forma primitiva da família não era necessariamente ligada por afetividade mas sim por necessidade.

Um dos registros acerca do tema pode ser verificado na clássica obra de Jean Jacques Rousseau, O Contrato Social, onde o tema é relacionado com o primeiro modelo de sociedade política:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família [...] A família é, portanto, se se quiser, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos; e todos eles, tendo nascido iguais e livres, só alienam a sua liberdade com vistas à sua utilidade. Toda a diferença está em que, na família, o amor do pai pelos filhos o paga dos cuidados que lhes presta; ao passo que no Estado o prazer de comandar supre a falta desse amor que o chefe não tem pelos seus povos. (ROUSSEAU, 1968, p. 76)

A ascensão do Estado na sua forma soberana, em que um povo vivia acolhido pela proteção e devoção a um governante trouxe novas características para a entidade familiar; a figura dos servos e escravos agregou-se a família, isso por que tais sujeitos eram parte do patrimônio do senhor o qual pertencia evidenciado assim a natureza patrimonial da família, tendo inclusive participação da acepção etimológica do termo "família", segundo Yolanda Prado: "o termo origina do latim 'famulus', significando conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor (...)".

Assim sendo, vê-se que a constituição da entidade familiar foi sendo montada de acordo com as necessidades do homem, sejam patrimoniais ou por sobrevivência dentro do clã.

Por sua vez, a sociedade greco-romana teve sua figura da família erigida em conceitos, não só de cunho patrimonial, mas especialmente religiosos e com certo aspecto jurídico, aproximando-se assim do modelo familiar que é observado atualmente, tendo na figura do Pater Famílias, a base angular de todas as decisões que envolviam o seio familiar, como o chefe que representava, de autoridade inquestionável, vinculando todos os membros daquele grupo às suas decisões, era o pátrio poder que imperava nas relações familiares da sociedade Greco-romana.

A figura do Pater Famílias constituiu-se de grande força de controle social, arrastando-se durante séculos, se firmando ainda mais junto à ascensão e apogeu do cristianismo, que trouxe a ideia intrínseca de família e casamento, logo se fundiram e se tornaram na prática sinônimos, marcando a transformação social em vários aspectos e a família, tal como se apresentava seria preenchida com os novos conceitos trazidos pela doutrina cristã, baseada no aspecto sacramental do casamento, a união sagrada composta do marido, esposa e filhos, visão esta que se arrastou por séculos a fio.

Neste diapasão verifica-se que o conceito de família sofreu evoluções lentas que demonstram a dificuldade de alterações naquela que se

chamava de “célula mater” da sociedade, se apresentava como uma entidade formal, sendo os indivíduos ligados basicamente pelos laços sanguíneos e convencionais, deixando-se a afetividade em segundo plano.

Contudo, a chegada do novo século, o crescimento do papel da mulher na família e manifestação da dignidade humana dentro das relações parentais reconheceram as mudanças que vieram com o tempo, a família se abriu para novos conceitos e novas figuras dentro de sua entidade que antes parecia ser imutável.

A família moderna transformou-se em um núcleo evoluído a partir do desgaste do modelo clássico, ligado ao matrimônio, patriarcalizado, hierarquizado e heterossexual, centralizador da prole numerosa que conferia *status* ao casal, tornando-se um centro de apoio afetivo para seus membros, consagrando o valor da convivência para o fortalecimento dos laços familiares.

2.1. A figura do filho havido fora do casamento na evolução da família

A evolução do Direito de Família não se esgota na formação familiar tradicional composta pelos genitores e pela prole nascida dentro do seio familiar.

A tradição patriarcal, baseada no pátrio poder que nomeava o homem como chefe da casa e por assim dizer dono de certa “soberania” no lar, garantia que este vivesse a seu modo e sob suas regras, sendo comum, apesar de não aceitável socialmente, o homem ter relações extraconjugais, o que, por muitas vezes, resultou em filhos fora do casamento e por muito tempo fora de qualquer proteção por parte de seu genitor.

Gisela Hironaka complementa que:

Nas famílias romanas, exemplo arcaico mais similar ao modelo familiar atual, a ideia do filho “bastardo” era visto com desprezo e repúdio em virtude do filho ilegítimo jamais poder exercer as funções privativas do filho “varão”, pois as perspectivas em torno deste, nunca seriam destinadas pelo *pater familias* ao filho havido fora do matrimônio religioso, haja vista aquele ser visto como justo e legítimo, e o filho havido fora do casamento não O *pater*, senhor e guarda vitalício do lar e representante dos antepassados, não declarava o vínculo moral e religioso decorrente do nascimento do filho ilegítimo, assim estes não seriam jamais encarregados pelo culto doméstico nem de manter o fogo sagrado no altar da família e, sem esta formalidade, portadora de força obrigatória em Roma, na Grécia e na Índia, o recém-nascido não integrava a família e o seu nascimento se constituía em tão apenas um laço físico e o único modo para contornar os obstáculos legais para regularizar a situação de inferioridade à qual eram relegados os filhos bastardos era a adoção e, por meio dela, o filho adentrava à família, não de forma natural mas de uma forma jurídica, deixando o filho ilegítimo em condição de igualdade com os demais irmãos. GRIFO NOSSO. (HIRONAKA, 2007. Online)

Depreende-se das observações da ilustre doutrinadora que o filho “bastardo” desde os primórdios era visto com maus olhos, principalmente por não conseguir, a princípio, arcar com as honrarias e responsabilidades destinadas somente aquele que levaria o nome da família, além do que o filho fora do casamento também era visto como símbolo do pecado, da traição do sangrado matrimônios, principalmente nas sociedades judaico-cristãs.

No Direito Romano antigo, durante a vigência da Lei das XII Tábuas, a filiação ilegítima sofreu enormemente as conseqüências da falta de amparo legal.

No Império, até a época de Constantino, filhos havidos da relação concubinária não detinham direitos aos alimentos e à sucessão paterna, embora já então, houvesse polêmica em sentido contrário e com o advento do Cristianismo, o concubinato e a prole daí advinda, como já fora

supramencionado, passaram a sofrer restrições ainda mais contundentes que só foram amenizadas pela possibilidade de legitimação dos filhos naturais por meio do casamento de seus progenitores, mas apenas aqueles filhos naturais advindos de pessoas desimpedidas, aqueles chamados “espúrios”, fruto de adultério jamais seriam vistos com bons olhos pela sociedade, ficando sempre a mercê de uma possível generosidade de seu genitor, sem que este tivesse obrigação de cunho material ou afetivo.

2.2. O filho “Ilegítimo” no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, apesar de já fazer parte do “novo século” XX, ainda trazia consigo heranças de patriarcalismo, pouco se falou em afetividade, tampouco em qualquer tipo de direitos quanto a filhos havidos fora do casamento.

O vínculo da paternidade, da maternidade e da filiação, quando considerado com relação, respectivamente, ao pai, à mãe e ao filho podia ser legítima, legitimada e ilegítima, conforme fosse a sua origem, ou seja, os filhos possuíam “classes” e conforme sua “posição” era seu tratamento, sendo que muitas vezes o vínculo jurídico era negado, ficando a ligação entre o genitor e seu filho restrita aos laços sanguíneos.

Os filhos poderiam ser legítimos, quando nascidos dentro do ambiente familiar, fruto do casal, devidamente casado e aqueles decorrentes de relações extramatrimoniais eram chamados ilegítimos e classificavam-se em naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos.

Os naturais, segundo lição de Silvio Rodrigues, seriam os nascidos de pais entre os quais não havia, à época da concepção, impedimento matrimonial decorrente de parentesco ou de casamento anterior, oriundo de pessoas desimpedidas para casar no momento em que foi concebido, fruto da união de pessoas não casadas ou desligadas da sociedade

conjugal (desquitadas), e entre as quais não havia incapacidade matrimonial em razão de parentesco.

Por sua vez Orlando Gomes oferece a seguinte lição:

Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condição superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse *status* com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito. (GOMES, online)

Os filhos espúrios, por sua vez, seriam os oriundos da união de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção, por laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados, ambos, ou um deles, apenas com outra pessoa. Duas seriam as espécies de filhos espúrios: os adúlteros e os incestuosos.

Os adúlteros seriam os nascidos de pessoas impedidas de casar em virtude de casamento com terceiros. O adultério poderia ser bilateral ou unilateral.

Os incestuosos seriam os nascidos de pessoas impedidas de se unirem por meio do matrimônio válido em razão de haver entre elas parentesco: natural, civil ou afim "na linha reta até o infinito e na linha colateral até o 3º grau", conforme rezava o artigo. 183 I a V do código Civil de 1916.

Orlando Gomes completa ainda que "o caráter incestuoso da filiação tem de apresentar-se no momento da concepção. Se o impedimento matrimonial surge depois, como por exemplo, o que resulta do vínculo de afinidade, o filho será simplesmente natural". (GOMES, online).

A adoção era o meio mais hábil do filho ilegítimo conseguir agregar direitos advindos do seu genitor, e por isso, era criticada por muitos civilistas, Washington de Barros Monteiro citou sobre o tema:

"trata-se de instituto olhado com reserva e prevenção, constituindo-se em objeto das mais contraditórias apreciações (...) além disso, através da adoção, podem ser introduzidos, na comunidade familiar, filhos incestuosos e adúlteros, burlando-se a proibição legal de seu reconhecimento e implantando-se assim a situação incompatível com a existência da família legítima". (MONTEIRO, 1986).

O artigo 355 do antigo Código Civil permitia o reconhecimento de filhos ilegítimos, que poderia ser feito pelo pai ou pela mãe, e obviamente, por ambos, contudo, excluía-se daí o reconhecimento de filhos incestuosos e adúlteros, pela redação do art. 358 do Código Civil de 1916.

Assim, observa-se que os filhos havidos fora do casamento não detinham direitos perante seus pais, nem material e muito menos afetiva ou convivência, os que por vezes conseguiram alguma assistência de qualquer tipo eram por pura benevolência do genitor, que legalmente não estava obrigado a nenhum apoio aos rebentos nascidos fora da família.

2.3. Inovações na família introduzidas pela Constituição de 1988

Durante o século XX o Brasil acompanhou as mudanças de comportamento e mentalidade que invadiram o mundo naquele século e acompanhando a nova ordem mundial que primava pelo estar social, a nova Constituição de 1988 trouxe profundas inovações com fins de banir qualquer resquício dos anos de Ditadura Militar, consagrando vários princípios basilares para a nova carta Magna, dentre eles o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A evolução do tema dos filhos havidos fora do casamento ganhou destaque na nova Constituição em virtude deste supra princípio, que tinha por fim humanizar o Direito em por consequência, as relações familiares.

O que se observa é que a família se converteu naquilo que naturalmente é e sempre deveria ser; o lugar de convivência, afeto, desenvolvimento e conquistas de cada um de seus membros como se fossem de todos.

Como célula mãe da sociedade, mostra-se a família, realizando o seu papel maior, que é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana no tratamento entre seus membros, cujos meios utilizados são senão a ausência dos preconceitos de origem e dos preconceitos de condição, deixando de lado a emissão de juízos de valor, para se instalar, agora, sobre derivações de um juízo de existência.

A Constituição provoca assim uma revolução não apenas normativa, mas uma revolução da mentalidade humana, no que tange à igualdade dos direitos dos filhos, como se observa da leitura do § 6º do art. 227 da CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

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

(...)

Tal dispositivo implica numa única resposta à pergunta sobre a categoria dos filhos hoje: a de que não existem mais discriminações sobre a

origem dos filhos, sejam eles adotivos, naturais do casal ou fruto de relações extraconjugais ou qualquer outro tipo de diferenciação de um filho para outro, perdeu-se completamente o sentido dos adjetivos legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos e espúrios.

Este pensamento é derivado claramente do princípio da dignidade da pessoa humana que busca resguardar os direitos básicos dos indivíduos desde a sua concepção, devendo todos os filhos do mesmo genitor serem garantidos de seus direitos, assim como seus pais, de suas obrigações paternas.

O casamento ou não-casamento dos genitores é irrelevante para classificar a situação jurídica dos filhos, que é única. O que é certamente o maior avanço, a conquista mais saudável, a maior justiça trazida pelo rompimento com a discriminação outrora existente, funda-se na ampla possibilidade de reconhecimento dos filhos havidos em circunstância extramatrimonial.

A família "tradicional" teve que ceder espaço a outros núcleos familiares essencialmente informais, desligados da antiga ideia intrínseca do casamento, que tem, no entanto, em comum, o traço do compromisso da comunhão, lealdade e da mútua assistência. Eis a lição de Maria Berenice Dias sobre o tema:

"Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação". (DIAS, 2009, p.43).

Assim, desde a promulgação do novo texto constitucional, todos os filhos podem ser reconhecidos, voluntária ou judicialmente, por via de ação pessoal, vitalícia, imprescritível, transmissível a herdeiros em algumas hipóteses, e independentemente de qualquer situação, restrição ou dúvida.

3. A OBRIGAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já devidamente explanado, a Constituição da República de 1988 trouxe profundas inovações no campo das relações familiares, a família contemporânea, constituída e reconhecida como núcleo da sociedade no art. 226 da Carta Magna Brasileira, perpassou por uma série de modificações até que se alcançasse a situação jurídica atual que contempla a solidariedade, afetividade dentre outros princípios resultantes da dignidade da pessoa humana, voltando-se para aspectos pessoais e deixando de lado o aspecto patrimonial que regeu a família durante séculos.

Dentre os novos desafios, faz-se presente a questão do abandono afetivo, ou seja, a não-prestação por parte dos pais, ou de um deles, da afetividade ao seu descendente, sendo esta concebida em todos os efeitos advindos do laço sentimental que une pais e filhos.

Questiona-se: seria esse abandono afetivo apto a gerar responsabilização civil dos pais perante os filhos? Qualquer que seja a resposta a essa pergunta, tem consequências jurídicas relevantes que estariam sendo trazidas à tona, sendo estas mesmas de indispensável análise pelos operadores do Direito, sob pena de haver todo um retrocesso jurídico diante da evolução trazida nos últimos anos.

A solidariedade e a afetividade são essenciais ao ambiente familiar, a convivência é a função social da família, é a convivência que irá moldar a afetividade e relação entre os familiares, desta forma, declinando aquele aspecto individualista que regeu as famílias durante séculos, sob a égide do Pater família.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado sendo fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da

paternidade responsável, nascendo automaticamente, uma gama de deveres legais para com os filhos, guiando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido a citação da jurista Maria Berenice Dias:

“Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo (DIAS, 2007, p. 608).”

É vedado ao pai ou à mãe negligenciar os deveres de cuidado, atenção, presença, convívio, educação e acompanhamento na formação da criança, sem que isso implique em graves danos ao menor e em violação de deveres constitucionais e infraconstitucionais.

Uma vez gerada a criança, não é facultado se arrepender da livre opção que exerceram, simplesmente abandonando afetivamente ou ignorando aquele ser que não pediu para vir ao mundo, ademais, os danos psicológicos e à personalidade que a ausência do genitor deixará no ser em formação são irreparáveis.

Contudo, o professor Henrique Guimarães explica que:

Evidente que quando falamos aqui do dever de convívio, não nos referimos exclusivamente ao convívio diário, até porque existem pais separados ou que nunca se uniram, mas do dever de acompanhamento e convívio próximo, orientando, protegendo, oferecendo suporte psicológico e segurança indispensáveis à formação da criança e do adolescente. O tipo abandono afetivo, que pode ocorrer mesmo que não exista o abandono material, em outras palavras, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável lançam deveres legais para além do mero atendimento material. Grifo nosso. (GUIMARÃES, online)

As observações feitas pelo Ilustre Doutrinador demonstra o entendimento geral dos civilistas de que a assistência aos filhos havidos fora do casamento ou fora do ambiente familiar não se esgotam na assistência material pois esses indivíduos são carentes de atenção afetiva como qualquer ser humano normal, que tem o Direito de conviver com seus pais.

Vê-se que o dever de assistência afetiva se desdobra no direito de convivência que os filhos têm, assim, a criança e o adolescente têm o direito de crescer com os dois pais, mesmo que estes separados.

Isto porque, como já fora exposto, a convivência familiar é essencial para a formação do indivíduo, sendo a ausência de um dos genitores um dano até mesmo irreparável para um filho.

A convenção dos Direitos da criança garante que “tem direito a manter regularmente relações pessoais e caráter direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”, isto releva que a convivência socioafetiva é a essência real da família, o direito da criança pressupõe um dever dos pais.

Ademais, a Constituição de 1988 é garantidora dos direitos dos filhos através dos seus princípios, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deriva todos os outros princípios que regem as relações familiares, visto que o tratamento humano que é destinado aos filhos havidos fora do casamento é refletido no direito de Convivência familiar, na solidariedade entre os membros da mesma família, na paternidade responsável e na igualdade entre filhos havidos dentro ou fora do casamento.

4. O ABANDONO AFETIVO DE PAIS COM RELAÇÃO A FILHOS NASCIDOS FORA DO CASAMENTO

Durante muito tempo, devido à consagração da família tradicional baseada no casamento e no modelo patriarcal, só estavam sob proteção financeira e moral aqueles filhos nascidos dentro do matrimônio, os chamados “filhos legítimos”, logo filhos adotados pelos casais e principalmente aqueles nascidos fora do seio familiar, em relações extraconjugais, ou de relacionamentos anteriores recebiam a alcunha de “bastardos” e, devido tal *status*, a maioria era desamparada legalmente por um de seus genitores, em geral, o pai, que na maioria dos casos só tinha a preocupação de esconder os filhos ilegítimos, sem que qualquer lei os obrigasse a dar-lhes assistência tanto financeira quanto afetiva e moral.

Com a crescente evolução, porem lenta, da família brasileira e seu conseqüente reflexo nas constituições e demais normas infraconstitucionais pátrias, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana e o dever de solidariedade alcançaram diversos ramos do Direito e o direito de família foi humanizado com a chegada de diversos princípios que passaram a reger as relações familiares, assim sendo, a igualdade entre os filhos foi substancial e um dos principais pontos modificados com a chegada do novo século, reflexo da modificação conceitual da família, agregando em tal conceito os filhos fora do casamento, inclusive aqueles fruto de relações extraconjugais.

4.1. Conceito de abandono afetivo

O termo abandono afetivo é bastante delicado de ser traçado, em virtude da noção que cada individuo tenha sobre o abandono.

Para muitos a assistência material já se mostra como um meio lógico de “presença” daquele pai, quando para outros, mesmo que conviva

diariamente com aquele genitor, a ausência afetiva é mais marcante do que a presença diária.

Diante disso, o abandono afetivo daqueles filhos havidos fora do casamento é primeiramente desvinculado do abandono material, mesmo que este também se configure. Devem ser coisas antagônicas, visto que neste caso o filho busca compensação por uma ausência sentimental, afetiva na sua criação.

É um desejo lógico analisando o ponto de vista que vislumbra o fato de que os filhos não devem ser punidos pelas atitudes dos pais, ninguém pediu para nascer em um ambiente hostil e a partir do momento que duas pessoas assumem o risco de procriar, assumem também a responsabilidade de amparar aquele indivíduo que vem ao mundo, responsabilidade esta inerente aos dois genitores que devem prestar não só a assistência financeira suficiente à criação dos filhos como também a assistência afetiva e moral.

O dever de dar assistência afetiva se desdobra no direito de convivência que os filhos têm, assim, a criança e o adolescente têm o direito de crescer com os dois pais, mesmo que estes separados. Isto porque, como já fora exposto, a convivência familiar é essencial para a formação do indivíduo, sendo a ausência de um dos genitores um dano até mesmo irreparável para um filho, acerca desse tema, Madaleno leciona que:

“Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.” (2009, p. 310)

Percebe-se nas situações de abandono afetivo a característica do abandono intencional, no descaso e omissão que resultam de sentimentos de rejeição, visto que muitos pais acabam descontando nos filhos os defeitos

da relação acabada, ou por sentimento de vingança que ocasiona a negligência afetiva.

A falta de genitor pode provocar a perda de proteção, companhia, afeto além dos recursos unicamente econômicos, resultando muitas vezes em delinquência juvenil e a demais fracassos em diversos setores para a pessoa no decorrer de sua vida.

4.2. Dos danos causados em virtude de abandono afetivo

A boa convivência familiar exteriorizado na forma do amor e da afetividade é um elemento essencial para a formação da personalidade qualquer individuo que queira ser bem integrado em sociedade, como bem assevera Gilseda Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. (Hironaka. 2006)

A ausência do pai na formação do filho pode causar prejuízos psicológicos que podem ir se intensificando no decorrer da vida pessoa lesada por esse tipo de trauma, isto se não encontrar alguém que preencha o vazio deixado por aquele pai/mãe que de forma voluntária restou ausente na vida do seu filho.

Rodrigo da Cunha Pereira, de forma objetiva, disserta sobre o tema:

O abandono material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonicos (.). **O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo**, a não-presença do pai no exercício de

suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção. **A ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive, como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas consequências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinquência juvenil, menores de rua e na rua etc.** E isto não é um fenômeno de determinada classe social. Certamente, nas classes menos favorecidas economicamente, o abandono material é maior, pois se mistura também com a questão política de abandono do Estado, que também exerce, em muitos casos, uma função paterna e de o "Grande Outro". **Esta ausência paterna e o declínio do *pater-viril* está acima da questão da estratificação social. É um fenômeno e consequência das transformações sociais iniciadas com a revolução feminista, a partir da redivisão sexual do trabalho e a consequente queda do patriarcalismo.** GRIFO NOSSO. (PEREIRA. 2005)

O ilustre autor tratou bem a temática ao relacionar os danos irreversíveis que o abandono afetivo pode repercutir na vida dos filhos, a sensação de ser deixado para trás ou colocado de lado em virtude sua origem pode resultar um problema de cunho irremediável, visto que com a falta de orientação devida e de uma presença firme que possa conduzir os filhos menores, estes tendem a ficar a mercê de seu próprio juízo de valor que por vezes carece de maior experiência, esta que deveria advir dos seus dois genitores.

4.3. Abandono afetivo na legislação

Faz-se importante ressaltar que não houve, por parte do legislador, nenhuma norma expressa quanto ao dever do amor, do afeto, e do apoio afetivo além do material, gerando daí a imprecisão quanto à obrigação do dever moral dos pais em proporcionar apoio afetivo aos filhos.

Contudo, segundo entendimento de boa parte da doutrina, representados pela Professora Maria Berenice Dias e pelo Professor Flavio Tartuce, a interpretação que se deve ter dos seguintes dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, é de que o dever de afeto deve ser

integrado às obrigações dos pais perante todos os filhos, dentre os quais se destacam:

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

(...)

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

No dispositivo constitucional acima transcrito verifica-se que todos os filhos, incluindo os não havidos no casamento, estão a salvo de qualquer forma de discriminação e negligência, logo a negligência afetiva encontra escopo não só na dignidade da pessoa humana mas também no dever de convivência e solidariedade do artigo 227, §6º da Carta Magna.

Também o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.638, inciso II, considerou, mesmo que por via “reflexa”, o princípio da afetividade, ao dispor que: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”, é o entendimento de Bonifácio Sousa que ainda segue complementando:

Desde logo, adianto que uma interpretação restritiva sobre a norma acima não se coaduna com a sistemática constitucional deste país. Lembro bem aqui do pensamento de Ferrara, para quem a interpretação devia ser objetiva e desapaixonada, equilibrada, porém não revolucionária, sem perder a audácia, mas sempre atenciosa e respeitadora da lei. (SOUSA. Online)

A redação do artigo 3º da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é inspirada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual é adotada no Brasil, também contempla o aludido princípio, vejamos:

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

Compreende-se logo que o termo "*abandono*" vai além do aspecto material, na relação entre os pais e seus filhos. O abandono afetivo é expressão de sentido bastante amplo, significa ir mais que privar os filhos de amor, carinho e ternura, representando acima de tudo, privação do direito de convivência, representa a omissão em sua forma mais genuína.

O mesmo que inclinar a mente infanto-juvenil a entender seus genitores como meros personagens da reprodução, figuras estanques e frias que a deixam por muito tempo ou mesmo por toda a vida a mingua de uma amizade pura, exilando-a a um desenvolvimento indigno, vulnerável e solitário.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico pátrio oferece uma gama de Direitos e Obrigações, os quais devem ser observados pela sociedade com fins de se manter uma ordem social.

A responsabilidade é senão o meio mais hábil nas esferas cível, penal, tributária, administrativa, etc., de se compensar os danos causados pelo descumprimento de alguma obrigação assim como um meio compensatório para aqueles que tiverem um direito lesado, sendo tal regra observada nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e art.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.

Segundo Maria Helena Diniz:

“A todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio que constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial que reclama a criação de soluções e remédios por parte do ordenamento jurídico, visto que o direito não poderá tolerar ofensas que fiquem sem reparação”.(DINIZ, 2007)

Por sua vez, Cavalieri Filho leciona que “a responsabilidade civil pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Assim, toda conduta humana, que violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, 2008) Tal obrigação está respaldada na máxima da não lesão a outrem, representando uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo.

Na lição de Rodolfo Pamplona Filho "é uma obrigação derivada de dever jurídico sucessivo de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências estas que podem variar de acordo com os interesses do lesionado." (FILHO. 2005 p.3)

Assim, compreende-se que a responsabilidade civil nada mais é do que uma forma de compensação, reparação ou até punição, que busca redimir alterações na gama dos direitos e obrigações.

Os efeitos da responsabilidade Civil podem ter cunho, além do meramente compensatório, caráter punitivo e pedagógico, variando os efeitos de sua aplicação de acordo com o caso concreto.

5.1. Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

A Responsabilidade Subjetiva é a regra geral do ordenamento jurídico pátrio brasileiro, e sua principal característica consiste na comprovação do elemento culpa na conduta do agente.

A culpa nesse caso é aquela entendida como culpa genérica, conceito que envolve tanto a conduta culposa (imprudência, negligência e imperícia) quanto à conduta dolosa (intenção do agente em praticar o ato).

Por sua vez, a responsabilidade objetiva, prevista de forma expressa no art. 927, do CC, a qual independe de comprovação de culpa do agente, devendo, contudo, haver um liame que ligue a conduta do agente a provocação do resultado, sendo fundamentada na teoria do risco e inspirada no art. 2.050 do Código Civil Italiano de 1942, como ensina o professor Flavio Tartuce. (TARTUCE, 2012, p. 476).

5.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os pressupostos necessários para que haja ensejo de indenização por responsabilidade civil são a existência de uma conduta comissiva ou omissiva voluntária, o dano moral ou patrimonial e o nexo de causalidade ligando um a outro.

5.2.1. Ação

A existência de uma ação comissiva ou ao menos omissiva voluntária é uma regra básica para o nascimento do direito de indenizar, resultante da prática de atos ilícitos ou lícitos, pois junto à culpa há o risco como fundamento do dever de indenizar.

O agente causador do dano deve ter uma conduta consciente e voluntária, já que, atos praticados sob coação e em estado de inconsciência não ensejam responsabilidade civil, assim como bem assevera o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, “também não ensejam responsabilidade Civil os danos praticados por fatos invencíveis, tais como tempestades, incêndios, terremotos, inundações e etc.”. (GONÇALVES, 2003)

Contudo, deve-se verificar se o agente tinha meios para agir de outra forma nas circunstâncias do caso concreto, se agiu como dolo ou com culpa ao assumir o risco de provocar o dano a terceiros ao agir com imperícia, negligência ou imprudência.

5.2.2. O nexo de causalidade

Para que a responsabilidade Civil seja configurada deve haver um liame que una a conduta do agente (ação) ao dano causado, isto é o nexo de causalidade.

Ao apurar a ocorrência da responsabilidade civil, deve-se apurar se o agente é ao menos culpado pelo resultado danoso, nas palavras do professor Flavio Tartuce:

“O nexu causal ou nexu de causalidade constitui elemento material ou virtual da responsabilidade civil, contribuindo a relação causa e efeito entre a conduta culposa e o risco criado e o dano suportado por alguém (.) pode-se imaginar que é um cano que liga os elementos da conduta e do dano. A responsabilidade mesmo que objetiva não pode existir sem a relação de causalidade entre dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo obrigação de indenizar”. (TARTUCE. 2012.p. 444/445)

Ainda no entendimento do professor Flávio Tartuce, as teorias que tentam oferecer soluções aos problemas envolvendo o nexu de causalidade, duas se destacam: a teoria da equivalência dos antecedentes, que não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos), sendo que se forem várias as causas do evento, todas serão levadas em consideração com o mesmo valor.

Já a teoria da causalidade adequada, nem todas as condições serão causas para o resultado, mas somente aquelas que forem mais adequadas à produção do evento.

5.2.3. O dano

A conduta do agente eivada de dolo ou culpa deve causar um dano de cunho patrimonial, material, moral, estéticos e etc.

A principio, não há indenização sem um dano comprovado, ficando o ônus de comprovação do dano a cargo do autor da ação, conforme aplicação do art. 333, I do CPC.

5.2.3.1. O dano moral

A reparação por danos morais veio consagrada na nova Constituição de 1988, em seu art. 5º, V e X, vejamos:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

(...)

V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X : são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Até então, o direito a indenização por dano moral não havia sido estipulada expressamente em uma Constituição Brasileira, mas apenas na legislação infraconstitucional como, por exemplo, da Lei da Imprensa (Lei nº 5250/67), que em seus artigos 49, I e 56, que previu a possibilidade de ocorrência de dano moral no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Para Limongi França, a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos de personalidade, sendo esta visão a que predomina na doutrina civilista brasileira e que também é defendida pelo professor Flavio Tartuce, que ainda ensina que "a reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial".

Daí porque nesse tipo de ação indenizatória por danos morais utiliza-se o termo "reparação" e não "ressarcimento".

5.3. A responsabilidade civil no direito de família

Assevera o art. 186 do Código Civil de 2002 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral terá a obrigação de indenizar.

As relações familiares não têm cunho patrimonial ou contratual, logo, não admitem a princípio uma sanção pelo descumprimento de seus preceitos, ou seja, a responsabilidade civil propriamente dita não atua diretamente sobre qualquer relação familiar.

Contudo, é cada vez mais crescente a inserção da responsabilidade civil no ramo do direito de Família, visto que com a chegada do novo Código civil surgiram tímidas decisões fundamentadas basicamente na doutrina, sendo que a legislação somente mostrou interesse em abordar o tema após inúmeras solicitações por parte da sociedade, o que é justo, pois sem demanda não haveria razão para se estabelecer normas específicas de determinado tema.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO

Os direitos dos filhos encontram-se resguardados constitucionalmente sob a forma dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), direito a convivência familiar (art. 227, caput da Carta Magna), paternidade responsável e planejamento familiar (previstos no art. 226, § 7º da Constituição Federal), assim como o princípio da isonomia entre os filhos que veda qualquer discriminação com relação à origem da prole.

Com a separação dos genitores, ou mesmo quando estes nunca conviveram (casos de famílias monoparentais e dos filhos nascidos fora do matrimônio), em que pese os deveres inerentes ao poder familiar permanecerem inalterados, muitos pais negligenciam afetividade a seus rebentos, se preocupando apenas com a assistência material, nas vezes que isso acontece, e abandonando-os afetivamente.

Esta situação de negligência, como já fora explanado, pode causar nos filhos traumas e danos psicológicos que podem desencadear maiores problemas com o tempo, dispendo a legislação civil e as regras do Direito de Família de mecanismos próprios para punir os genitores descumpridores da autoridade parental, como a pena da perda ou suspensão do poder familiar.

Contudo, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, do afeto da paternidade responsável e da isonomia perante outros irmãos, (quando se é o caso) estes filhos que alegam serem vítimas do abandono afetivo têm ingressado judicialmente com o intuito de serem ressarcidos civilmente por seus pais pelos danos psíquicos causados pela privação do afeto e do convívio na sua formação.

Existem na atualidade projetos de lei que visam regular a matéria, dentre eles o Projeto de Lei nº 700, que se encontra em tramitação na

Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, de modo a garantir a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos.

Este projeto pretende acrescentar ao art. 5º do mencionado Estatuto o seguinte parágrafo único:

Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Outro projeto de lei que trata do abandono afetivo é o de nº 4294/2008, em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende acrescentar parágrafo único ao art. 1632 do Código Civil de modo a estabelecer a indenização por dano moral nestes casos.

No entanto, esta responsabilização civil por abandono afetivo é controversa na doutrina e jurisprudência pátria, porque muitos doutrinadores consideram que a indenização não surtiria o efeito de aproximar pais e filhos, não havendo efeitos práticos nesta medida em razão de inexistir o dever jurídico de amar, como veremos a seguir.

6.1. Argumentos favoráveis ao dever de indenizar

Para esta corrente, encabeçada por autores como Rolf Madaleno (2009) Maria Berenice Dias (2009) e pelo Professor Flavio Tartuce (2012), subsistem razões a possibilidade de reparação pela omissão do afeto parental, pois a indenização nestes casos não tem mais nenhum propósito de compelir o restabelecimento ou recuperação do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de contato e de afeto paterno ou materno.

Esta pretensão por danos de ordem moral visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para recuperar, visto que a falta de convivência desestimulou qualquer semente de afeto que pudesse ligar o filho ao genitor faltoso.

Maria Berenice Dia cita que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de reparação” (DIAS, 2009, p. 416).

Neste mesmo diapasão explana Silva

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” - como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave. (SILVA, 2004)

Em uma decisão inédita, o STJ condenou um pai a pagar R\$200, 000 (duzentos mil) reais à sua filha por abandono afetivo, alegando que “amar é faculdade, cuidar é dever.”.

Com essa frase, da ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais, e ainda acrescentou:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança(...) E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não”, acrescentou a ministra Nancy. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário

da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”, ponderou a ministra. O amor estaria alheio ao campo legal, situando-se no metajurídico, filosófico, psicológico ou religioso. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação”,

No caso analisado, a ministra ressaltou que a filha superou as dificuldades sentimentais ocasionadas pelo tratamento como “filha de segunda classe”, sem que fossem oferecidas as mesmas condições de desenvolvimento dadas aos filhos posteriores, mesmo diante da “evidente” presunção de paternidade e até depois de seu reconhecimento judicial, “alcançou inserção profissional, constituiu família e filhos e conseguiu ‘crescer com razoável prumo’. Porém, os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna perduraram”.

Para Gisela Hironaka “caso o distanciamento intencional e voluntário dos pais cause danos à figura dos filhos, a responsabilização civil seria uma forma de compensar este sofrimento e punir o genitor infrator, além de alertar os demais genitores para as consequências destes atos” (HIRONAKA, 2011, online).

Convém ressaltar que o que enseja reparação é o descumprimento do dever jurídico de conviver com o filho e não a falta de afeto em si. É, neste sentido, a lição de Wladimir Paes de Lira, ao dispor que:

O dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente. (LIRA, online)

Sob essa perspectiva, depreende-se que a convivência familiar decorre do cuidado, do afeto, da atenção proporcionada pelo pai ao filho, sobretudo nos momentos em que ele se sente mais carente, como em datas comemorativas. Portanto, convivência familiar não implica em coabitação, mas no dever que o pai tem de continuar presente na vida do filho não apenas fisicamente, mas também moralmente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que foi estudado e debatido objetivamente na presente monografia, é possível concluir que a Constituição de 1988 trouxe profundas mudanças para o conceito jurídico da família brasileira, estabelecendo dentre as principais alterações a igualdade entre cônjuges, filhos, advindos ou não do casamento, o reconhecimento da união estável e da família monoparental e a proteção integral a crianças e adolescentes.

A evolução da família evoluiu para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, trazendo consigo a afirmação de uma feição fundada na ética, na afetividade e na solidariedade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao lado da afetividade, o princípio da paternidade responsável, estabelecido no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal e posteriormente com o novo Código Civil, reconheceu todos os filhos como iguais, sujeitos de direito fundamentais, merecedores de proteção por parte da família, sociedade e Estado em razão de sua condição de ser humano em formação, dotadas de necessidades tanto de cunho alimentar, quanto de afeto, carinho e convívio para o seu pleno desenvolvimento.

Neste diapasão, a paternidade deve ser compreendida de modo responsável, um ato cercado de consciência, de modo a resguardar os direitos assegurados constitucionalmente aos filhos, até porque a formação do ser humano resulta de bom ambiente familiar, principalmente na infância e adolescência.

Destarte, é preciso restabelecer as regras parentalidade responsável, com fins de provocar uma mudança de cultura numa sociedade onde muitos pais só exercem a paternidade aos filhos nascidos dentro do seio familiar, ou negligenciam aqueles frutos de relacionamentos esporádicos, reflexo da péssima convivência entre os dois genitores.

Desta forma, o que se almeja com estas ações de indenização é a compensação pela privação de convivência a que foi sofrida a parte lesada, que busca de certa forma, uma punição aquele genitor ausente e também mostrar à sociedade que tais comportamento estão sendo coibidos pela nova visão dos operadores do Direito, de acordo com os ditames estabelecidos pela Carta Magna. O planejamento familiar e a paternidade responsável devem ser incentivados e facilitados pelo Direito, bem compreendidos para que os filhos não sejam negligenciados por aqueles que não querem ou não tem interesse em exercer o papel de pai/mãe.

Certamente esta conscientização do verdadeiro papel dos genitores na formação de crianças e adolescentes contribui para a defesa do bem estar dos filhos e seu desenvolvimento em um ambiente sadio e equilibrado, tornando-os adultos melhores, não se nega tal fato e o instituto da responsabilidade civil penetra no direito de família justamente para tentar evitar a impunidade frente aos atos considerados ilícitos, a exemplo do abandono afetivo que, para uma parcela da doutrina, configura desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados.

Defende-se que cabe esta indenização desde que comprovada a conduta nociva do genitor (intencional ou decorrente da negligência ou imprudência), o dano aos direitos da personalidade dos filhos e o nexo entre a conduta e o dano, ou seja, não é qualquer abandono que gera a obrigação de indenizar, sob pena de banalização destas ações.

Conclui-se que a reparação nestes casos tem o condão de compensar o filho ofendido, ao passo que representa também uma sanção para o genitor causador do dano e um alerta para outros pais, no sentido de desestimular esse tipo de comportamento, prevenindo comportamentos repulsivos por parte de pais faltosos, promovendo com isto, uma nova concepção de família e sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Senado, DF, 1990.

CAMARGO NETO, Leodureto de Almeida. **Responsabilidade por dano afetivo.** In: **TAVARES DA SILVA,** Regina Beatriz (Coord.) **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio: **Programa de Responsabilidade civil.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Responsabilidade civil no Direito de Família.** XII Jornada de Direito de Família, Rio de Janeiro: COAD, Edição Especial, fevereiro, 2005.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica.** *Belo Horizonte:* Del Rey, 1997.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível no site: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em 04 de Janeiro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 7º volume: **responsabilidade civil,** 21 ed, São Paulo: Saraiva, 2007

GAGLIANO, Pablo Stolze; **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Princípios constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUIMARÃES, Henrique. **RESPONSABILIDADE familiar, abandono e indenização**. Disponível em: <http://www.bahiaja.com.br/direito/noticia/2013/05/27/>, acessado em 05 de Janeiro de 2014.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 15 jan. 2014

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.37.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros; **TAVARES DA SILVA**, Regina Beatriz, **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado chega ao STJ. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/19 – Dez/Jan 2011 – Porto Alegre: Magister.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 4. *Responsabilidade Civil.* 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito das Famílias.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2010.

SILVA, Cláudia Maria Teixeira. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. In Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº 25 - Ago-Set 2004. Porto Alegre: Magister.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil Volume Único.* 2º ed. Editora Forense; São Paulo. 2012.