

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOPSICOLÓGICA DO ABANDONO AFETIVO:
ESTUDO DO RESP Nº 1.159.242 – SP.**

JUIZ DE FORA

2013

LETÍCIA FERNANDES DE PAULA QUEIROZ

ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOPSICOLÓGICA DO ABANDONO AFETIVO:

ESTUDO DO RESP Nº 1.159.242 – SP.

Monografia apresentado pela discente Letícia Fernandes de Paula Queiroz como trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Professora orientadora: Kelly Cristine Baião Sampaio

JUIZ DE FORA

2013

LETÍCIA FERNANDES DE PAULA QUEIROZ

ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOPSICOLÓGICA DO ABANDONO AFETIVO:

ESTUDO DO RESP Nº 1.159.242 – SP.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a. Eliana Perini
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr^a Kelly Cristine Baião Sampaio
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
2013

Aos Nossos Filhos

Elis Regina

Perdoem a cara amarrada,
Perdoem a falta de abraço,
Perdoem a falta de espaço,
Os dias eram assim.

Perdoem por tantos perigos,
Perdoem a falta de abrigo,
Perdoem a falta de amigos,
Os dias eram assim....

Perdoem a falta de folhas,
Perdoem a falta de ar
Perdoem a falta de escolha,
Os dias eram assim...

E quando passarem a limpo,
E quando cortarem os laços,
E quando soltarem os cintos,
Façam a festa por mim...

E quando lavarem a mágoa,
E quando lavarem a alma
E quando lavarem a água,
Lavem os olhos por mim...

Quando brotarem as flores,
Quando crescerem as matas,
Quando colherem os frutos,
Digam o gosto pra mim...

Digam o gosto pra mim...

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
1. DIREITO DE FAMÍLIA EM PERSPECTIVA	13
1.1 CONTEÚDO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	13
1.2 IMPORTANTES TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-SOCIAIS QUE MUDARAM A CONCEPÇÃO DE DIVERSOS INSTITUTOS DO DIREITO:	14
1.3 O PODER FAMILIAR:	19
1.4 A FAMÍLIA ATUAL NA CONSTITUIÇÃO	24
2. DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	27
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES.....	27
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	28
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	29
2.2.2 Princípio da afetividade	31
2.2.3 Planejamento Familiar e Paternidade Responsável	33
2.2.4 Princípio da Solidariedade	35
2.2.5 Princípio da Igualdade	35
2.2.6 Princípio da proteção Integral da Criança e do Adolescente	36
2.3 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	37
2.4 DA IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS	40
2.5 DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	43
3. O ABANDONO AFETIVO	47
3.1 PRINCIPAIS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO ABANDONO	47
3.1.1 Pais presentes e possibilidade de configuração do abandono afetivo.....	47
3.1.2 Pais separados, guarda e direito de visita à luz do abandono afetivo.....	48
3.1.3 Desconhecimento da existência da prole versus abandono deliberado.....	50
3.2. CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS: DESENVOLVIMENTO PSICOSSOCIAL DA CRIANÇA E CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO	51
4. A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	59

4.1. NOÇÕES BÁSICAS.....	59
4.2. A RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO.....	62
4.3. ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR E SUA APLICAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO.....	68
4.3.1. Dano	68
4.3.2. Culpa	70
4.3.3. Nexo de causalidade	75
5. ESTUDO DE CASO: RESP. Nº 1.159.242 – SP	78
5.1. A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	78
5.1.1. O caso:	79
5.1.2. O acórdão:	80
5.2 A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	85
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	92
REFERÊNCIAS ON LINE	94

*Dedico este trabalho aos meus pais que sempre foram e continuarão a ser a minha
fortaleza.*

RESUMO

A presente monografia desenvolve a perspectiva de uma parentalidade responsável, em respeito aos princípios fundamentais referentes às crianças e adolescentes previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a assegurar o desenvolvimento saudável dos filhos menores, coibindo qualquer forma de negligência, principalmente a afetiva. Para discutir o tema realizou-se pesquisa bibliográfica e documental em obras clássicas e contemporâneas, tanto específicas da área do direito, quanto da sociologia e psicologia. O foco primordial deste trabalho é o abandono afetivo e a responsabilização civil do genitor. Inicialmente, apresenta-se o conteúdo histórico-evolutivo do conceito de família, desde a visão patriarcal à visão contemporânea da família. A seguir é feita uma breve análise do Código Civil de 2002, com considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, que refletiu a mudança do enfoque do menor antes visto como objeto de interesse dos adultos e hoje tratado como sujeito de direitos, digno de proteção integral e prioridade absoluta. Será analisado os principais princípios constitucionais afetos ao tema, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção integral a crianças e adolescentes, da paternidade responsável e do afeto, além do direito e importância da presença dos pais na vida do filho. Num segundo momento, realiza-se uma análise sobre tipos de manifestações do abandono afetivo e as principais consequências sócio psicológicas. Inaugurando a questão da responsabilidade civil discute-se sobre a sua incidência nas relações de afeto, mormente sobre as relações paterno-filiais. Por fim, é feito um estudo sobre a inédita decisão do STJ, favorável a tese, que incidiu como marco teórico gerando repercussões no meio jurídico, bem como impulsionou o Projeto de Lei 700/07 que prevê a criminalização do abandono afetivo no ECA. Neste ponto, o trabalho apresenta, ainda, críticas e explanações sobre outros casos polêmicos no direito.

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

ABSTRACT

This monograph develops the perspective of a responsible parenthood, respect for the fundamental principles relating to children and adolescents under the Constitution of 1988 and the Statute of Children and Adolescents, to ensure the healthy development of young children, deterring any form of neglect, mainly affective. To discuss the issue was held bibliographic and documentary research in classical and contemporary works, both the specific area of law, as sociology and psychology. The primary focus of this work is emotional abandonment and civil liability of the parent since proven harm to mental and moral integrity of children. Initially, it presents content-evolutionary history of the family concept from vision to vision contemporary patriarchal family. Below is a brief analysis of the current Civil Code, with considerations on the Status of Children and Adolescents, which reflected a shift in the focus of the minor before seen as an object of interest to adults and now treated as a subject of rights worthy of protection full and absolute priority. Will analyze the main constitutional principles sympathetic to the issue, highlighting the principle of human dignity, of full protection to children and adolescents, responsible parenthood and affection, and the right and importance of the presence of parents in the child's life. Secondly, we make an analysis on types of manifestations of emotional neglect and major social psychological consequences. Inaugurating the issue of liability is discussed about its impact on relations of affection, particularly on relations paternal-branches. Finally, a study is done on the unpublished decision from the Supreme Court, in favor of the thesis, which focused as theoretical generating repercussions in the legal and boosted Bill 700/07 which provides for the criminalization of emotional abandonment in the Child and Adolescents. At this point, the work also presents criticisms and explanations about other controversial cases in law.

Keywords: Human Dignity. Responsible Fatherhood. Psychosocial consequences. Liability. Emotional abandonment. Resp. No. 1.159.242 - SP.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família tem se tornado, na contemporaneidade, um direito mais humanizado e, sem se despreocupar completamente das questões patrimoniais decorrentes das relações familiares, tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais, com a preocupação primordial de reconhecer à família a condição de “*locus privilegiado*”¹ para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos (sujeitos de direito) mais completos e psicologicamente melhor estruturados.

Se preocupa, ainda, em aprender a manejar juridicamente esta nova realidade, valendo-se para tanto de informações importantes e relevantes trazidas por outras ciências de enfoque social. A família, enquanto realidade social e antropológica, psicologicamente organizada, exige uma apreciação e cuidados condizentes, por parte dos juristas, que passa, sem dúvida, pela determinação dos papéis que cada membro do grupo familiar deve ocupar com vistas à boa conformação das relações ali vivenciadas e dos vários feixes de relações jurídicas que partirão daquela família, por meio da participação social dos membros do grupo.

No presente trabalho procurar-se-á demonstrar a questão da importância da família, sobretudo, para a formação psicossocial dos filhos. O que precisará da ajuda de outras ciências, principalmente da psicologia e sociologia.

Sendo a família o núcleo básico da sociedade, no sentido de ser uma parte que pertence ao todo, é neste campo que se focam parte dos estudos sobre a evolução sociológica. Aqui, precisar-se-á, no capítulo 1, o estudo de como se deu a mudança cultural da concepção da família patriarcal para a família contemporânea, apontando os aspectos históricos que repercutiram para uma transformação no pensamento social. Por fim, neste mesmo capítulo, iremos demonstrar aspectos civis-constitucionais do ramo, bem como da nova concepção de família multifacetária pautada na união pelo afeto e na igualdade entre os membros, tendente à busca da realização pessoal de cada um dentro do grupo.

¹ Expressão usada por Christiano Cassetari. CASSETARI, Christiano. **Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais**. Disponível em: < http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_responsabilidade_civil_dos_pais_por_abandono_afetivo_cassetari.pdf > acesso em: setembro de 2012

A Constituição Federal de 1988 assegura que a família é a base do Estado, sendo assim, não poderia ser diferente todo o aparato normativo voltado a segurança das crianças e adolescentes, visto que são os seres mais vulneráveis dentro da relação familiar. Para tanto, o Estado criou o que a doutrina denomina de “doutrina da proteção integral da criança e do adolescente” baseada em um aparato normativo constitucional e infraconstitucional, que abrange princípios e regras, encontradas, mais especialmente no Código Civil brasileiro de 2002, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para se delinear sobre o tema, o capítulo 2 do presente trabalho tratará, especificadamente, sobre os principais tópicos referentes a proteção da criança e do adolescente, sobretudo no que tange à convivência familiar, a importância da presença dos pais na formação da pessoa humana dos filhos e o princípio do melhor interesse da criança.

Adentrando na temática central do trabalho, o capítulo 3 abordará sobre o abandono afetivo, demonstrando as principais formas de manifestação no seio familiar, como também nos casos em que não há família constituída ou esta, quando existente, é desconstituída, bem como nas situações em que o pai desconhece a existência da prole. Além das principais situações em que se dá o abandono, o presente trabalho se diferenciará por apresentar um estudo sócio psicológico do desenvolvimento da criança e da importância dos pais nas fases iniciais da vida e, posteriormente, abordará as principais consequências do abandono na vida do filho e seus reflexos na condição social do mesmo.

Comprovado o problema central, o capítulo 4 iniciará a análise da responsabilidade civil destacando a responsabilidade civil por abandono afetivo do filho, onde será explanado cada um dos pressupostos: dano, culpa e nexo de causalidade.

Por fim, o capítulo 5 trará a análise de um caso real que originou o RESP Nº 1.159.242 – SP, que se destaca por ser a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça julgou a favor da responsabilização civil paterno-filial. A inédita decisão representou um marco histórico para a teoria da responsabilização no seio familiar, evoluindo o instituto, e repercutindo polemicamente na sociedade jurídica.

Interessante notar que a decisão reabriu as discussões sobre o projeto de Lei de autoria do senador licenciado Marcelo Crivella (PRB-RJ), que propõe a

prevenção e solução de casos “intoleráveis” de negligência dos pais para com os filhos, visando estabelecer que o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passe a vigorar acrescido do artigo 232-A, que prevê pena de detenção de um a seis meses para “quem deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de 18 anos, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social”.²

O estudo do tema abandono afetivo demonstra-se importante em outros casos polêmicos do direito de família, como é o caso do pai que ajuíza ação negatória de paternidade depois de decorridos anos de convívio com o filho, além de se opor ao princípio da boa-fé no âmbito das relações civis, frustra a expectativa do filho, no sentido de que, será rompido o laço paterno-filial após o envolvimento de afetividade e confiança, característicos da relação paterna, gerando, igualmente, a sensação de abandono e rejeição naquela criança, ou mesmo adulto, já que a ação negatória de paternidade, conforme o art. 1601 do CC é imprescritível.

Questões como estas, nos leva a questionar a liberalidade do direito em prejuízo dos sentimentos humanos, sobretudo, das crianças, seres frágeis em desenvolvimento, que podem sofrer traumas psíquicos difíceis de reparar, principalmente diante de situações irresponsáveis e negligentes, de adultos que só pensam em seus interesses e acham que apenas a pensão alimentícia formará uma pessoa.

No trabalho será apresentado exatamente a necessidade do cuidado, companheirismo, educação, convivência, para o desenvolvimento saudável da criança, como pessoa humana e sujeito de direito inserido na sociedade.

² Agência Senado retirado em: < <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/01/16/abandono-afetivo-de-filhos-pode-virar-crime> > acesso em: 04 mar 2013

1. DIREITO DE FAMÍLIA EM PERSPECTIVA

Para iniciarmos o presente trabalho, se faz necessária uma abordagem concisa sobre o direito de família, bem como uma breve análise sobre a origem da família e a sua evolução até a família contemporânea. Será relevante também, que nesta fase introdutória, sejam analisados pontos essenciais que servirão de aporte teórico ao estudo do tema principal, tais como, a evolução e constitucionalização do direito de família, princípios atuais e uma breve abordagem sobre o poder familiar, a fim de se demonstrar a concepção da família atual baseada no afeto.

1.1. CONTEÚDO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Inexistem dúvidas de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é a que precede a todos os demais, como fenômeno social e biológico que antecedeu a qualquer norma jurídica, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos e perspectivas científicas, numa espécie de “paleontologia social”³.

O objeto do Direito de Família é a própria *família*, embora contenha normas relativas ao direito assistencial. E por sua constante evolução, vários são os conceitos de Direito de Família.

Orlando Gomes (2001, p.10) entende que o Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.

Já para Maria Helena Diniz (2004, p.15) o Direito de Família é o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistenciais, pois, embora, a tutela e a curatela não advenham de relações familiares, têm, devido à sua finalidade, conexão com o direito de família.

As constantes evoluções neste ramo refletem as modificações na noção de família. No Direito Romano denominava-se família a reunião de tudo quanto se achava submetido ao domínio e poder de uma só pessoa, tal pessoa era considerada como um todo, uma universalidade, sendo denominada *paterfamilias*.

³ Nessa esteira, Nelson Rosenvald, Christiano Chaves de Faria e Caio Mario da Silva Pereira.

A família patriarcal, salvo raras exceções, era constituída e reconhecida essencialmente pelos laços biológicos advindos do casamento. Sua função primordial era a preservação do *status* social consubstanciado no poder econômico, político e religioso.

Cláudia Maria da Silva retrata, com exímia propriedade, a característica da estrutura familiar dos tempos mais remotos, realçando o seu salutar caráter patriarcal:

O elo familiar era voltado apenas para a coexistência, sendo imperioso para o “chefe” a manutenção da família como espelho de seu poder, como condutor ao êxito nas esferas política e econômica. Os casamentos e as filiações não se fundavam no afeto, mas na necessidade de exteriorização do poder, ao lado – e com a mesma conotação e relevância – da propriedade. (SILVA, 2004, p.128).

Pondera ainda que:

Os vínculos jurídicos e os laços de sangue eram mais importantes e prevaleciam sobre os vínculos de amor. O afeto, na concepção da família patriarcal, era presumido, tanto na formação do vínculo matrimonial e na sua manutenção como nas relações entre pais e filhos. Quando presente, não era exteriorizado, o que levava a uma convivência formal, distante, solene, substanciada quase que unicamente numa coexistência diária. (SILVA, 2004, p.129).

Com as transformações político-sociais, vivencia-se a uma repersonalização ou despatrimonialização da entidade familiar, o enfoque agora é na pessoa que a integra e não na unidade patrimonial, que pairava na produção e no status social. Para uma adequada compreensão dessas transformações, requer-se discorrer, sucintamente, acerca do Poder Familiar.

1.2. IMPORTANTES TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-SOCIAIS QUE MUDARAM A CONCEPÇÃO DE DIVERSOS INSTITUTOS DO DIREITO:

As transformações pelas quais passou e passa a sociedade repercute no Direito. E tais transformações só “adquirem significado somente em relação a determinado contexto”⁴. E de fato, diversas são as circunstâncias, características do

⁴ Expressão usada por Maria Celina Bodin de Moraes** Constituição E Direito Civil: Tendências. in: Revista dos Tribunais, n. 779, 2000, pp. 47-63.

progresso científico, que levaram à disseminação de uma “incerteza”⁵ em relação a parâmetros tradicionais e consolidados do séc. XVIII; e que vêm propondo a criação de novos valores, produzindo, assim, novas e aceras discussões jurídicas, a ponto de se entender estabelecido um novo paradigma: o da chamada pós-modernidade.

Maria Celina Bodin de Moraes apresenta em seu trabalho “*Constituição e Direito Civil: Tendências*” três circunstâncias especiais que fundaram a mudança de paradigma, cada uma referente a uma espécie de inovação da sociedade.

A primeira circunstância é a constatação da impossibilidade de dominar as consequências da tecnologia, em suas mais amplas dimensões espaço-temporais, que configuram “situações-problema” cujos limites não poderão ser decididos pelos próprios biólogos, físicos ou médicos, devendo resultar de opções ético-político-jurídicas da sociedade. Os exemplos são da mais diversa ordem, mas bastará citar os avanços tecnológicos em relação à clonagem de seres humanos para que se perceba o alcance desta problemática.⁶

A segunda circunstância é o que se denominou de “explosão de ignorância”, devida à imensa e monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal, o que faz crescer ainda mais o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas.

Uma terceira circunstância, mais fluída, refere-se ao fato de que a acumulação de tão profundos conhecimentos sobre o mundo, não aumentou a sabedoria do mundo e a sabedoria da pessoa em relação a si mesma, assim como em relação aos demais e à natureza. Segundo a autora, a hegemonia incondicional do saber científico, fez com que se marginalizassem outros saberes, tais como o

⁵ O termo “incerteza” carrega significação contextual, no sentido de que as transformações pelas quais passam as normas denotam inseguranças, no sentido de que seguro, é o período em que os códigos regem sem precisar de maior reflexão, como normas de silogismo lógico. Um dos fenômenos mais relevantes da época atual, que pode ser visualizado especialmente no âmbito das Ciências Humanas e Sociais é o que se convencionou denominar de “crise generalizada da razão prática”. Segundo o filósofo do direito E. Denninger pode-se, com efeito, encontrar os fundamentos das marcantes diferenças entre o Direito da época das Luzes e da Revolução francesa e o Direito atual justamente nisto: no fato do “fim da razão prática universal”, daquela razão, fonte privilegiada do direito privado, a que se referiu Kant como sendo um fonte permanente, racional e ideal, que se baseia “exclusivamente em princípios a priori, por meio da razão,” assinalando-se aí o início de uma nova era: uma era de incertezas, de instabilidades, ou seja, de reflexões. In: Maria Celina Bodin de Moraes** *Constituição E Direito Civil: Tendências**

⁶ Exemplo retirado no trabalho da autora citada.

saber religioso, o mítico, o literário, o poético, o político etc., cujo somatório, em épocas anteriores, havia contribuído para a construção da sabedoria prática que, embora restrita às camadas privilegiadas da sociedade, tornou possível a formulação das respostas necessárias à convivência coletiva. Aponta ainda que a fusão entre ciência e tecnologia reduziu o entendimento da ciência como pura produção de conhecimentos e técnica aplicada. Gerando uma relação “saber-poder”, na qual se abandonou, praticamente, a busca do conhecimento pela busca do Poder. Segundo a autora: “já não se adquirem instrumentos científicos e técnicos para descobrir a verdade científica, mas para ampliar o poder de dominação”. (DE MORAES, 2000, p. 50)

Por outro lado, contudo, considera-se que a “incerteza”⁷ tenha acarretado um grande benefício, que, em perspectiva histórica, originou-se no séc. XX, quando, pela primeira vez na história da humanidade, o desenvolvimento tecnológico alcançou um nível insuportável que gerou o risco da autodestruição da espécie humana e do planeta. Depois da Segunda Guerra Mundial, as pessoas amedrontadas refletiram os avanços de uma tecnologia destrutiva, e assim, um benefício nasceu: a solidariedade. Este sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas humanas, é novo, não existia no passado. A proximidade com o total caos plantou a semente criadora de uma nova consciência moral e ética. As grandes transformações, oriundas desta inovação, não se deram apenas em nível tecnológico, mas, sobretudo, a respeito das concepções culturais. Foi no decorrer deste século que os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais foram globalmente difundidos, que o racismo, o preconceito e a intolerância passaram a ser malvistas, considerados como comportamentos socialmente “incorretos”.

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes (2000, p.51):

⁷ Incerteza entendida como a deturpação das instâncias dos saberes, em íntima conexão com o fim da generalização dos conteúdos da razão prática (isto é, da ética) está o enfraquecimento, por vezes a desintegração, de modelos tradicionais, relativos à formação das identidades coletivas, como o Estado Nacional (basta pensar na União Européia), as classes sociais, as crenças religiosas, os Partidos Políticos, os sindicatos. Este fenômeno acarreta, ainda, que categorias clássicas do direito constitucional, tais como “bem comum”, “interesse público”, “soberania”, “lei”, “direitos fundamentais” precisem ser repensadas. Do mesmo modo, como se verá, igual necessidade se impõe com relação aos conceitos tradicionais do direito civil. (in: Maria Celina Bodin de Moraes. **Constituição E Direito Civil: Tendências***)

Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a ideia de que todos são iguais e, porque “filhos do mesmo Pai”, deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis.

Muitas mudanças ocorreram desde o século das luzes até a chamada pós modernidade, em primeiro lugar, como foi ressaltado, o “mundo da segurança” do séc. XVIII cedeu a um mundo de inseguranças e incertezas; em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas mudanças anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana.

Como Maria Celina aponta em seu texto, foi a partir do nascimento da concepção da dignidade da pessoa humana que se iniciou toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, desde a aplicação da lei pelos juízes até e, principalmente, na consciência moral da sociedade.

Advirta-se, antes do mais, que há sempre defasagens entre a nova consciência social (teoria) e o comportamento que dela é resultante (práxis), entre os valores apregoados e a prática quotidiana, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado. De fato, na medida em que as transformações têm características estruturais, o sistema de direito privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturantes. Para a adequada e coerente reconstrução do sistema impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.

Enquanto o Código Civil brasileiro tutela, principalmente, os bens dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente – posterior à promulgação da Constituição de 1988 – protege, de modo integral, a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento; enquanto para o Código a propriedade é o direito subjetivo maior; para a Constituição, a tutela deve ser dada à função social que ela

cumprir; enquanto para o Código Civil todos os contratantes são iguais e os particulares têm liberdade para contratar o que quiserem com quem desejarem, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor é merecedor de especial proteção, elevando ainda a boa-fé (objetiva) a princípio diretivo das relações de consumo.

E mais: enquanto o Código Civil dá poderes ao marido para chefiar a família, considerada como um valor em si mesma, a Constituição faz com que a família só deva ser protegida como ambiente no qual a personalidade de seus membros se desenvolva harmoniosamente; enquanto o Código tem por cláusula geral a responsabilização decorrente da culpa, significando dizer que alguém somente pode ser responsável civilmente se agiu de acordo com sua vontade, a Constituição e diversas leis especiais consagram o sistema da responsabilidade objetiva, estabelecendo o dever de indenizar independentemente de qualquer comportamento do causador do dano, valorizando a pessoa da vítima, a qual jamais deve permanecer irressarcida.

A propósito, no âmbito das relações jurídicas existenciais, são importantes consequências da consolidação do novo paradigma, representado pela dimensão maior do princípio da dignidade da pessoa humana, o significativo desenvolvimento, nos últimos tempos, dos direitos da personalidade e a extensa ampliação do rol de hipóteses de dano moral, reconhecidas jurisprudencialmente, com a atribuição de indenizações cada vez mais relevantes sob a orientação de que a lesão dos direitos relacionados com a personalidade é mais grave do que a violação a interesses patrimoniais. Do mesmo modo, e diversamente do que ocorre com a indenização dos danos materiais, a liquidação dos danos morais deve atender, segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias, a um duplo objetivo: o de compensar a vítima e o de punir o autor do dano (o chamado caráter punitivo ou sancionatório do dano moral), característica esta última que somente se justifica se se tem em mente o valor (superior) do interesse lesionado.

Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias.

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes (2000, p. 60) aponta:

Por isto, neste novo cenário, passam a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade.

É neste cenário que temos que reconhecer a dimensão atribuída pelo ordenamento ao princípio da dignidade humana. Com efeito, este é o princípio ético-jurídico capaz de atribuir uma unidade ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social.

Conforme Maria Celina (2000, p.60):

Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos.

De fato, a imposição da solidariedade, desmedidamente, anula a liberdade, da mesma forma, a liberdade excessiva é incompatível com a solidariedade, por se mostrar mais individual que coletiva. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.

1.3. O PODER FAMILIAR:

Como mencionado, historicamente, a chefia da família sempre foi exercida pelo homem, *paterfamilias*, justificando a utilização da nomenclatura pátrio poder. O pai, sozinho, detinha amplos e ilimitados poderes sobre os filhos, sendo declinado à mãe apenas quando da sua ausência ou impedimento.

No decorrer do século XX, na sociedade mundial, conforme visto, houve uma ruptura com o modelo liberal de sociedade, dando início a uma visão mais solidária, que repercutiu no princípio da dignidade da pessoa humana, entendida desde a igualdade entre homens, até o reconhecimento dos direitos atinentes a personalidade, intrínsecos a cada pessoa como única. É de se notar que com os avanços da época, notórias manifestações se deram no seio familiar.

Não podemos ignorar que tais manifestações se deram apenas em razão do novo conteúdo cultural, é claro que este teve importante participação, mas a era da industrialização, da preocupação com a jornada e condições de trabalho, da proibição do trabalho infantil, as crises políticas que os Países enfrentavam no pós Segunda Guerra Mundial, crises econômicas mundiais e a necessidade de aumento na renda familiar frente a crescente inflação, anteciparam o reconhecimento da mulher no cenário social, de tal forma que os movimentos feministas iniciaram em consequência de todo o contexto ora exposto.

Nesse diapasão, a mulher passou a reivindicar seus direitos, dentre eles, o de ser reconhecida como ser humano igual ao homem, devendo participar de decisões políticas, e, principalmente, trabalhar fora de casa, a fim de auferir renda, e com isto contribuir financeiramente para a economia doméstica.

Assim foi feito, o reconhecimento do direito ao voto, a quebra da ideia de que a mulher deve ficar no lar tomando conta dos filhos e cuidando do marido, reacendeu a questão do poder unilateral do homem no domínio da família e dos filhos.

Começou a se estabelecer um equilíbrio de poder nas famílias brasileiras, nas quais as decisões passaram a ser compartilhadas entre o casal. A mulher adquiriu o direito de gerir a sociedade conjugal conjuntamente com seu marido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu o princípio de igualdade entre os cônjuges e companheiros, a noção de família passou de um poder unilateral, “*pater familias*”, para a de uma entidade dirigida conjuntamente pelo pai e pela mãe. Baseando-se nessa nova concepção do instituto a codificação civil, em 2002, alterou a denominação do antigo pátrio poder passando a adotar a denominação poder familiar.

Para Keith Diana da Silva (2011, p.34), a partir do momento que a ideia de poder absoluto declinou frente ao princípio da igualdade, a terminologia evoluiu para “poder familiar”; segundo esta nova noção, homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres principalmente na esfera de direção da família; sendo ainda, que ambos os pais tem o mesmo direito e poder de direção dos filhos, devendo-lhes conferir em condição de igualdade direito à educação, alimentação, saúde, ou seja, tem por dever conduzir a família no mesmo patamar dando aos

filhos a base necessária para o desenvolvimento junto à sociedade. A terminologia, no entanto merece crítica, já que o nome “poder”, continua a representar um desequilíbrio na igualdade desejada, talvez melhor se representasse através do termo “responsabilidade familiar”.⁸

Este princípio da igualdade dos cônjuges e companheiros é um princípio consagrado na Constituição Federal, em diversos artigos, conforme abaixo citados:

“Art. 5º: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza... I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição’.

Art. 226: ‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado... § 5º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’”.

Pela nova concepção, os pais exercem o poder familiar em igualdade de condições, de modo que a lei lhes confere direitos, mas também obrigações para a proteção dos filhos menores.

Os deveres oriundos do poder familiar estão descritos no artigo 1.634 do Código Civil. Esse dispositivo determina, além de outros deveres, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores dirigir-lhes a **criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda**:

Dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder ou negar consentimento para casar; nomear tutor; representar e assistir nos atos da vida civil; reclamá-los a quem ilegalmente os detenha; exigir obediência, respeito e serviços próprios à sua idade e à sua condição. (BRASIL, 2013).

Com isto, verificamos que o Código Civil, em coerência com a Constituição Federal, imputa aos pais os deveres de criação, educação e afeto, já que os mesmos necessitam da companhia dos pais.

A Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também regula o exercício do poder familiar, nos artigos 21 a 24, destacando-se, para o estudo o artigo 21, transcrito abaixo:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil,

⁸Expressão usada por Keith Diana in: DA SILVA, Keith Diana. MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. **Núcleo Familiar: Aspectos do Poder Familiar em Face ao Interesse da Criança e do Adolescente**. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 - 2011

assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão *patrio poder* substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

Nessa seara, o poder familiar constitui-se de um *munus publico*, correspondente a um poder-dever e a um direito subjetivo entre pais e filhos, sendo assim, pais e filhos têm reciprocamente direitos e deveres; aos pais, cabe resguardar a pessoa dos filhos, enquanto em fase de formação ou até que adquiram capacidade, e a estes compete, inicialmente, o dever de obediência.

Ademais, o poder familiar reveste-se de outras características, é irrenunciável (os pais não podem renunciar aos seus filhos), intransferível (personalíssimo), indisponível (não pode ser transferido a outrem, seja a título gratuito ou oneroso, salvo delegação no sentido de evitar prejuízos ao menor) e imprescritível (só há perda nos casos previstos em lei).⁹

Ainda nessa linha, preconiza o artigo 22 do ECA que aos pais também

Incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (inserção social) cabendo-lhes ainda, no interesses destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 1990).

A inobservância, pelos pais, de quaisquer desses preceitos acarreta-lhes sanções, que vão desde uma pena de multa, instituída no artigo 249 do ECA, até a suspensão ou perda do poder familiar, disposta nos artigos 24 e 129, X do ECA e 1637 e 1638 do CC.

A pena de multa vem prevista no Capítulo II do Título VII da Parte Especial do ECA sob o título “Das infrações administrativas” e é aplicada, segundo o artigo 249, aos pais que:

Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990).

A suspensão e a extinção do poder familiar vêm disciplinadas no Capítulo V, Seção III do Livro IV, “Do direito de família” no CC, prevendo em quais situações podem ocorrer. O artigo 1637 do CC e seu parágrafo único tratam da suspensão do

⁹ Idem.

poder familiar e dispõem que se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

O parágrafo único acrescenta que suspenderá igualmente o exercício do poder familiar se o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Já no artigo 1638 do CC há a previsão da extinção do poder familiar, por ato judicial, quando o pai ou a mãe castigarem imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1637, CC.

Há previsão ainda no ECA, nos artigos 24 e 129, da suspensão e perda do poder familiar em caso de descumprimento dos deveres e obrigações previstos em seu artigo 22. Em tal caso, o art. 24, CC dispõe que a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O Art. 129 traz um rol de medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, tais como: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; advertência; perda da guarda; destituição da tutela; suspensão ou destituição do poder familiar.

Nessa ótica, insta salientar, de antemão, que o fato de os pais dissolverem, ou romperem, o vínculo amoroso que os une não é pressuposto para a perda do poder familiar, já que a convivência entre os pais não é condição para o exercício, trata-se de dever jurídico, não se desonerando os pais deste direito-dever.

Por fim, destaque-se o objetivo primário do poder familiar que, como visto, engloba uma pluralidade de preceitos, normas e condutas, é senão, a proteção incondicional da prole, uma vez que ocupa posição de maior vulnerabilidade na estrutura familiar, pois está em fase de formação e, como tal, necessita ser protegida e resguardada de toda sorte de maus-tratos, abuso de autoridade dos pais e quaisquer formas de manifestação discriminatórias.

1.4. A FAMÍLIA ATUAL NA CONSTITUIÇÃO

Com o advento da Constituição vigente, em 1988, a família passou a ser a base da sociedade, tendo proteção especial do Estado, conforme o art. 226 CF.

No texto da Carta Magna são definidos os direitos e garantias individuais dos integrantes de uma família que constituem, o que hoje consagramos como “Doutrina Jurídica de Proteção Integral ao Menor”. A vida familiar passou a girar em torno dos filhos, considerados juridicamente como pessoas às quais é devida “prioridade absoluta”.

Em síntese, a família é regulada pelos seguintes princípios civis constitucionais: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a busca da erradicação da pobreza, o reconhecimento das entidades familiares e a igualdade entre os filhos.

São estes preceitos constitucionais que embasaram o conjunto de regras descritos no Código Civil, analisados no item anterior.

Além dos direitos e garantias individuais, existem deveres familiares, como os de assegurar, juntamente com o Estado e a sociedade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme determinação do artigo 227 da Magna Carta, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, e, principalmente, à dignidade e convivência familiar. E de colocá-lo a de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No que tange ao núcleo de valores consagrados na nova ordem constitucional, percebemos que a constituição, objetivando atualizar-se com a realidade social, incorporou os novos valores que inspiram a sociedade

contemporânea, rompendo, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõem um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. Em que se eleva a noção de família a par da solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano.

Em síntese:

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea. (ROSENVALD, 2011, P.5).

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia a tutela da pessoa humana, e de sua liberdade na demonstração do afeto, de forma a incorporarem-se novos arranjos familiares aos tradicionais.

O conceito de Família, na concepção civil-constitucional, assume contorno múltiplo, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicológicos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

A dizer:

Sendo assim, a família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo. (ROSENVALD, 2011, P.9).

Fundada nesta nova ordem social, a família ganhou novos contornos, nova roupagem, uma vez que seus pilares têm como base não só o afeto como também a liberdade, o amor, a ajuda mútua e principalmente o reconhecimento do indivíduo enquanto pessoa humana detentora de direitos.

Ante essa nova perspectiva, além de distanciar-se do modelo arcaico do patriarcado, a concepção de família não mais se restringe apenas àquela formada pelo marido, mulher e sua prole, hoje há uma pluralidade de famílias.

Para fins meramente didáticos e elucidativos, interessante desmembrar algumas conceituações que essas novas formas familiares encerram na atualidade. Até a promulgação da atual Constituição, a família advinda do matrimônio era a única legalmente reconhecida, formada assim pela união do homem e da mulher e sua prole.

Privilegiando o afeto, enquanto elemento de união entre as pessoas humanas, a Constituição legitimou a união estável ao status de família, entendendo-se aquela formada pelo homem e pela mulher e seus filhos, sejam comum ou não, fundada na convivência pública e duradoura, por prazo suficiente a caracterizar estabilidade e objetivo de manter compromisso de vida em comum.

A família homoafetiva é uma dentre as várias formas de família. Ela parte da união, por vínculo de afeto, entre pessoas de mesmo sexo. Não tem previsão legal, mas também não tem vedação. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento histórico ocorrido em 05 de maio de 2011, reconheceu, por unanimidade de votos (10 x 0), a União Homoafetiva como entidade familiar, conferindo-lhe todos os efeitos jurídicos previstos para União Estável.

De outro lado, há também o reconhecimento da família formada por apenas um dos genitores com seus filhos, frente à nova sistemática social das separações e dos divórcios, bem como em casos de força maior, como o falecimento de um dos pais, à qual se convencionou denominar família monoparental.

Independentemente de sua origem e forma de constituição, a família agrega qualidades e elementos primordiais ao pleno desenvolvimento pessoal e social de seus membros, razão pela qual o reconhecimento da pluralidade de famílias só contribui para a promoção da igualdade, ou seja, através da diversidade efetiva-se a igualdade.

Logo, conclui-se que a “espécie” de família pouco importa, seja matrimonial, monoparental, união estável, dentre outras, o seu fundamento deve ser a plena realização do ser humano, pois é meio concretizador do bem-estar de seus membros e não um fim em si mesmo.

2. DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

2.1. NOÇÕES PRELIMINARES

Desde a concepção a lei civil garante ao nascituro a sua proteção integral, pondo-o a salvo de quaisquer influências que possam impedir não só o seu nascimento, mas também usurpar-lhe direitos, mesmo não tendo adquirido ainda personalidade civil, redação dada pelo artigo 2º do CC/02.

Igualmente, o ECA prevê a proteção integral aos direitos da criança e do adolescente ao dispor no artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral estabelecida no ECA, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O ECA elenca um rol de direitos fundamentais atribuídos à criança e ao adolescente, dentre os quais se tem, no Título II, 5 (cinco) capítulos, a saber: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; direito à profissionalização e proteção no trabalho.

Ainda no ECA, há a previsão, no artigo 5º, de que nenhuma criança ou adolescente será alvo de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, ou qualquer outra forma de maus-tratos, sendo punido na forma da lei qualquer ato atentatório, por ação ou omissão, que impliquem infração aos seus direitos fundamentais.

Atento ao caráter de maior vulnerabilidade da criança, é que o legislador previu as medidas de proteção acima referidas, conferindo-lhes prerrogativas em relação aos adultos, sendo que estes têm o dever de cumpri-las, sob pena de lhes serem impostas as penalidades previstas em lei, já tratadas no capítulo anterior.

A intenção do legislador e a interpretação que se tem de tais dispositivos é senão de proteção à criança, não que deva ser posta em uma redoma, mas garantir-lhe que os seus direitos não sejam ceifados já na infância, de modo a ter o devido acesso ao desenvolvimento mental, moral e social necessários a torná-lo um adulto apto a integrar-se na sociedade, fazendo valer o exercício de sua dignidade.

Assim, temos que olhar o Estatuto da Criança e do Adolescente sob uma perspectiva realista, para que a proteção integral dos menores não cause indignação ou espanto, uma vez que todos esses direitos são extremamente necessários para o desenvolvimento físico, psíquico e mental da criança e do adolescente.

Pois bem, põe-se em questão sabermos se essa Proteção Integral é uma novidade utópica ou uma realidade esquecida. Para solucionarmos essa dúvida, necessário se faz uma pequena retrospectiva ao passado, onde constataremos que a mesma já fez parte da vida cotidiana de muitas famílias brasileiras, mesmo sem a exigência legal, como hoje consta do Estatuto. Por sorte, manifesta-se como uma realidade, e não uma novidade.¹⁰

Mas o que representou de fato a adoção desse novo paradigma protetivo? Com o Estatuto, inaugurou-se no País uma forma completamente nova de se perceber a criança e o adolescente e que vem, ao longo dos anos, sendo assimilada pela sociedade e pelo Estado. Isso porque a realidade não se altera num único momento, ainda mais quando o que se propõe é uma profunda mudança cultural, o que certamente não se produz numa única geração.

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram de objetos a serem sujeitos de direitos, considerados em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e a quem se deve assegurar prioridade absoluta na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios são as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico, conferindo-lhe coerência e unidade.

¹⁰ O questionamento é feito em: MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** In: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257

A Constituição Federal e seus princípios promoveram uma releitura dos institutos e normas do Direito de Família, deixando de possuir apenas força supletiva, de preenchimento de lacunas, para ganhar eficácia normativa imediata.

Com a constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas que devem orientar toda a interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica.

Ou seja, as normas e institutos de direito de família devem readequar-se aos princípios constitucionais, que pairam sobre toda a organização jurídica. Afinal deve o Direito Civil como um todo nortear-se pela legalidade constitucional, pelas premissas fundamentais que consistem os valores mais relevantes do ordenamento jurídico pátrio.

E estes valores constitucionais possuem conteúdo elástico, não podendo ser reduzidos ao texto formal da Carta Magna “sendo imprescindível conferir maior elasticidade e mobilidade à dimensão substancial da Constituição, atingindo um resultado efetivo dos princípios constitucionais explícitos e implícitos.” (ROSENVALD, 2011, p.36).

Desta forma, a violação a um princípio é considerado mais grave que a violação a uma norma, já que de certa forma atinge todo o ordenamento jurídico. Estabelece a Constituição Federal os princípios gerais de proteção da família, dentre os quais se destacam.

2.2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 colocou a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, personalizando os institutos do direito civil, inclusive os do direito de família. A proteção ao patrimônio e aos interesses privados deu lugar à valorização da pessoa e de sua dignidade.

Erigido a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme disposição do art. 1º, III da Constituição Federal, a dignidade é o princípio norteador que irradia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico.

O cidadão é visto não mais como sujeito de direitos virtuais, e sim como “titular de um patrimônio pessoal mínimo que lhe permita exercer uma vida digna, a partir da solidariedade social e da isonomia substancial” (ROSENVALD, 2011, p.29).

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o valor supremo de nosso ordenamento, um super princípio, que deve nortear todas as relações jurídicas, sejam estas travadas entre particulares, ou entre particulares e o Estado.

O fundamento deste princípio impõe ao civilista uma nova postura, de modo a assegurar não somente o direito à vida, mas a uma vida digna.

No tocante às relações familiares, a família tutelada pela Constituição deve servir como *locus* e instrumento de proteção e garantia desta dignidade, em que se acentua a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser entendida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser designada como célula básica da sociedade.

Assim, a dignidade atua no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento e formação da personalidade de todos os integrantes do núcleo familiar, ao contrário do modelo patriarcal do passado, onde apenas a dignidade do marido era reconhecida.

Os artigos da Constituição Federal que exemplificam esta garantia encontram-se previstos nos artigos 230 e 227, que preveem, respectivamente, que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar a pessoa idosa, defendendo sua dignidade e bem estar, bem como assegura a criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, apesar desta proteção prevista na Carta Magna, muitos genitores negligenciam a criação de seus filhos, descumprindo os deveres paternos, que vão além da simples obrigação de subsistência.

E esta negligência pode ocasionar danos à personalidade e a dignidade dos menores, abrindo-se a discussão para as medidas que devem ser adotadas nestes casos, assunto explorado nesta monografia. Até porque, de nada adianta prever direitos sem a criação de mecanismos para garanti-los e efetivá-los.

2.2.2. Princípio da Afetividade

Na organização jurídica da família ganha dimensão e importância o princípio jurídico do afeto, que é o grande norteador do Direito de Família Contemporâneo. Em que pese a palavra “afeto” não constar expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio jurídico do afeto se manifesta em diversas passagens do texto constitucional, a exemplo do art. 226 parágrafo 8º, que prevê que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Como já afirmado, houve sensível mudança na concepção de família, que passou de extensa, patrimonializada e hierárquica, a nuclear, igualitária, plural, solidária e calcada no afeto.

Segundo Rosenvald, atualmente, a família é compreendida como um espaço de promoção da personalidade e desenvolvimento de seus membros, fundada no afeto e na solidariedade, ou seja, a entidade familiar atual deve ser entendida como grupo social fundado essencialmente em laços de afetividade (ROSENVALD, 2011).

Tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral. Como bem pondera a *juspsicanalista* Giselle Câmara Groeninga, “O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade”. (GROENINGA, 2008, apud TARTUCE, on line)¹¹

Para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o *afeto não se confunde necessariamente com o amor*¹². Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por

¹¹ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil**. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28. In: TARTUCE Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>. Acesso em 01/02/2013

¹² TARTUCE Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>. Acesso em 01/02/2013

excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares. (TARTUCE, on line)¹³

Apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. Conforme bem aponta Ricardo Lucas Calderon¹⁴, em sua dissertação de mestrado defendida na UFPR:

Parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. (CALDERON, on line)

O princípio é imprescindível da vida social e da ordem jurídica, sendo de interesse do ordenamento protegê-la, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem. Assim, a afetividade deve vir acompanhada da lealdade entre seus membros, boa-fé e confiança, que pressupõe respeito e consideração mútua.¹⁵

E no âmbito das relações existenciais do direito de família, a confiança se materializa sob a forma de afeto. Continua Rosenvald (2011, p.79-80):

Ao vislumbrar o Direito de Família, encontram-se duas diferentes faixas: as relações existenciais e as patrimoniais, ambas submetidas ao elemento confiança como traço característico fundamental, dando efetividade aos valores constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana. Naquelas a confiança é concretizada pelo afeto, enquanto nestas, consubstancia-se através das especificações da boa-fé objetiva.

Segundo lição de Teixeira (2009, p.38):

O princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em

¹³ Idem.

¹⁴ CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 23 de setembro de 2012.

¹⁵ ROSENVLD, Nelson, FARIA, Christiano Chaves de. **Direito de Família.** Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011, p.2

sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos.

Com base neste princípio, também não mais se justifica distinções discriminatórias entre filhos, pois a nova família deve representar uma comunidade de afeto, fundada na tolerância entre seus membros, na pluralidade, na diversidade. Afinal, o que determina a verdadeira filiação atualmente não são os laços sanguíneos, e sim os de afeto que são construídos, já que, de fato, a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade.

E a existência deste parentesco socioafetivo pode ser reconhecida a partir da comprovação dos requisitos que compõe a posse de estado de filho (nome, trato e fama).

A posse de estado de filho se revela como aquela situação em que alguém se comporta publicamente como filho, é tratado com afeto pelo suposto pai, utiliza o nome deste e é reconhecido como tal pela comunidade (nome, fama e trato). Sobre este tema, leciona Teixeira (2009, p. 38):

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não o genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar os filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal.

Destarte, cabe aos genitores, sejam eles biológicos ou socioafetivos, proporcionarem aos filhos o convívio necessário ao desenvolvimento do afeto, tão essencial à formação do ser humano.

2.2.3. Planejamento Familiar e Paternidade Responsável

Conforme o art. 226, § 7º da Constituição Federal, assegura que fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O art. 2º da Lei nº 9263/96 define o planejamento familiar como 'o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal'.

O princípio do planejamento familiar invoca a responsabilidade do casal sobre o número de filhos e o desenvolvimento físico e moral destes. Ou seja, trata-se de livre decisão do casal, desde que haja a necessária e fundamental observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável.

Segundo Rosenvald (2011, p.47): “O propósito do planejamento familiar, é sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.

Não se confunde com planejamento populacional, pois não pode haver qualquer tipo de persuasão ao comportamento sexual ou social dos indivíduos. Neste sentido, leciona Diniz (2004, p.140):

O direito ao planejamento familiar não está vinculado à política de controle demográfico, mas à liberdade de decisão de cada casal, que passa a ser responsável pelo número de filhos, assim como por seu desenvolvimento físico e moral, educação, saúde e proteção. O planejamento familiar não se restringe apenas a procriação, decisão pelo número de filhos, espaçamento ou intervalo entre uma gestação e outra, controle de natalidade ou de fecundidade, mas também, em sentido amplo, a moradia, alimentação, lazer, educação etc.

Já o princípio da paternidade ou parentalidade responsável abrange a responsabilidade individual e social dos genitores em priorizar o bem estar físico, psíquico e moral de sua prole, primando pelo respeito aos direitos que lhe são reconhecidos.

A Carta Magna impõe aos pais a condução da paternidade de forma responsável, sendo a afetividade o componente fundamental nestas relações como forma de dar sentido e dignidade a existência dos filhos. Afinal, o ato de colocar um filho no mundo deve constituir-se de algo responsável, posto que todo direito impõe obrigações, que constituem seus limites. E os direitos da prole e do bem comum configuram os seus contornos (DINIZ, 2004).

Como seres em desenvolvimento, e, portanto, merecedores de proteção especial, é dever dos genitores proporcionar aos seus filhos momentos de afeto e carinho, elementos essenciais ao desenvolvimento saudável de uma criança, resguardando-as contra o abandono afetivo (DIAS, 2009).

Destarte, percebe-se que os direitos reprodutivos não são absolutos, aliás, como ocorrem com todos os outros direitos fundamentais, estes encontram baliza

frente aos direitos inerentes à pessoa humana dos filhos, e a responsabilidade da contracepção deve ser compartilhada por ambos os genitores, que devem considerar as necessidades materiais e físicas, além das emocionais e psíquicas de seus filhos.

Portanto, é imperioso restabelecer a paternidade e a maternidade responsável, “de forma a que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam em um ambiente sadio e equilibrado” (DINIZ, 2004, p.144).

2.2.4. Princípio da Solidariedade

Este princípio revela os deveres mútuos existentes entre os integrantes da família de compreensão e cooperação, de ajudarem-se reciprocamente sempre que necessário, abarcando tanto empenhos de caráter alimentar quanto de assistência imaterial (amparo, sustento, cuidado). Ultimamente, como já foi demonstrado, há uma preocupação em reconhecer uma perspectiva solidária nos núcleos familiares, de modo a conciliar as exigências coletivas com os interesses particulares.

Se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. Conforme mencionado nos capítulos iniciais sobre as transformações político-sociais ocorridas no sec. XX, a solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos.

Exemplo deste princípio está previsto no art. 229 que determina, *in verbis*: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

2.2.5. Princípio da Igualdade

O art. 227, parágrafo 6^a consagra o princípio da isonomia entre os filhos, ao prescrever a proibição de designações discriminatórias entre filiação havida ou não do casamento ou por adoção. O que significa, todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, sem distinções em razão de sua origem biológica ou não.

Este princípio também abarca a igualdade entre homem e mulher ao prescrever no art. 5^o, I, da Carta Magna que homens e mulheres são iguais em

direitos e obrigações, mormente no que tange às relações conjugais, conforme o disposto no art. 226, parágrafo 5º. Segundo Lôbo (2004, on line)¹⁶:

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher e entre filhos. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destruídos, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. De fato, a luta por esta isonomia entre os gêneros resultou de inúmeros avanços sociais e da edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/1962) e da Lei do Divórcio de 1977.

A igualdade dos cônjuges retrata a igualdade das pessoas que compõem o relacionamento afetivo, de forma que os companheiros também são enquadrados já que não é necessário serem civilmente casados para receberem tratamento igualitário.

Esta igualdade, no entanto, não é sinônimo de tratamento uniforme, já que se admite o tratamento jurídico diferenciado desde que haja um motivo que o justifique.¹⁷

Porém, a realidade brasileira nos mostra um cenário diferente. A violência contra a mulher ainda é tema recorrente nas páginas policiais, visto que ainda se observa um número grande de mulheres que se subordinam aos maridos, sendo tratadas com desrespeito por estes em razão de uma dependência financeira, social e/ou afetiva.

Trata-se de resquícios do caráter conservador e patriarcal das famílias, em uma sociedade ainda marcada pelo machismo e pela desigualdade socioeconômica.

2.2.6. Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes

A Constituição Federal assegura, em seu art. 227, à criança e ao adolescente, 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 a

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371>>. Acesso em: 25 Jan. 2013.

¹⁷ Entendimento defendido por Rosenvald em: ROSENVLD, Nelson, FÁRIA, Christiano Chaves de. Direito de Família. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011, p.2

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente erigiu-os em sujeitos de direito, fazendo-os destinatários de um tratamento específico, merecedor de primazia total por parte da família, sociedade e Estado.

Este princípio está profundamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do planejamento familiar, limites que devem orientar o comportamento dos pais na educação de seus filhos.

A criança hoje é vista como sujeito de direitos, pessoa em desenvolvimento, titular de direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo, por isto, digna de especial proteção. Seus interesses devem ser priorizados pelo Estado na promoção de políticas públicas voltadas a este público, pelos aplicadores do Direito na decisão que melhor satisfaça estes interesses, pela família e sociedade, no respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Sobre este princípio, discorre Dias (2009, p. 546-547):

A maior atenção as pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Visando a dar efetividade ao comando constitucional, o ECA é todo voltado ao melhor interesse de crianças e jovens, reconhecendo-os como sujeitos de direito e atentando mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento.

Manifesta-se o mencionado princípio em diversos momentos, tais como nas hipóteses de determinação da guarda ou do direito de visitas, além de orientações referentes à sua educação e formação de sua personalidade em geral.

2.3. DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Oportuno, em primeira análise, para melhor desenvolvimento do tema em estudo, trazer o significado das palavras: convivência e conviver, para então compreender-se a extensão da expressão convivência familiar.

O dicionário Aurélio da Língua Portuguesa traz a seguinte conceituação para os vocábulos: convivência é o “ato ou efeito de conviver, convívio, companhia; trato

constante, diário”. Já conviver é “viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade; viver em comum”.¹⁸

Diante de tais significações, compreende-se que convivência familiar pressupõe que o ato de conviver é intrínseco às pessoas com as quais se tem algum tipo de vínculo familiar, seja biológico ou simplesmente sócio afetivo, exemplo disso é o estado de filiação, tanto do filho que é titular desse estado, quanto dos pais, que o exercem por meio da paternidade e maternidade.

Ana Carolina Brochado Teixeira, em seu artigo “Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana”, publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, explicita a importância da convivência familiar entre os membros de uma família, sobretudo, pelos aspectos da afetividade e solidariedade:

A estrutura familiar atual caracteriza-se, principalmente, pela afetividade e solidariedade entre seus membros, e as relações de convivência e coexistência assumem essas características. Numa perspectiva dialógica, é neste relacionamento intrafamiliar que seus componentes fincam seus valores, se moldam, se transformam e edificam sua personalidade e sua dignidade em bases novas e mutantes. (TEIXEIRA, 2005, P.138)

Por essa razão a convivência é tão relevante. É exatamente essa espécie de relação que se cria e se estabelece no seio de um núcleo familiar.

Nesse sentido, os laços familiares ganham especial relevo pela grande influência exercida na vida de cada membro da família, sejam adultos, adolescentes ou crianças. Eles atuam na edificação da dignidade de cada um.

Dada a sua incontestável importância, a convivência familiar é um direito constitucionalmente assegurado à criança e ao adolescente, consoante previsão do artigo 227 da CR/88.

Da mesma forma, é previsto no plano infraconstitucional, em vários de seus dispositivos, notadamente no artigo 19 do ECA, que dispõe que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004. 895p.

comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Verifica-se que a hegemonia da convivência familiar é incontestável no processo de formação da personalidade e caráter da criança, o que implica, por derradeiro, na presença afetiva dos pais junto a ela, que devem zelar e primar pelo seu desenvolvimento saudável.

Os dispositivos invocados preveem primazia absoluta dos direitos da criança, com o intuito de assegurar-lhe plena integridade; e aos pais cabe, independentemente do estado civil, proporcionar-lhe os recursos necessários ao desenvolvimento saudável, não só material, mas afetivo, psicológico, social e espiritual.

Cláudia Maria da Silva tece breve comentário no tocante ao respeito do direito de personalidade da criança quanto à convivência familiar:

Garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida que depende de seus genitores não só materialmente. (SILVA, 2004, p.139).

O descumprimento do direito à convivência familiar fere a dignidade da criança, acarreta-lhe danos de ordem psicológica, que lhe seguirão por toda a vida, pois sempre haverá um vazio, uma lacuna que não foi preenchida a tempo e modo pelos genitores.

O direito de crescer e se desenvolver em ambiente familiar saudável, garantindo à criança e ao adolescente que se torne um adulto equilibrado e dotado de estabilidade emocional, não devem ser suprimidos em hipótese alguma.

A prerrogativa da convivência familiar não é uma faculdade dos pais, mas sim um direito recíproco conferido tanto a pais quanto a filhos, conforme enuncia Paulo Luiz Netto Lôbo em seu artigo “Poder familiar”:

“O direito à companhia dos filhos tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar constitucionalmente atribuída”. (LÔBO, 2006). 19

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371>>. Acesso em: 25 Jan. 2013.

Nem mesmo o rompimento de uma união ou casamento é motivo justificável para que a convivência familiar seja interrompida, ao contrário, deve ser reforçada, conforme aduz Cláudia Maria da Silva:

Se rompido o elo conjugal, mister se faz que a “convivência familiar” seja mantida, ou até mesmo intensificada diante das adversidades causadas pelo desenlace. Quanto à filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência. (SILVA, 2004, p.124).

A convivência familiar é um direito natural que as normas positivadas devem preservar da melhor forma possível, tanto quanto serem interpretadas para se aproximarem o mais possível da realidade social, amoldando-se ao caso concreto de forma a considerar o melhor para a criança.

2.4. DA IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS

Ao nascer, o contato inicial da criança com o mundo exterior opera-se pelos pais e pela família. Nessa fase identificam seu semelhante, têm uma visão do que as aguarda adiante.

Nos primeiros passos, se a criança é acolhida, recebe carinho, afeto e atenção. A formação de sua personalidade e caráter será totalmente diferente daquela que não recebeu qualquer manifestação de amor e cuidado.

O papel que os pais desenvolvem no estágio de crescimento dos filhos é crucial e determinará, face à educação recebida e comprometimento desses, a forma como as crianças irão se portar na infância, adolescência e fase adulta.

Desde o berço as crianças devem receber cuidados, amor, afeto, carinho, mas também devem receber educação, incentivo, limites, regras, para que não cresçam dependentes, carentes, desregradas e revoltadas.

A negligência e omissão dos pais na criação e educação dos filhos refletem diretamente na família e na sociedade. Os filhos que não receberam os devidos cuidados, via de regra, tendem a repetir os mesmos atos dos pais. Se forem negligenciados, negligenciadores serão. Se receberem amor, serão amorosos. Se sofrerem violência, violentos se tornarão e assim conseqüentemente.

O psicanalista Luiz Carlos Prado, em seu artigo “Amor e violência familiar”, cita o também psicanalista Bowlby que evidencia essa característica:

Na verdade, a tendência a tratar os outros da mesma forma como fomos tratados é profunda na natureza humana; em nenhum outro momento ela é mais evidente do que nos primeiros anos. Portanto, conclui, uma proporção significativa de crianças, que sofreu abuso e rejeição, cresce e perpetua o ciclo de violência familiar, continuarão a responder às situações sociais como os mesmos modelos de comportamento desenvolvidos durante a infância. (BOWLBY apud PRADO, 2005, p.21). 20

Dessa forma, a educação familiar se opera por meio do exemplo, refletindo na criança condutas próprias. Não é regra geral, obviamente exceções existem. Há casos em que os filhos receberam todos os cuidados e amor e ainda assim desvirtuam-se. Por outro lado, há aqueles que não tiveram muitas oportunidades, mas mesmo assim, formaram-se cidadãos de caráter.

De plano, conclui-se que o fator material não determina a boa ou má índole, felicidade ou infelicidade da criança, mas sim, será medida pelo nível de atenção, cuidados e amor que receber na infância e adolescência, daí reside a importância dos pais em suas vidas, reconhecer as crianças como seres indefesos e totalmente dependentes, não podendo ser desamparados, aos cuidados da própria sorte.

Cláudia Maria da Silva evidencia o caráter de dependência dos filhos em relação aos pais e como a omissão pode refletir na formação de sua personalidade:

Do nascimento à fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da auto-estima, do senso de moralidade, responsabilidade, empatia e de outros tantos aspectos ligados à formação da personalidade. (...) A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada ou abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade. (SILVA, Cláudia, 2004, p.132).

Pais atuantes, comprometidos com o papel que desenvolvem, evitam, ou quando não, minimizam, os efeitos de determinados acontecimentos negativos sobre a pessoa dos filhos, ante o posicionamento que adotam frente aos mesmos.

Cláudia Maria da Silva, em seu artigo “Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho”, adverte:

A formação da personalidade dos filhos depende diretamente da participação, da atuação, do posicionamento e da forma como os genitores exercem seus papéis de pai e mãe, como estabelecem e mantêm a convivência familiar. (SILVA, 2004, p.132).

²⁰ PRADO, Luiz Carlos. **Amor e violência familiar**. ADV. Seleções Jurídicas, fev. 2005, p.20-24.

Os pais atuam em toda a esfera de vida dos filhos, dirigem-lhes a educação, não só escolhendo o modelo escolar mais adequado, mas também promovendo o pleno desenvolvimento para que interajam de forma plena na sociedade.

Ana Carolina Brochado Teixeira também tece importante comentário sobre o papel da educação, assistência e criação na vida da criança:

Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atreladas à formação da personalidade do menor, bem como no escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além desse aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que a criança e o adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional. (TEIXEIRA, 2005, p.149).

É na infância que a criança aprende com os pais e com a família os valores ético-morais, tais como: respeitar as pessoas, respeitar os direitos dos idosos, a ter educação na mesa, a não utilizar palavras de baixo calão, a dizer obrigado, por favor, com licença. É no colo dos pais que os filhos buscam refúgio quando sentem medo, caem ou se machucam, quando alguém lhes magoa e tantas outras situações corriqueiras que fazem parte do universo de crescimento do infante.

A fase infanto-juvenil é aquela em que a criança pode brincar, divertir-se, sem a preocupação habitual dos adultos. É nessa fase que carecem de maior atenção dos pais para terem acesso às mais variadas formas de interação e divertimento que são próprias da idade.

Existem situações que não podem simplesmente ser suprimidas na vida da criança. Um abraço, uma afago, levá-la ou buscá-la na escola, brincar, passear, frequentar reuniões da escola, peças de teatro, e próprio aniversário da criança, dentre tantas outras situações do cotidiano e que representam muito na formação da criança.

Manter contato com o filho, mostrar os acertos e desacertos, elogiar, ensinar a repartir com o próximo, a não ser egoísta, incentivar a união, a assumir os erros, contribui não só para a sua autoestima como também para torná-lo uma pessoa proativa e, acima de tudo, para adquirir senso de responsabilidade.

Todas essas atividades são importantes para a criança e cabe aos pais acompanhá-los e dar-lhes a devida assistência, pois assim estarão contribuindo não

só para fortalecer o vínculo que os liga, mas também como fator de disciplina e monitoramento por parte dos pais.

O psicanalista Luiz Carlos Prado tece perfeita explanação acerca da importância da presença parental na vida da criança e evidencia que deve se dar em três níveis, físico, ético e emocional:

A presença parental é um conceito que tem dois pólos: os pais têm de estar presentes tanto como indivíduos autônomos, capazes de viver sua vida em plenitude, quanto como detentores do papel parental. Para ajudar os filhos a desenvolverem seus aspectos mais construtivos e amorosos, os pais devem-se fazer presentes em suas vidas.

A presença parental deve se dar em três níveis: Físico – implica os pais terem tempo para estar com seus filhos nos momentos significativos de seu desenvolvimento; Emocional – é necessário, também, que estejam emocionalmente envolvidos nas interações com eles; Ético – mais do que nunca os pais devem passar para seus filhos valores éticos humanistas, de respeito e consideração como os outros, com a vida e a natureza. (PRADO, 2005, p.22).

A importância que os pais têm na vida dos filhos é fonte inesgotável, difícil ser quantificada, mas que pode ser facilmente verificada, cotidianamente, quando crianças e adolescentes se envolvem em “encrencas”. Há sempre a mesma conclusão: se os pais estivessem ao seu lado para guiá-lo, ensiná-lo, educá-lo, mostrando-lhe o comportamento e condutas corretos, dificilmente se envolveriam em confusões.

2.5. DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Em primeira análise, é fundamental defender a tese de que privilegiar a criança e seus interesses em detrimento aos dos adultos, não é nenhuma caridade ou excesso de zelo e cuidados, é, antes de tudo, o seu reconhecimento como sujeito de situação jurídica, em que se destaca tratar-se de pessoa em formação.

E ser sujeito de direitos significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.

Muitos casos que chegam à apreciação do Poder Judiciário são solucionados tendo em conta esse princípio, como os casos de investigação de paternidade e de filiações socioafetivas. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a

socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.

Destarte, o princípio da proteção ao melhor interesse da criança, também concretizado no Estatuto da Criança e do Adolescente, não é uma recomendação ética, e sim uma diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, mas sim, se trata de determinação normativa constitucional, que institui, no art. 227, ser dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, zelar e garantir-lhes direitos existenciais e patrimoniais.

Insta salientar que apesar do dispositivo elencado não trazer explicitamente em seu texto a expressão melhor interesse, entende-se que absoluta prioridade é uma maneira de assegurar o seu cumprimento, ou seja, a garantia do respeito à absoluta prioridade garante, por conseguinte, a efetivação da série de condutas que devem ser observadas para o melhor interesse da criança.

Comungando com o texto constitucional, o ECA regulamentou integralmente a proteção do público infanto-juvenil, a qual é demonstrada, em toda a sua extensão, sem qualquer discriminação ou restrição, sendo verificado, por exemplo, no artigo 3º, quando expressamente dispõe:

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-lhes, por lei ou por outros meios, (...). (BRASIL, 1990).

Ante a redação dos artigos mencionados, percebe-se que o legislador constitucional e infraconstitucional preocupou-se em dar tutela ativa à criança e ao adolescente, por meio da garantia de direitos como a vida, saúde, educação, dignidade, lazer, desenvolvimento mental, físico, moral, espiritual, dentre tantas outras medidas.

No plano internacional, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está presente em convenções e declarações aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), algumas delas ratificadas pelo Brasil, são exemplos: a Declaração de Genebra, aprovada em 1924; a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948; a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1959; a

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica de 1969) estabelece em seu artigo 19 que: “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado” e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral da ONU, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90, onde se encontra, no artigo 3º, item 1, a seguinte redação: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. (ONU, 2013).

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...) **Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.** Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de **manter regularmente**

relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

(Grifos meus)

Deve-se considerar que essas medidas não se constituem em um exagero legalista, mas no reconhecimento da vulnerabilidade infanto-juvenil e sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Conclui-se, portanto, que é inegável a necessidade de aplicação do princípio em duas vertentes: preventiva, no sentido de evitar a exposição da criança às situações que possam lhe causar danos de caráter irreversível e, principalmente, emergencial, para minimizar os efeitos de um mal maior.

3. O ABANDONO AFETIVO:

3.1. PRINCIPAIS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO ABANDONO

Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka, em seu artigo *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo (on line)*, traça algumas das principais formas de ocorrência de abandono ou mero afastamento dos filhos, a seguir passo a apresentação.²¹

3.1.1. Pais presentes e possibilidade de configuração do abandono afetivo

Ainda que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos, deve-se atentar para o fato de que não basta a presença física, sendo indispensável que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais. Muitas vezes o mau desempenho destas funções acarreta danos à formação sócio-psíquico-cultural da criança, trazendo-lhes várias consequências futuras, que serão tratadas em tópico específico.

Exemplo significativo de abandono que Hinoraka cita, é quando os pais convivem com seus filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de autoridade e de educadores a terceiros, desobrigados destas funções *ipso facto*, na medida em que não sejam os genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada, em função de uma relação jurídica contratual, uma parcela mais ou menos significativa desta Responsabilidade.

Neste sentido é que se têm assistido, nas últimas décadas, *'à tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a estas instituições incumbe tão-somente o dever de instrução e formação intelectual'*. (HINORAKA, on line)²²

Neste cenário, então, é possível aventar a possibilidade de que filhos de pais casados ou unidos estavelmente por toda a sua vida queiram pleitear de seus pais

²¹ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: < <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em: junho de 2012.

²² Idem.

indenização decorrente de um abandono afetivo configurado por uma omissão no desempenho pleno das funções que se lhes incumbia exercer.

Esta hipótese de configuração exige, portanto, uma análise criteriosa deste estudo, a fim de se chegar a uma conclusão a respeito da pertinência do pedido, uma vez que a configuração prejudicial eventualmente produzida ao filho é de difícil constatação e delimitação probatória. Necessitando, portanto, de uma análise pericial.

3.1.2. Pais separados, guarda e direito de visita à luz do abandono afetivo.

Já as hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável costumam se mostrar um campo fértil para a possível ocorrência de abandono afetivo por parte do genitor não guardião²³. Nestas hipóteses, segundo Hinoraka, deve-se atentar para a causa desta ruptura e a quem ela pode ser atribuída. Assim, pode ser imputado ao não guardião, por exemplo, a responsabilidade pelos danos oriundos de afastamento decorrente da despreocupação com a educação da prole, tendo em vista ou a sua própria posição falha na conformação do casal parental, ou em razão da assunção de novas obrigações familiares em face da reconstrução de sua vida conjugal com terceira pessoa, o que o afasta do primeiro lar conjugal de forma indiscutivelmente prejudicial. Nesta última hipótese, o que costumeiramente pode acontecer é o fato de que o genitor não guardião acaba por confundir o casal conjugal primitivo – e agora desfeito – com o casal parental (relação esta que, diferentemente daquela, se marca pela perenidade e indissolubilidade). Pode acontecer, ainda, que o afastamento do outro genitor se dê em decorrência de uma situação de risco ou perigo que ele, não guardião, poderia gerar a sua prole, preferindo, neste caso, afastar-se para não colocar a saúde ou a vida de seus filhos em risco (como é o caso, por exemplo, de o genitor ser portador de uma grave doença infectocontagiosa, alcoolismo mórbido, drogadição, doença mental etc.).

Por outro lado, pode acontecer de se configurarem hipóteses de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor-guardião que, muitas vezes, confundindo os papéis paternos com os conjugais, acaba por afastar o

²³ A fixação da guarda compartilhada teria o condão de dificultar (senão mesmo o de impedir) o afastamento do cônjuge não-guardião. Com efeito, nas hipóteses de guarda compartilhada, ambos os genitores são detentores da guarda jurídica e um deles será o detentor da guarda física. Todavia, o fato de se compartilhar a guarda jurídica implica em um compartilhamento das decisões atinentes à decisão dos filhos de todo salutar.

genitor não guardião do convívio com os filhos. Isto pode se dar, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.

Outras vezes, o guardião pode impedir o direito de visita do outro em função do inadimplemento das obrigações pecuniárias de caráter alimentar. Também pode acontecer que o genitor guardião procure atrapalhar a relação do genitor não guardião com os seus filhos, em razão da reconstrução de sua própria vida afetiva, crendo e propalando que as crianças agora têm um novo pai ou uma nova mãe, na exata medida em que esta pessoa se mostra também um melhor companheiro amoroso do que fora o genitor não guardião.

Pode-se imputar ao guardião a obstaculização do relacionamento dos filhos com o outro genitor, em razão da reconstrução da vida afetiva deste último.

Por fim, é possível ainda bem imaginar hipóteses em que a “culpa” pelo abandono afetivo da prole possa ser imputado a ambos os genitores, pai e mãe, na mesma medida em que nenhum dos dois terá verdadeira culpa! É o caso, por exemplo, de casais que, depois de desunidos, fixam a sua residência em cidades distantes, no mesmo ou em outro Estado, ou mesmo em outro país, o que dificultará, certamente, a visitação e a manutenção dos vínculos, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas. Outra hipótese, ainda, pode ser delineada entre casais que, sem conseguir superar os traumas da desunião, produzem cenas terríveis e extremamente traumáticas todas as vezes em que se encontram, como por exemplo, nas hipóteses em os filhos deixam o lar para passar o final de semana com o genitor visitante, ou quando este vem devolver as crianças ao lar. Nestes casos, a repetição infundável e enfadonha destas cenas pode ser de tal forma perniciosa que a convivência dos filhos com os pais se torne penosa, traumática e cada vez mais escassa até que, um dia, ela cesse de ocorrer.²⁴

²⁴ Os exemplos estão em SERRANO CASTRO, Francisco de Assis. **Reperto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Punto de encuentro familiar. Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar.** Madrid: Dykinson, 2002, p. 65-69. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: < <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em: junho de 2012.

Cumpra salientar, neste passo, que as visitas entre genitor não-guardião e prole constituem-se num verdadeiro poder-dever, como forma de atender às necessidades morais e psicológicas da prole. O que ocorre é que no direito brasileiro, não existem sanções típicas aplicáveis àqueles que descumprem as condições impostas ao direito de visitas, sendo certo haver construção doutrinária pela configuração do crime de desobediência.

Ademais, o dever de que os pais visitem os filhos pode se configurar em razão de a legislação e os tratados internacionais garantirem à criança o direito à convivência familiar de forma ampla, abarcando inclusive as hipóteses de famílias que se separam, propugnando-se, enfim, pela manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos. (MÔNACO apud HINORAKA, online).²⁵

3.1.3. Desconhecimento da existência da prole versus abandono deliberado

Por fim, parece possível configurar outra hipótese em que a criança possa ser separada da convivência de um de seus genitores. Trata-se do caso em que o genitor, apesar de ter participado do ato procriativo, não tomou conhecimento da superveniência do filho (a). Não se trata, aqui, dos casos de fecundação artificial heteróloga, mas, sim, das hipóteses de fecundação natural.

Se um determinado casal mantém relações sexuais, sobrevivendo uma gravidez, e no lapso temporal que permeia a concepção e a confirmação do estado gestacional, este casal se separa (divórcio, dissolução da união estável, término do namoro ou da relação eventual) sem que a futura mãe procure o futuro pai para lhe participar a notícia, não se lhe poderá imputar, depois, a responsabilidade por abandono afetivo, se este não tomou conhecimento sequer do fato da concepção. Não conhecendo o fato da concepção, não soube do nascimento e não provocou a ruptura do vínculo afetivo, posto que este nunca se efetivou. No entanto, pode ser que este pai sinta-se moralmente prejudicado pelo desconhecimento de sua descendência e procure um mecanismo jurídico para se ressarcir da ocultação de

²⁵ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 249-276. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: < <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em: junho de 2012.

sua paternidade. A ocultação da paternidade, ademais, consubstancia em crime previsto no art. 242 do Código Penal:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Todavia, esta hipótese não poderá ser objeto da responsabilidade civil se a mãe não dispuser de meios para localizar o pai, cabendo a este, tão-somente, pleitear a constituição judicial do vínculo paterno filial. Por outro lado, se a mãe, podendo localizar o pai, não envidou os esforços necessários para que este fosse informado de sua descendência, configura-se a omissão da mãe, cuja ação poderia originar laços de afeto oriundos da relação paterno-filial formada. A dúvida que permanece, no entanto, é a que diz respeito à efetiva possibilidade de se verificar se esta omissão se deu em face de um dever jurídico, quando então se poderá alegar a violação ou quebra a este dever, com a consequente responsabilização daquela mãe. Tal situação ainda nem bem está definida pelo pensamento doutrinário atual, nem se encontra presente no percurso jurisprudencial, com chances de criar uma tendência de encaminhamento.

Bem por isso, e como se vê, fica bem evidenciada a necessidade de uma análise criteriosa e mais apurada dos elementos do dever de indenizar, por meio dos quais melhor se poderá estudar os caminhos que levam à configuração desta obrigação, quando ela efetivamente se produzir.

3.2. CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS: DESENVOLVIMENTO

PSICOSSOCIAL DA CRIANÇA E CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO

A formação da pessoa humana reflete a importância em todas as esferas sociais por repercutir na situação moral da sociedade e das consequências que dela advém.

Formar uma pessoa, não é um simples método de reprodução, mas de produção de um mundo novo. Cada pessoa que nasce, transmite e recebe um pouco de si e dos outros, já que todos participamos de um mesmo mundo. Na educação da criança é necessário transmitir os valores primordiais, e não, apenas deixar para que ela aprenda sozinha.

Sobre o assunto, o papa Bento XVI, em resposta a uma entrevista à Bayerischer Rundfunk (ARD), ZDF, Deutsche Welle e Rádio Vaticano, apresenta a importância do tema, confrontando com aspectos da vida cotidiana:

Pergunta: Santo Padre, (...) Em todo o mundo, os fiéis esperam da Igreja Católica, respostas aos problemas globais mais urgentes, como a AIDS e a superpopulação. Por que é que a Igreja Católica insiste tanto sobre a moral, antepondo-a às tentativas de solução concreta para esses problemas cruciais da humanidade, por exemplo, no continente africano?

Bento XVI: É verdade! Este é o problema: insistimos realmente tanto sobre a moral? Eu diria - e tenho me convencido disso sempre mais, também no diálogo com os bispos africanos – que **a questão fundamental, se quisermos progredir nesse campo, se chama educação, formação. O progresso somente pode ser verdadeiro, se servir à pessoa humana; se a própria pessoa humana crescer, assim como também a sua capacidade moral, e não apenas o seu poder técnico. Eu creio que o verdadeiro problema da nossa situação histórica seja o desequilíbrio entre o crescimento incrivelmente rápido do nosso poder técnico e a nossa capacidade moral, que não cresce proporcionalmente. Por isso, a formação da pessoa humana é a verdadeira receita, eu diria "a chave de tudo", e esse é também o nosso caminho. Essa formação tem - em resumo - duas dimensões. Antes de mais, naturalmente, devemos aprender: adquirir o saber, a capacidade, o know-how, como se diz habitualmente. Nesse sentido, a Europa e a América fizeram muito, nas últimas décadas, e isso é muito importante. Mas se se difunde apenas o know-how, se se ensina apenas como se constroem e se usam as máquinas, e como se empregam os meios de contracepção, então não devemos espantar-nos se, no final, nos encontramos com as guerras e as epidemias da AIDS. Nós necessitamos de duas dimensões: é preciso, ao mesmo tempo, a formação do coração - se posso expressar-me assim - com o qual a pessoa humana adquire as referências e aprende, assim, a usar corretamente a técnica, que também é necessária. E é isso que procuramos fazer. Em toda a África e também em muitos países da Ásia, temos uma grande rede de escolas de todos os níveis, onde, antes de tudo, se pode aprender, adquirir verdadeiro conhecimento e capacidade profissional, e, com isso, obter autonomia e liberdade. Nessas escolas, procuramos não apenas ensinar o know-how, mas também formar pessoas humanas que queiram reconciliar-se, que saibam construir e não destruir, e que tenham as referências**

necessárias à convivência. Em grande parte da África, as relações entre muçulmanos e cristãos são exemplares. Os bispos formaram comissões conjuntas, com os muçulmanos, para buscar estabelecer a paz nas situações de conflito. E essa rede de escolas, de aprendizagem e de formação humana, que é muito importante, é completada por uma rede de hospitais e de centros de assistência, que alcança, de maneira capilar, até mesmo as aldeias mais remotas. E em muitos lugares, depois de todas as destruições da guerra, a Igreja permanece como único poder intacto - não poder, mas realidade! Uma realidade onde se tratam também os doentes de AIDS, e onde, por outro lado, se oferece uma educação que ajuda a estabelecer as justas relações com os demais. Por isso, creio que deveria ser corrigida a imagem segundo a qual semeamos, à nossa volta, somente rígidis "Não!". Exatamente na África, atua-se muito, para que as diversas dimensões da formação possam integrar-se e, assim, se torne possível superar a violência e também as epidemias, entre as quais precisamos de incluir também a malária e a tuberculose.

-Entrevista do Papa Bento XVI, concedida à Bayerischer Rundfunk (ARD), ZDF, Deutsche Welle e Rádio Vaticano. Original em língua alemã. Castelgandolfo, 5 de Agosto de 2006.

-Grifos meus-

Em primeiro lugar, é preciso considerar-se que a existência plena do ser humano, adulto ou criança, se dá no mundo e, portanto, não pode ser considerada à parte deste. Em síntese: o ser humano não existe à parte no mundo.

O mundo não deve ser considerado como uma área exterior ao ser humano, mas como o plano em que o ser humano se abre à compreensão, no qual irá manifestar a sua existência, no sentido de se exteriorizar, e vivenciar os fenômenos, ou seja, as manifestações da realidade do mundo que o cerca.

A existência do homem no mundo é consciente, mas no entanto não é uma consciência estática, trata-se de uma consciência evolutiva, em especial, para o ser humano em desenvolvimento - a criança.

A família tem uma história que deve ser considerada sempre em sua essência, reconhecida em sua singularidade e analisada em seu ciclo vital. Ela passa por etapas que se iniciam com a dupla esposo-esposa e evoluem para uma situação mais complexa quando nascem os filhos. A cada integrante que nasce aumentam as possibilidades relacionais bem como a complexidade dessas relações.

Para Eliete Teixeira- Belfort Mattos:

O período que vai do nascimento dos filhos até a fase adulta caracteriza-se pela existência de muitos conflitos, pela própria necessidade do ser humano de vivenciar situações que propiciem o seu desenvolvimento emocional, garantindo seu amadurecimento ao chegar na fase adulta. Para tanto, é necessário que o ambiente favoreça para seus membros as vivências emocionais de cada fase de seu desenvolvimento evolutivo. (MATTOS, 1988, P.60)²⁶

Desde o nascimento, quando a criança se apresenta totalmente dependente, num primeiro momento da mãe que a introduz no meio que a circunda, até poder se relacionar com o pai e demais membros da família e alcançar a fase adulta, o indivíduo passara pelo processo de crescimento no qual irá se diferenciando e se identificando como pessoa.

Nesse crescimento, as principais fontes de referência da criança são as pessoas que a circundam e o meio onde vive. É o que considera Eliete Teixeira-Belfort Mattos:

Assim, através da reciprocidade das relações, da observação e da imitação, vai aprendendo a desempenhar os papéis. Inicialmente, parece ser somente uma brincadeira; no entanto, a brincadeira serve para que a criança incorpore todos esses primeiros papéis como um registro, para mais tarde ampliá-lo e se relacionar com o mundo. (MATTOS, 1988, P.60)²⁷

A família, como principal agente de socialização, influencia seus membros das formas mais diversas, esperando fazer deles um prolongamento de si mesma e de seu meio cultural. Quando a criança aprende a desempenhar papéis, passa a participar do mundo social e, quando interioriza esses papéis, passa a se tornar subjetivamente real para ela.

No entanto, nem sempre é possível a existência de relações tranquilas, ainda mais quando os membros de um grupo familiar se encontram na fase de conquista de seus espaços, não só físicos, mas principalmente afetivos.

É muito complexa essa interação entre criança e a família e facilita o aparecimento de confusões, duplicidades, ambivalências e distorções de papéis. Estes elementos é que podem trazer agravos à saúde mental dos indivíduos de um grupo familiar.

[...] o caráter de equilíbrio da relação familiar depende dos elementos Pai e Mãe. Quando um desses elementos não se encontra em

²⁶ Texto de MATTOS pertence ao livro: SLYWITCH, Miron Vladimir(cord.). **Desenvolvimento psicossocial da criança: abordagem pediátrica e psicológica.** São Paulo, 1988, p.61-65

²⁷ Idem.

condições de manter-se equilibrado, a rede familiar inteira está comprometida. (MATTOS, 1988, P.61)²⁸

É importante lembrar que os pais, cada qual, trazem em sua bagagem a experiência que teve em seus grupos familiares de origem.

A experiência do grupo familiar ajuda a criança em sua aprendizagem de “ser pessoa” e um dos papéis principais da família é o de fornecer essas experiências, que darão à criança o domínio de si mesma.

Logo, é de concluir-se que a omissão de um dos genitores repercute drasticamente na vida da criança, já que ela precisa de ambos os espelhos para se constituir. A omissão ou o deszelo de uma das partes pode gerar problemas de índole psicológica na criança, desde traumas até dificuldades no desenvolvimento emocional saudável.

Mattos afirma que dependerá muito de caso para caso, já que em certos casos, transtornos familiares podem contribuir para fortalecer emocionalmente a criança, mas que na grande maioria acarretam consequências que podem vir longo prazo.

O conflito nas relações familiares pode ser benigno ou maligno. As formas benignas podem estimular o crescimento quando forem mobilizadas as forças construtivas de cada um dos elementos do grupo, favorecendo o equilíbrio emocional das relações estabelecidas. Quando o conflito propicia o surgimento das forças destrutivas, haverá de se questionar sobre que condições e com quais recursos se poderá readquirir o equilíbrio.

O equilíbrio da família, em última análise, resulta do grau de integração que seus membros tiverem alcançado dentro do sistema do sistema familiar e principalmente pela capacidade dos pais em assumir e desempenhar seus papéis. (MATTOS, 1988, P.65)²⁹

Conforme se vê, novamente o papel dos pais é importante para que a criança consiga enfrentar construtivamente os problemas que vierem a surgir, tal como a separação dos pais. Tal papel não é unilateral, mas sim bilateral, evitando também que se constitua a alienação do menor a respeito de um dos cônjuges.

A dor do abandono, da rejeição e da perda são sentimentos difíceis de serem superados, principalmente quando sentidos tão cedo, ainda criança. Não apenas o abandono cujos pais o deixam-na desde o nascimento. Mas também para aquela que teve pai e mãe presente, e mesmo assim ausente. Quando a criança não é

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

aceita em sua realidade, ela não vivencia a autenticidade de seus próprios sentimentos. Não é preciso que a criança seja órfã para ter esses sentimentos, mas é claro que serão mais intensos em quem realmente viveu ou vive a orfandade.

Segundo a psicóloga Rosemeire Zago, em seu artigo “Sensação de abandono na infância gera complexos”³⁰, quando o relacionamento primário fundamental foi comprometido, não havendo um envolvimento total dos pais com os cuidados básicos da criança, ela desenvolverá mecanismos inconscientes para contar com seus próprios recursos.

Diante desse abandono podemos encontrar três complexos psicológicos principais. Entendemos por complexo uma determinada situação psíquica de forte carga emocional, que muitos conhecem como "trauma". Ou seja, os complexos são portadores da energia afetiva. (ZAGO, on line)³¹

A psicóloga apresenta três principais complexos que repercutem na vida adulta da criança, são:

- Profunda sensação de ausência pessoal de valor:

Segundo salienta, a sensação de ter valor é essencial à saúde mental, pois quando se sente valiosa, a pessoa cuidará de si mesma de todas as maneiras que forem necessárias. O calor materno seria o primeiro a oferecer à criança a sensação de valor, e este amor logo ganha um novo foco, o pai.

Quando esse amor deixa de existir a pessoa se sente rejeitada, acha que fez alguma coisa errada, sendo assim, inaceitável, e passa a duvidar da razão de sua própria existência. Sentimento que pode perdurar durante anos ou uma vida inteira dentro de algumas pessoas e refletir em todas áreas de sua vida. A tão conhecida baixa auto-estima. (ZAGO, on line)³²

- Sensação de culpa:

Acrescenta que essa culpa não deve ser confundida com a culpa mais consciente que a pessoa sente quando faz algo. É uma culpa mais profunda, onde acaba por se culpar por não ser amado, aceito.

³⁰ ZAGO, Rosemeire. **Sensação de abandono na infância gera complexos**. in: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/crianca04.htm>. Acesso em: 03 fev. 2013

³¹ Idem.

³² Idem.

Essa busca pela mãe, ou pela fonte de carinho e amor, pode desencadear outros processos na vida da pessoa. É como se estivesse sempre em busca dessa proteção. Sente que tem uma dor que não pode ser aliviada, e assim, acaba por sentir pena de si mesmo, desenvolvendo muitas vezes a auto-piedade. Espera, ainda, que os outros também a vejam assim, sempre esperando que alguém venha salvá-la. (ZAGO, on line)³³

Esse quadro, segundo Rosemeire Zago, pode gerar relacionamentos de muita dependência. Como perdeu sua ligação com a fonte de sustentação da vida, apega-se a toda pessoa que possa lhe oferecer segurança.

Alguns se apegam a qualquer objeto, pessoa ou forma de comportamento que representa segurança, como sexo, dinheiro, comida, drogas, entre outros. Até o momento de perceber, o que muitas vezes pode levar anos, que esse objeto não tem o mesmo significado e não irá efetivamente suprir essa carência e esse vazio.

Poderá também desenvolver muita dificuldade em lidar com a solidão. Como não tem o bastante de si mesma, sente que tem valor apenas quando está na presença de outra pessoa, como se fosse vital para sua sobrevivência. Pode ainda desenvolver uma dependência mútua, criando um verdadeiro elo simbiótico inconsciente, ou seja, o que muitos vivem e conhecem como relação doentia. Onde nenhum dos dois consegue deixar esse vínculo, apesar do sofrimento instalado. Essa situação de excessiva dependência entre duas pessoas cria uma situação psicológica improdutiva e, conseqüentemente, não há troca, crescimento, mas sim muito sofrimento. Torna-se uma situação difícil de ser rompida, pois há muito medo de ser deixado, ficar só, evitando a todo custo, mais um abandono. (ZAGO, on line)³⁴

Segundo a autora, poderá ainda acontecer o contrário, a pessoa mesmo querendo manter a relação, abandona a outra pessoa, para que ela mesma não seja abandonada.

Essa situação de dependência pode fazer com que a pessoa torne-se a criança-vítima, ou seja, procura ser boazinha com o intuito de ser cuidada, gerando a necessidade de agradar e a dificuldade de dizer não, buscando sempre e, inconscientemente, aprovação e reconhecimento. É preciso tornar consciente sua dependência e suas eventuais conseqüências para que não fique repetindo situações de abandono. (ZAGO, on line)³⁵

- Profunda atração pela morte:

³³ Idem

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

A psicóloga afirma ainda que para a criança, o abandono por parte dos pais é equivalente à morte. Essa sensação é mais profunda em quem realmente perdeu a mãe no momento do nascimento.

Mas também por quem não foi literalmente abandonado, mas vivenciou esse medo, ele pode ressurgir mais acentuadamente em momentos de renascimento ou quando algum projeto está para ser iniciado, como em momentos de mudança, pois todo caos que precede a cada novo nascimento acaba por gerar um doloroso processo de recordação de sua experiência traumática inicial do abandono, podendo facilmente sentir-se imobilizado frente ao desconhecido, sem permitir-se crescer, transcender, resistindo às mudanças.

Pode existir em algumas pessoas a síndrome do aniversário, onde revive nesse dia seu trauma de infância, o abandono, evitando assim, qualquer tipo de comemoração. (ZAGO, on line)³⁶

Para lidar com todos esses aspectos a psicóloga indica a necessidade de ter consciência de todo esse processo e, principalmente, dos sentimentos que surgem. Falar sobre eles poderá ajudar a integrar conteúdos que estão no inconsciente ao consciente.

De qualquer forma, é visível que o transtorno é demasiadamente grande, e que infelizmente acomete a um grande número de pessoas atualmente. Ainda que muitas pessoas conscientemente não admitam, podem, inconscientemente, senti-las, sem saber a causa.

Razão pela qual, muitas crianças acabam desde cedo, procurando ajuda psicológica, ou mesmo, adultos fazendo tratamentos e terapias.

A realidade existe como consequência da imprudência, negligências somadas à irresponsabilidade dos pais que, mesmo com a obrigação legal de guarda e cuidado, afastam-se de suas proles deixando-as ao bel prazer de toda má sorte de sofrimento.

³⁶ Idem.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. NOÇÕES BÁSICAS

Desde os tempos mais remotos vislumbra-se da aplicabilidade do instituto da responsabilidade. Ao longo da história, intensas modificações se fizeram sentir quanto ao seu âmbito de incidência, em virtude da gama de situações que surgiram e reclamavam a sua apreciação.

Nos primórdios da civilização humana, em virtude de inexistir um Estado suficientemente forte pra superar os ímpetos individualistas, ou mesmo leis gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares³⁷, vigorava a ideia da autotutela, buscava-se o direito violado através do uso das próprias forças, isto é, a justiça concretizada pelas mãos do ofendido contra o ofensor, consubstanciada pela vingança privada, seja individual ou coletivamente.

A reação do ofendido era instintiva, podendo operar-se de imediato ou em momento posterior, no entanto sequer cogitava-se da culpa ou não do ofensor, bastava a existência do dano. O que denominou-se: “olho por olho dente por dente”.

Posteriormente, buscou-se o ressarcimento advindo do dano sofrido através da autocomposição, em suas modalidades: renúncia, desistência e transação. A composição econômica tornou-se inconcebível a defesa de um direito através do exercício das próprias razões, fundada no mal pelo mal, exatamente por que o castigo físico foi se transformando em um castigo econômico, de forma que o ofensor sentisse no bolso e não na pele as consequências de seus atos.

Num período seguinte, tornou-se obrigatória a recomposição econômica face à intervenção do legislador, inclusive para determinar de que maneira seria feita, ficando vedado por derradeiro o uso da retaliação.

A partir da interferência estatal na busca pela tutela do direito violado é que iniciou-se a distinção entre delitos públicos (afetavam toda a coletividade) e privados (circunscritos à esfera de interesse do próprio lesado), o que veio a influenciar

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p.27

posteriormente na diferenciação entre responsabilidade civil e penal, uma vez que naquela época não havia distinção entre as duas.

Assim, a evolução que se operou no comportamento humano voltado a ideia de justiça, culminou na responsabilidade civil do autor do dano, desvinculando-a da responsabilidade penal e, principalmente, do caráter retaliatório que historicamente possuiu.

Percebe-se com isso que a busca pela proteção de um direito, seja na órbita patrimonial ou moral, sempre existiu; porém, com a evolução das relações interpessoais, houve significativa mudança na maneira como essa tutela era perquirida.

Assim, a responsabilidade civil ganhou novo viés, deixando de ser somente objetiva, na medida em que a culpa do agente constituiu-se em elemento fundamental para sua caracterização, despontando, portanto, o caráter eminentemente subjetivo da medida.

Doutrinariamente, o termo recebe diversas acepções, mas a sua significação pode ser traduzida basicamente pela fórmula: causou um prejuízo a outrem, direta ou indiretamente, fica no dever de repará-lo; ou seja, pela responsabilidade civil nasce o dever de reparar o dano ou de ressarcir-lo, quando injustamente causado a outrem.

Da concepção de Maria Helena Diniz, compreende-se por responsabilidade civil a obrigação imposta a alguém de reparar um dano causado a outrem, seja na vertente subjetiva (a culpa pelo ilícito) ou objetiva (a culpa presumida fundada no risco):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2004, p.35).

Sob esse aspecto, entende-se, por um lado, que dever jurídico originário configura-se pela observância de uma conduta imposta pelo ordenamento jurídico, de modo a manter a ordem social, e de outro lado, tem-se que o desrespeito a essa norma importa em um dever jurídico sucessivo, qual seja, a obrigatoriedade de reparação pelo dano causado.

Carlos Roberto Gonçalves, por seu turno, assinala que a responsabilidade civil surge da necessidade de se reequilibrar as relações sociais, ou seja, funciona como um mecanismo de resposta à ofensa praticada pelo ofensor contra o ofendido, de modo que esse se veja obrigado a suportar as consequências de seus atos, senão vejamos:

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. (GONÇALVES, 2003, p.3).

No Código Civil, o ato omissivo ou comissivo, que é o primeiro pressuposto para a existência de uma responsabilização civil, está conceituado no artigo 186 do Código Civil, que determina 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.

E a sua configuração se dá através da superação dos pressupostos: ação ou omissão do agente, culpa ou dolo, nexo causal e dano.

O dano é o pressuposto básico para a responsabilização, já por força do artigo 927 caput do Código Civil, aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Podemos ter responsabilidade sem culpa ou dolo, tal qual é a responsabilidade objetiva na forma da lei, mas não poderemos ter responsabilidade sem dano.

Ressalte-se, finalmente, que o caráter dinâmico e evolutivo da sociedade contribui para que o instituto da responsabilidade civil não permaneça estático, mas em constante mutação, exigindo, por conseguinte, maior eficiência, pesquisa e operacionalização para um direito cada vez mais justo, que atenda a cada um na exata medida de suas necessidades.³⁸

A lógica da responsabilidade civil mudou profundamente nos últimos anos, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, marco zero de um direito civil renovado, revisitado pelos princípios e valores constitucionais. Foi-se o tempo

³⁸ CASSETARI, Christiano. **Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais**. Disponível em: < http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_responsabilidade_civil_dos_pais_por_abandono_afetivo_cassetari.pdf > acesso em: setembro de 2012

em que a responsabilidade civil significava apenas a sanção por uma falta, por um ato ilícito cometido, previsto em lei ou no contrato, e representava a consequência de uma conduta antijurídica. Não por acaso, considera-se que uma das revoluções mais importantes, não somente nesta matéria, mas no próprio direito civil como um todo, foi a passagem da primazia da culpa à primazia do dano, da atenção ao autor da ofensa para a atenção com a vítima, ou, ainda, a alteração do princípio, prevalecente até o início do séc. XX, de que “não há responsabilidade sem culpa” para o princípio segundo o qual “a vítima não pode ficar irressarcida”, em vigor no séc. XXI.³⁹

4.2. A RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO

Antes de adentrarmos na questão, importa explicar a terminologia do nome “abandono afetivo”, abandono significa a renúncia, a abdicação e a omissão dos pais, ou de um deles, com relação à criança. Já o afeto, ao contrário do que a corrente doutrinária oposta tenta sustentar, não significa, tão somente, o amor e o carinho, mas sim o cuidado, a vigilância, a educação, a orientação, a convivência, a correção.

É naturalmente óbvio que ninguém tem o dever de amar, mas a constituição determina que todo pai e mãe tem o dever de cuidar da sua prole, dando-a condições de crescimento e formação pessoal. Não importa se o pai ou a mãe é rude, o que importa é a presença dos dois para a formação daquela pessoa que eles colocaram no mundo, proporcionando-a todo o tipo de experiência e condição para crescer saudável, sentindo-se valorizada, motivada, respeitada, e por fim amada.

O cuidado é visto pela criança como uma forma de manifestação de amor, ainda que o pai não a ame, no sentido próprio do termo.

O que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe é que os pais façam as crianças e depois sigam suas vidas, ignorando completamente como está a situação da vida de suas proles. Tal consideração, nos leva a lembrar dos animais que abandonam suas crias, logo após desmamarem.

A pensão alimentícia não educa ninguém, não prepara ninguém para a vida, não preenche os vazios deixados pela dor do abandono.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres parentais e responsabilidade civil. Jurisprudência comentada.**

Repensar tal questão se faz necessário a fim de que possamos refrear o comportamento atual que vai desde a contracepção ao abandono generalizado.

Eduardo de Oliveira Leite é um dos pioneiros, entre nós, ao diagnosticar, corretamente, que toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para esta criança, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático; por isso, o direito positivo desenvolveu, atualmente, instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa. (LEITE apud HINORAKA, *on line*)⁴⁰

A responsabilização civil por abandono afetivo na relação paterno-filial é um importante instrumento de reordenação da vida em família e em sociedade.

Na seara de aplicação que ora proponho, temos que visualizar primeiramente o dano (sempre existente) e não a sua origem ou causa, propriamente ditas, ou seja, se se deve ou não tutelar o direito ao afeto,

É pela vítima e pela expectativa de reorganizar, tanto quanto seja possível, a essência lesada que se procura sistematizar um novo perfil para a responsabilidade civil – como se esboça neste estudo –, quando a ausência afetiva tenha produzido danos ao participe da relação paterno filial, mormente o filho. (HINORAKA, *on line*)⁴¹

Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka afirma que o endosso para uma alteração paradigmática tão significativa vem de todos os lados da melhor doutrina de reconstrução do pensamento jurídico contemporâneo, mas, segundo ela, vem especialmente da lição derradeira de Caio Mário da Silva Pereira, quando afirmou que não pretendia “romper com toda uma tradição civilista e proceder a um processo de futurologia, para descrever toda a estrutura civilista, esboçando um novo Direito, como que tirado do nada”. Nem que o animava “uma atitude iconoclasta, com a destruição da ordem jurídica existente e criação de um *novus ordo*”. “Tudo o que acontece no mundo” – prosseguiu o insigne civilista brasileiro de todos os tempos – “acontece uma só vez”.⁴²

⁴⁰ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: <: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289>> acesso em: 12 nov. 2012

⁴¹ Idem.

⁴² Todos esses textos citados neste período, por recortes, constroem o famoso prefácio de Caio Mário da Silva Pereira em sua obra Direito civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. IX-X. in: HINORAKA,

Percebemos que Caio Mário da Silva Pereira, citado por Hinoraka, abre as cortinas do futuro para afirmar que “uma reforma do Direito Civil tem de considerar que ninguém se pode instalar comodamente deitado sobre a ordem estabelecida; e esperar inerte que a justiça lhe caia do céu”. Sendo que: “O Direito do século XXI forçosamente será diferente do presente, em razão de que o mundo está em permanente mutação – um *perpetuo mobile* – que constantemente terá de absorver o caráter mutante de uma sociedade em permanente evolução”. Seu arremate tem como sentido dizer o que todos nós, hoje, vemos com clareza cada vez maior.⁴³

Tenho sentido que se realiza uma transformação nos conceitos jurídicos, permitindo antever que, sobre o Direito que recebemos de nossos maiores, já se desenham as mudanças, permitindo às novas gerações readquirir a fé e a esperança em novos valores. (PEREIRA apud HINORAKA, *on line*)⁴⁴

Segundo conclui Hinoraka (*on line*), é, pois, nesse ambiente de revisão, de releitura, de transformação da responsabilização civil nos dias atuais que se situa, inegavelmente, a possibilidade de falar de danos, na relação paterno-filial, derivados do abandono afetivo.

Hinoraka apresenta Sérgio Resende de Barros como um combativo defensor da ideia de que o afeto é “um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.”⁴⁵ Trata-se de liberdade – assim como a liberdade de contratar⁴⁶ – que não pode ser sonogada, ele diz, e negá-la seria o mesmo que “renegar ao regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito exigido pelo art. 1º da Constituição”.(BARROS apud HINORAKA, *on line*)⁴⁷

Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** In: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289> acesso em: 12 nov. 2012

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Sérgio Resende de Barros. A ideologia do afeto. Revista IBDFAM. Del Rey. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=40>>. in: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** In: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289>> acesso em: 12 nov. 2012

⁴⁶ O autor diz que, assim como a liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição brasileira de 1988, cujo § 2º do art. 5º não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados.

⁴⁷ Sérgio Resende de Barros. A ideologia do afeto, cit. in: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** In: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289>> acesso em: 12 nov. 2012

Mas é ele também quem adverte que “o afeto, em si, não pode ser incluído no patrimônio moral de um ou de outro, de tal modo que da sua deterioração resulte a obrigação de indenizar o ‘prejudicado’.”⁴⁸ O que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial – para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.

O *pressuposto* desse dever de indenizar – além da presença inofismável do dano – é a *existência efetiva* de uma relação paterno-filial em que ocorreu, *culposamente*, o *abandono afetivo*, pouco importando as circunstâncias múltiplas que possam ter originado a relação paterno-filial ou materno-filial.⁴⁹

Pouco importa como a prole se originou, ou do tipo de relacionamento existente entre os genitores. Importa apenas, como *pressuposto* e suporte fático à pretensão de reparar danos decorrentes de abandono afetivo, que exista, efetivamente, uma relação paterno-filial ou materno-filial no caso em questão.

A existência de tal relação ultrapassa, sem sombras de dúvida, o simples contorno biológico da mesma, já que a evolução da concepção de família, passou a abranger toda a união pautada no afeto e no *intuito familis*.

O fato é que, existem pais biológicos que nunca souberam de sua condição, assim como existem pais biológicos que se distanciaram afetivamente de seus filhos por razões alheias à sua vontade real; e, também, existem aqueles pais cujo relacionamentos paterno-filiais é pautado pela ausência afetiva, mas que, embora possa ter produzido danos, poderão não configurar situações sólidas de suporte à

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ É interessante conferir a posição de outros doutrinadores nacionais acerca do rol de pressupostos e de fundamentos do dever de indenizar por abandono afetivo, uma vez que, como acontece para Rolf Madaleno, a conduta culposa – o ato ilícito, portanto – é menos significativa que o abuso de direito (que não depende da culpa, pois sua noção extrapola a teoria da responsabilidade civil). Vale a pena conferir essa linha de raciocínio, no estudo deste autor gaúcho: “Portanto”, escreve ele, “deixou a família de ser imune ao direito de danos, encontrando o pedido de indenização o seu fundamento não exatamente no ato ilícito, mas no abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro, ainda que exclusivamente moral.” (Rolf Madaleno. O preço do afeto, cit.)

demanda, daí importa de imediato afirmar, que não é todo abandono que configura causa de responsabilização.

Tal fato corrobora com a mudança de perspectiva que hora tento demonstrar, o dano deve ser analisado primeiro que a causa, já que este vem sendo considerado, pela melhor doutrina, *in re ipsa*, sendo considerado, inclusive, como presumível diante do ordenamento jurídico protetivo da criança:

O *fundamento* desse dever de indenizar, por certo, demanda uma reflexão lastreada na *dignidade da pessoa humana* e no correto *desenvolvimento sociopsicocultural* dos filhos. Em sede de responsabilidade civil, como em todo o ordenamento civil, os princípios constitucionais de *solidariedade social* e de *dignidade humana* encontram-se presentes como *atributo valorativo que funda* a pretensão reparatória; também se apresentam tais princípios como uma espécie de *auto critério* de justificação da própria responsabilização civil. Judith Martins-Costa, ao analisar a reestruturação do Direito Privado na contemporaneidade, registra que “o conceito de ‘dano’ não é dado, mas sim ‘construído’ e, mais ainda, é, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um ‘conceito situado’.”⁵⁰ O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra, por isso, os seus elementos constitutivos na funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa do filho. Dessa forma, busca-se analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo tal paradigma. (HINORAKA, on line)⁵¹

Por último, precisamos delinear quais seriam os fundamentos que serviriam de lastro para a reparação por abandono afetivo, e quais lastros normativos serviriam de norte para a verificação da ocorrência de dano efetivo e injusto.

Um dos fundamentos da Constituição Federal – como já se referiu antes – estabelecido no art. 1º, inc. III, é exatamente a dignidade da pessoa humana. O respeito à essa dignidade passa, também, pelo ambiente familiar e pela possibilidade de correlação afetiva entre seus membros, para assegurá-la como bem

⁵⁰ Judith Martins-Costa. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** In: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289>> acesso em: 12 nov. 2012

⁵¹ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** In: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289>> acesso em: 12 nov. 2012

maior que é. Este é certamente o primeiro lastro normativo a ser indicado, ápice de toda a construção legislativa do país.⁵²

Ainda na Constituição Federal se insere o dever de educar, à família, no art. 205. A extensão desse dever está previsto, no supercitado art. 227 da mesma Lei Maior, que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, 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.

O art. 229, a seguir, imputa aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Na ordem infraconstitucional, a normativa autorizadora e fundadora da pretensão do lesado evidencia a existência de um direito-dever, incumbido aos pais, de cuidar de sua prole e de protegê-la, não apenas sob as demandas materiais, mas, especialmente, sob as demandas emocionais, psíquicas, além das de ordem mental, moral, espiritual e social. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no art. 3º, prescreve que

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-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.

O mesmo Estatuto, adiante, nos seus arts. 19 e 20, reafirmam o direito da criança e do adolescente a “ser criado e educado no seio da sua família”, imputando aos pais “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”. Complementarmente, o art. 249 opera a previsão de sanção administrativa, a ser imposta a qualquer dos pais que infringir os seus deveres oriundos do pátrio poder.

Ao considerar o próprio Código Civil, observa-se que o sustento, a guarda e a educação dos filhos incumbem aos pais, atividades que são elencadas entre os deveres conjugais descritos no art. 1.566, inc. IV. Em seguida, em capítulo especial, o Código dispõe sobre a proteção da pessoa dos filhos, nos arts. 1.583 a 1.590, em

⁵² Idem.

caso de rompimento do casamento de seus pais, a observar sempre o interesse da criança.

4.3. ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR E SUA APLICAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO⁵³

Podemos verificar, então, que o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, e a constitucionalização e estatização do compromisso paterno e materno filial, uma vez que estes devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos.

Aqui, buscarei analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo este paradigma.

4.3.1. Dano

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, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, como já tratado em tópico específico deste trabalho, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança.

⁵³ O estudo seguiu as linhas de pensamento de Giselda Hinoraka, no seu trabalho, salvo as considerados a cerca da característica *in re ipsa* do dano moral: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** In: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289>> acesso em: 12 nov. 2012

Mas mesmo na hipótese de casais separados com filhos recém-nascidos, em que este pai ou esta mãe não-guardiões se afastam do convívio com o filho, deixando vago o espaço que deveria ser por eles ocupado, pode ser possível configurar o dano de corrente do abandono em si. Assim, parece fora de questão que a ausência prolongada deste pai ou desta mãe pode acarretar transtornos à conformação psíquica da criança, com possíveis consequências em suas relações sociais na exata medida em que se estabeleça de forma a produzir não só a sensação de abandono, mas também e principalmente, a sensação de rejeição de um pai ou de uma mãe que não lhe foi dado conhecer, muito embora entre eles se mantenha, ou possa se manter, um contato patrimonial, na medida em que o genitor ausente cumpra, a contento, o dever de sustento, por exemplo.⁵⁴

No entanto, importa aqui, chamar atenção para o fato de que é necessário a devida comprovação do dano, em qualquer caso de abandono. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.

Indagação interessante que poderia ser levantada, neste passo, e por conta da análise deste primeiro elemento do dever de indenizar – o dano – seria esta que diz respeito ao fato de que só filhos menores poderiam ser prejudicados pela ausência de afeto, no desempenho integral do dever de educação e convívio a ser produzido pelos seus genitores.

Neste sentido estão, por exemplo, e como argumento de autoridade, as conclusões de Maria Isabel Pereira da Costa, nas quais está autora registra que o dano vinculado ao fato de *abandono afetivo* e o consequente dever de indenizar não podem se configurar em face dos adultos, na medida em que estes já teriam sua personalidade totalmente conformada, *verbis*:

Assim, só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade. (...) No caso do afeto, a cobrança da reciprocidade pura e simples não é conveniente, pois os filhos não têm o dever de fornecer as condições para formar a personalidade dos pais, por impossibilidade absoluta! (COSTA apud HINORAKA, on line)⁵⁵

Inversamente, contudo, e igualmente como argumento de autoridade a ser considerado, estão as análises oriundas de estudos psicológicos sobre o tema,

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

segundo os quais se tem entendido que nada há que possa garantir que a personalidade – enquanto atributo pessoal da dignidade humana seja um processo de contínua evolução e que, por isso, não seja um dado acabado ou completo com a assunção da plena capacidade – não se modifica mais, depois que esta etapa etária da vida de uma pessoa tenha sido alcançada.

É este, portanto, um assunto a ser bem pensado e cuidadosamente tratado, no caso concreto, quando este se apresentar à consideração judicial. Novamente aqui, esquemas fechados de organização do raciocínio jurídico não podem ser aceitos, de modo integral, sem chance de flexibilização das hipóteses concretas.

Demanda-se a análise criteriosa do caso, e de uma rigorosa prova pericial, a fim de que se estabeleça o nexo entre o dano psicossocial e seu causador.

4.3.2. Culpa⁵⁶

Além da inquestionável concretização do dano como elemento da configuração do dever de indenizar, torna-se necessária a demonstração da culpa do pai ou da mãe, que se ocultou da convivência com o filho, e deliberadamente negou a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente.

Conforme a Carta Magna o princípio da legalidade pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF), podemos afirmar que ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto a outrem. Tal assertiva é correta, mas é preciso lembrar que a família é a base do Estado, cabendo ao Estado e à sociedade a persecução de todos os meios para que seja garantida na forma da lei, assim, é o direito de família que institucionaliza a parentalidade no espaço público, edificando as bases para o seu funcionamento privado. Daí, aliás, decorre o próprio princípio da indisponibilidade do estado das pessoas.

De modo que é evidente que a lei não exige que um pai ame seus filhos; mas ela demanda que o pai se comporte como se os amasse, isto é, criando-os, educando-os e sustentando-os. Tal responsabilidade não é facultativa. É a lei a

⁵⁶ A análise do pressuposto da culpa na reponsabilidade civil por abandono afetivo foi retirado do estudo feito por Maria Celina Bodin de Moraes, denominado *Deveres parentais e responsabilidade civil*, em que dicorre sobre 'Relações parentais e danos *in re ipsa*'.

impor o dever, além do sustento, de criação e educação dos filhos (art. 1.634, I e II, CC e arts. 3º, 4º e 5º, entre outros, do ECA). Uma das consequências do descumprimento desses deveres é a perda do poder familiar (art. 1.637, CC), mas não é a única. Uma vez que foram lesados interesses constitucionalmente protegidos do filho (*ex vi* do art. 227, CF), impõe-se a reparação dos danos morais que a negligência no desempenho dos deveres paternos gerou.

Como visto no item anterior deste capítulo, o dano gerado ao filho é de ordem moral, e como tal consubstancia *in re ipsa*, ou seja, é admitido independente de prova, já que o sofrimento não pode ser mensurável, quantificável tal como as questões de cunho material.

Tal é o entendimento jurisprudencial dominante, no entanto, a temática apresenta contornos específicos quando se trata das inúmeras formas e expressões do abandono, negligência ou omissão nos deveres objetivos de cuidado consagrados na Carta Magna.

Conforme mencionado na parte introdutória deste capítulo, a lógica da responsabilidade civil mudou profundamente nos últimos anos, especialmente a partir da nova ordem constitucional que renovou o direito privado, sobretudo, no campo da responsabilidade civil, que deixou de ser a sanção de um ato ilícito cometido, para ser o meio de ressarcimento. Significou, em outras palavras:

A passagem da primazia da culpa à primazia do dano, da atenção ao autor da ofensa para a atenção com a vítima, ou, ainda, a alteração do princípio “não há responsabilidade sem culpa” para o princípio segundo o qual “a vítima não pode ficar irressarcida”, em vigor no séc. XXI. (DE MORAES, 2005, p. 57)⁵⁷

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou.

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p.57), ressarcíveis não são os danos *causados* mas sim os danos *sofridos*. Se o pai não tem culpa de não amar

⁵⁷ ARTIGO: DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Deveres parentais e responsabilidade civil**. *Jurisprudência comentada*. in: Revista dos Tribunais, n. 779, 2000, pp. 47-63.

seus filhos, terá a culpa de tê-los abandonado. Assim, como se verá, o pai ou a mãe deve arcar com a responsabilidade pelo abandonado, em virtude de não ter cumprido com o seu dever de dar assistência moral, não ter convivido, não ter educado, e por todos os demais deveres impostos por lei.

Parte da melhor doutrina que se ocupa do tema vem aceitando a tese da reparação de danos morais nas relações parentais.⁵⁸

Aponta Maria Celina que alguns autores, no entanto, ao admitirem o dano moral:

Advertem que será preciso avaliar como o filho administrou a indiferença paterna em sua vida⁵⁹ sendo necessário, em tais casos, a comprovação de um acompanhamento psicológico, ou quando este inexistir, de uma análise pericial criteriosa. Neste caso, então, o dano moral não seria *in re ipsa*, ou seja, e simples fato do abandono afetivo não ensejaria, por si só, a compensação, sendo necessária a prova do dano psíquico efetivamente causado, ou seja, para fazer jus à reparação, seria necessária uma robusta prova das consequências deletérias do abandono paterno. (DE MORAIS, 2005, p.58)⁶⁰

No entanto, o dano moral vem sendo considerado como *in re ipsa* pela jurisprudência consolidada do STJ,⁶¹ que se baseia na doutrina nacional majoritária, que, por sua vez, tomou tal posição a partir da jurisprudência francesa. O principal argumento a favor da condição *in re ipsa* do dano moral é o de que a prova do

⁵⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade civil dos pais, in Y. S. Cahali (coord.), *Responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 71 e ss.; Giselda Hironaka, Responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, in G. Hironaka (org.), *Direito e responsabilidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 1 e ss.; Cláudia Stein Vieira, A relação jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil, in G. Hironaka (org.), *Direito e responsabilidade*, cit., p. 47 e ss.; Luiz Felipe Brasil Santos, Pais, filhos e danos, disponível em www.espacovital.com.br, acesso em 20.06.2005; Álvaro Villaça Azevedo, Abandono moral, in *Jornal do Advogado – OAB/SP*, n. 289, dez. 2004, p. 14, disponível em <http://www.oabsp.org.br/jornal>, acesso em 10.01.2005; Inácio de Carvalho Neto, *Responsabilidade civil no direito de família*, Curitiba: Ed. Juruá, 2004, p. 435 e ss. V., também, sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira, Pai, por que me abandonaste?, in T. da Silva Pereira (coord.), *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, pp. 575 e ss. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Jurisprudência comentada.

⁵⁹ Assim Teresa Ancona López, Abandono moral, in *Jornal do Advogado – OAB/SP*, n. 289, dez. 2004, p. 14, disponível em <http://www.oabsp.org.br/jornal>, acesso em 10.01.2005. Na doutrina argentina, mencione-se Mosset Iturraspe, Lidia Makianich de Basset e Delia M. Gutierrez In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Jurisprudência comentada.

⁶⁰ ARTIGO: DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Deveres parentais e responsabilidade civil. Jurisprudência comentada.** in: *Revista dos Tribunais*, n. 779, 2000, pp. 47-63.

⁶¹ STJ, 4ª T., REsp. 23.575, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, publ. DJ 01.09.1997 (“A concepção atual da doutrina orientase no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo.”); STJ, 3ª T., REsp. 86.271, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publ. DJ 09.12.1997 (“Dano moral - Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensinam [...]”). In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Jurisprudência comentada.

sofrimento é inviável e desnecessária, admitindo, assim, que o dano moral se prova por si mesmo⁶².

Na jurisprudência pátria, só excepcionalmente se exige alguma prova da dor, como nas hipóteses de inadimplemento contratual, por exemplo, quando se considera que, na maioria dos casos, não há sofrimento apto a configurar o dano.

Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p.60), embora não concorde com a conceituação do dano moral como mero sofrimento, acredita ser correto que o dano moral acha-se *in re ipsa* uma vez que, para sua configuração, será suficiente a violação de um interesse constitucionalmente protegido, relativo ao princípio da dignidade humana, independentemente de qualquer outra prova.

Uma das problemáticas mais complexas estaria no fato de que não se pode saber ao certo, de início, se houve abandono paterno ou se foi a mãe, a guardiã na imensa maioria dos casos, que impediu a visita e a convivência do pai com os filhos, colocando os filhos contra o pai.

Esta, contudo, é claramente uma questão de prova: se o pai foi impedido de se relacionar com seu filho, não terá culpa, não podendo recair-lhe a responsabilidade pelo afastamento, esta, no entanto, incidirá sobre quem impossibilitou a relação.

Situação inversa será aquela em que o afastamento se deu por culpa do pai, situação na qual Maria Celina Bodin de Moraes configura *in re ipsa*:

Se, porém, o afastamento foi devido à negligência paterna, não se vê porque deveria o dano moral neste caso ter que ser provado através de perícia médica. A prova a se exigir, portanto, não é a do dano psíquico em si mesmo mas a do fato danoso e da titularidade da ofensa. (DE MORAES, P. 61)

O que deve ser comprovado, segundo a autora, é o fato cometido, já que a consequência já é previsível pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o fato: afastamento/abandono desencadeará uma consequência lógica que será o dano psicossocial na pessoa do filho.

⁶² Neste sentido, v. STJ, 3ª T., REsp. 174.382, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publ. DJ 13.12.1999, em cuja ementa se lê: "O dano moral resulta do próprio evento, que, segundo o acórdão recorrido, acarretou trauma psíquico, gerando a obrigação de indenizar a esse título."

Os psicólogos asseguram que a reação a certos momentos de dificuldade, como é o caso da solidão, rejeição e abandono, que sofre a criança ora estudada, pode repercutir de várias formas na vida desta criança, a situação lógica comum é que estas crianças sofrem e tem diversos danos psicológicos, que são restaurados gradualmente, quando amparadas por terceiros ou diante de situações naturais da vida. Já outras, conseguem extrair desta experiência, força e amadurecimento de um modo rápido e preciso, mas em todo caso, elas sentiram e os danos repercutiram na sua esfera pessoal.

Conforme analisam os psicanalistas, a resposta ao sofrimento depende dos esforços de cada um e da forma como ele se apresenta no meio em que a pessoa vive. Digamos, assim, se o pai supriu de alguma forma o vazio, ou permitiu o amadurecimento saudável da questão para a criança, est responderá mais facilmente a situação de crise que viverá. Se a criança for amparada por amigos e familiares que ensinem e apoiem a criança a encarar a situação por um ângulo melhor, igualmente, haverá uma resposta mais satisfatória na evolução do quadro de crise que vive.

Por isso é importante investigar não a dor, mas sim a causa da dor, pois esta existirá em todo e qualquer caso, sem contar nos demais prejuízos aos direitos de cunho personalíssimo, tal como o direito a convivência, ao cuidado, ao amparo, ao lazer, e tantos outros que serão desrespeitados. Não chego mencionar um direito ao amor, pois este ainda é impossível, frente as limitações do homem⁶³. É inegável os transtornos de ordem social e psicológica na vida de um ser em desenvolvimento, como observado em capítulo próprio desta monografia, os pais são indispensáveis para a formação e inserção do filho na sociedade. Tal dano é *in re ipsa*, é um fato notório o prejuízo aos direitos destas crianças.

Outra questão relevante nesta matéria refere-se à negação ou ocultação de paternidade. Esta última, geralmente atribuída à mãe, também gera indenização ao impedir o normal desenvolvimento da relação paterno-filial. Discute-se se, em havendo paternidade substituta, a paternidade biológica deve ser necessariamente descortinada e se esta ocultação ensejaria dano moral. Embora todos tenham direito

⁶³ Aqui, quero me referir ao fato de não ser possível pedir o amor a um pai, ou uma mãe, que pode, por exemplo, está saindo de uma relação conjugal conflituosa e, por esta razão, pode se encontrar em situação de crise, a ponto de evitar sua prole.

a conhecer a sua verdadeira origem genética, parece excessivo impor tal dever em caso de existência de relação paterno-filial. O dano, lembre-se, diz respeito à (falta de) convivência paterno filial e esta convivência pode se dar tanto em relação à paternidade biológica quanto substituta.

Quanto ao reconhecimento não espontâneo da paternidade, o que é preciso distinguir é se o pai sabia ou não da existência do filho e se se negou ou não a reconhecê-lo. A responsabilidade, em todos estes casos, é subjetiva, e será preciso demonstrar a negligência do pai. Se este não tinha conhecimento da existência do filho, evidentemente não poderá ser responsabilizado pela falta de convivência; se fazia alguma vaga ideia mas não se negou a reconhecê-lo, tampouco deverá ser responsabilizado pelo reconhecimento não espontâneo. Outra será a situação quando se prove (e a prova é imprescindível) que tinha conhecimento e se negou ao reconhecimento, quando então caberá reparação por abandono afetivo.

Enfim, quanto à idade da vítima, para fins da reparação, não há que se fazer qualquer diferenciação. Independentemente da idade do filho, quando do reconhecimento, terá ele direito à reparação do dano decorrente da “deserção” paterna, se foi privado de estabelecer uma relação paterno-filial. De fato, a ação investigatória é declaratória, com efeitos retroativos, de modo que o argumento de que “a condição de filho era inexistente”⁶⁴ não parece suficiente para excluir a compensação.

4.3.3. Nexo de causalidade

A responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo é calcada na ideia de culpa, razão pela qual se torna mais difícil a sua configuração. No entanto, não reside aí a dificuldade maior da hipótese, mas, sim, na configuração do nexos de causalidade.

Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor omissivo que abandona afetivamente a sua prole, e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer a extensão dos danos sofridos pelo filho, mais difícil será estabelecer o necessário nexos de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado.

⁶⁴ Assim, a decisão do TJRS, 5ª C.C., Ap. Cív. 59612757, Rel. Des. Araken de Assis, julg. 15.08.1996.

Em todo caso devemos iniciar o estudo do nexu por dois ângulos: se a postura desidiosa foi culposa ou dolosa, e se dela originou o dano comprovado.

Em virtude da crescente utilização da responsabilidade civil, acredito ser importante chamar a atenção para o fato de que devemos ter total cuidado para não criarmos uma indústria de indenizações. O fato existe, e deve ser freado, não podemos aceitar um futuro em que os pais se tornem excessivamente individualistas, a fato de abandonarem suas proles, para cuidarem de suas vidas. A atual concepção da família moderna vem corroborar para o que aqui estou dizendo.

Não podemos deixar que os pais tornem-se cada vez mais irresponsáveis, já nos basta sabermos da realidade de adolescentes cada vez mais novas se tornarem mães. O filho deve ser encarado como um sujeito e não um objeto, se o ordenamento jurídico não lhe assegurar condições para nascer e se desenvolver saudavelmente, a triste realidade que vivemos, se demonstrará cada vez mais arruinada, primeiro, que muitos pais deixariam seus filhos de lado para cuidarem de suas vidas, e segundo, que com a popularização da descriminalização do aborto, talvez estes filhos nem mesmo existiriam.

Pensar no Direito é pensar em construir uma sociedade melhor, o Direito existe para a sociedade, mas esta só existe de tal forma, se antes existir o Direito. O Direito regula e protege os institutos básicos do relacionamento social, e a família, como base do Estado, é o instituto que deve ser melhor regulado.

Quando defendemos a responsabilização dos pais por abandono, a aplicação de multas, a perda do poder familiar, buscamos desincentivar condutas dessa natureza através de sanções de cunho pedagógico. Assim, dificilmente um genitor que teve de reparar o abandono de um filho reincidirá no dano em relação a outros descendentes, como também a tendência será a maior preocupação dos pais quanto ao seu papel de orientador e formador dos seus descendentes.

Estamos tentando frear o avanço do desamor, buscando punir para educar, a fim de unir mais as famílias, ou ao menos, os pais com seus filhos. O homem precisa de trabalho, de dinheiro, de casa, de saúde, mas sem amor, sem amizades, sem carinho, ele não conseguirá o principal, a felicidade.

Pensando nisso é que a constituição e a legislação pátria busca assegurar todos os cuidados indispensáveis ao desenvolvimento saudável das crianças, independente dos pais estarem unidos ou separados de fato.

No que tange ao dever de sustento, vê-se que a postura do Judiciário brasileiro mostra-se intransigente: há que se prestar a promoção material das necessidades dos filhos, sob pena, inclusive, de prisão civil. Entretanto, diante da profunda modificação das instituições familiares hodiernas, suscita-se a necessidade de discutir a problemática da importância da família como responsável pela subsistência emocional dos indivíduos a ponto de ser capaz de moldar a personalidade dos filhos, segundo os valores que são edificados no âmbito dessa entidade. Assim, não deve prevalecer que a necessidade de alimentação é mais imperiosa do que o direito de receber uma orientação educacional, afetiva e diretrizes comportamentais, sob pena de prejuízo não só para a entidade familiar, mas de toda a sociedade. No que diz respeito ao disciplinamento legal da matéria, uma vez reconhecido o sobredito dever de indenização por abandono moral, resta cabalmente respeitado o artigo 1.634, I e II do Código Civil, que impõe que o dever dos pais não se restringe ao dever de sustento.

5. ESTUDO DE CASO: RESP nº 1.159.242 – SP

5.1. A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No meio jurídico e social se instalou a discussão acerca dos limites das obrigações e deveres dos pais com relação aos filhos, tanto no âmbito da sociedade conjugal quanto após seu desfazimento, ou mesmo quando tal vínculo inexistente entre genitor e genitora. Tal debate originou-se com algumas ações judiciais propostas por filhos pleiteando indenização por danos decorrentes do abandono afetivo de seus pais.

Entre tais decisões, destacamos o acórdão inédito do Superior Tribunal de Justiça, proferido em 24 de abril de 2012, REsp nº 1.159.242 – SP, que fixou em R\$ 200 mil a indenização do pai por abandono afetivo da filha, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora

A importância desse caso transcende a esfera particular e traz novas reflexões ao Direito: um pai (ou uma mãe) que se nega a conviver com seu filho menor, não lhe dando afeto, está infringindo a lei e deve, ou pode, ser punido por essa falta? O que se quer dizer com o termo abandono? O afeto seria somente o amor? Algo intangível para o direito?

5.1.1. O caso:

Em entrevista coletiva concedida em Sorocaba⁶⁵, a professora Luciane Nunes de Oliveira Souza, 38, afirmou que procurou o pai diversas vezes durante a infância, mas que ele nunca cedeu as tentativas de aproximação.

A professora afirmou que seus pais tiveram um relacionamento de oito anos, que acabou quando sua mãe descobriu que estava grávida. Depois disso ele constituiu família e teve outros filhos. No entanto sempre deu tratada diferente a ela em relação aos outros filhos.

Na entrevista, ela reclamou de nunca ter tido um pai que a aconselha-se, e que conversasse com ela. Segundo afirmou, se pai nunca a quis e assim viveu, como se ela não existisse. Afirmou, ainda, que por pouco não passou a infância em um orfanato. Após a morte dos avós, a mãe se viu perdida e sem condições de criá-la e chegou a levá-la a um abrigo, mas acabou desistindo da ideia.

⁶⁵ Entrevista acessada em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2012/05/nunca-tive-nada-diz-mulher-que-processou-pai-por-abandono-afetivo.html> em: 10 maio 2012

Durante o relato, a professora afirmou que, ao completar 18 anos, procurou o pai e pediu que ele continuasse a pagar pensão porque queria continuar os estudos, mas, mesmo assim, ele interrompeu o pagamento.

Situação que não deveria ocorrer pois o pai, sendo um empresário bem sucedido no ramo de postos de combustível, deveria dar um pouco mais de apoio à filha.

No entanto, ela confessou que sempre se sentiu indignada, porque seus irmãos sempre tiveram tudo e ela nunca teve nada. Afirma, inclusive, que já passou por muitas dificuldades, principalmente em relação à alimentação e que em outra ocasião precisou do apoio paterno devido a um problema de saúde, mas foi aconselhada a “buscar seus direitos”.

Por fim, Luciane, que é casada e tem um filho, lembrou que quando era criança queria que o pai gostasse e cuidasse dela. E contou ainda que todos os anos fez presentes de Dia dos Pais na escola, mas que nunca soube a quem dar e acabava dando à mãe.

Por fim, afirma que ficou muito feliz com o resultado e achou justo, por tudo que passou. E que antes de recorrer à Justiça, tentou conquistar o afeto dele, mas toda tentativa é em vão.

5.1.2. O acórdão:

Passemos a analisar o acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrichi, proferido em 24 de abril de 2012.

Depois de muito tempo, o tema da responsabilidade civil entre pais e filhos foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamentos jurídicos precisos e eficientes, que repercutiu na esfera jurídica mudando o posicionamento de muitos críticos da corrente.

O julgado relata o caso de uma filha que foi reconhecida por sentença proferida em ação de investigação da paternidade. Após o reconhecimento forçado da paternidade, a filha promoveu ação indenizatória em face de seu pai, requerendo a indenização dos danos materiais e morais em razão do abandono paterno.

Em primeira instância, o pedido foi indeferido, sob o fundamento de que o afastamento era decorrente da atitude agressiva da mãe, ou seja, de suposta alienação parental. Já em Segunda Instância, no Tribunal de Justiça de São Paulo, a Sétima Câmara “B” de Direito Privado, em acórdão, a relatora Desembargadora Daise Fajardo Jacot, reformou a decisão de primeiro grau, considerando-se o abandono moral e material, dando provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

Ação de indenização. Danos morais e materiais. Filha havida de relação amorosa anterior. Abandono moral e material. Paternidade reconhecida judicialmente. Pagamento de pensão arbitrada em dois salários mínimos até a maioridade. Alimentante abastado e próspero. Improcedência. Apelação. Recurso parcialmente provido.

O pai no Recurso Especial, em síntese, alegou violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial. Sustentando que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se revestiria de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002. Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, o que afastaria a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo. Em pedido sucessivo, pugnou pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Em contrarrazões, a Recorrida/filha reiterou os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano que fora vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Inicialmente o relatório apurou a necessária evolução do direito, sobretudo, no campo de Responsabilização civil no direito de família. Assim entende:

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.⁶⁶

Todavia, a relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, brilhantemente reconheceu que não há qualquer óbice à aplicação das regras referentes à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar nas relações de família, por assim entender:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **“(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”**.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar

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.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

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.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

⁶⁶ Documento: 1067604 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/05/2012 Página 5 de 49. Superior Tribunal de Justiça

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. Por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o 'non facere' que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. (Grifos constam do original). (Documento: 1067604 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/05/2012 Página 10 e 11. STJ)

O acórdão corretamente consignou que a destituição do poder familiar não exclui a possibilidade de indenização, pois os objetivos de cada instituto são diversos. A perda do poder familiar visa à proteção da integridade do menor, enquanto a indenização tem em vista a reparação dos danos decorrentes do ato ilícito praticado.

Segundo a ministra, não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral, assim afirma:

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções –, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

A ministra apontou que, nas relações familiares, o dano moral pode envolver questões extremamente subjetivas, como afetividade, mágoa, amor e outros. Isso tornaria bastante difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável: dano, culpa do autor e nexa causal.

Porém, ela entendeu que a par desses elementos intangíveis, existem relações que trazem vínculos objetivos, para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas. É o caso da paternidade.

Segundo a ministra, o vínculo – biológico ou autoimposto, por adoção – decorre sempre de ato de vontade do agente, acarretando a quem contribuiu com o nascimento ou adoção a responsabilidade por suas ações e escolhas. À liberdade de exercício das ações humanas corresponde a responsabilidade do agente pelos ônus decorrentes, entendeu a relatora.

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 sociopsicológico da criança.

Acrescentou a ministra Nancy:

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.

Para a relatora, o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui fator essencial – e não acessório – no desenvolvimento da personalidade da criança. “Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*”, asseverou.⁶⁷

“Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no direito de família”, completou a ministra Nancy. Segundo ela, a interpretação técnica e sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam que o tema dos danos morais é tratado de forma ampla e irrestrita, regulando inclusive “os intrincados meandros das relações familiares”.

No caso, 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.

Concluiu a ministra:

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

⁶⁷ Retirado do PORTAL STJ IN: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.Texto=105567

prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

A relatora considerou que tais aspectos fáticos foram devidamente estabelecidos pelo TJSP, não sendo cabível ao STJ alterá-los em recurso especial. Para o TJSP, o pai ainda teria consciência de sua omissão e das consequências desse ato.

A Turma considerou apenas o valor fixado pelo TJSP elevado, mesmo diante do grau das agressões ao dever de cuidado presentes no caso, e reduziu a compensação para R\$ 200 mil. Esse valor deve ser atualizado a partir de 26 de novembro de 2008, data do julgamento pelo tribunal paulista. No julgamento do STJ, ficou vencido o ministro Massami Uyeda, que divergiu da maioria.

5.2. REPERCUSSÃO NO DIREITO PÁTRIO:

A decisão do Superior Tribunal de Justiça demonstra uma grande relevância histórica, já que, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a importância dos direitos à guarda, proteção, educação, convivência, cuidado, assegurados constitucionalmente e legalmente, para o desenvolvimento saudável do filho, bem como, o seu direito de ser reparado por tanta dor sofrida, dor esta, que, conforme demonstrada no presente trabalho, implica em consequências sérias para a vida adulta da criança.

Realmente foi um grande avanço, também do ponto de vista educativo, mais uma vez insisto em considerar importante uma posição mais protetiva do Direito com relação ao relacionamento afetivo familiar, sobretudo, na proteção das crianças, sujeitos desprotegidos em fase de crescimento e aprendizagem, que precisam de bases sólidas para desenvolverem todo o seu potencial na fase adulta, livres de traumas e mágoas.

A repercussão desta decisão foi tanta, que reabriu a discussão acerca do Projeto de Lei do Senado que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para caracterizar o abandono moral (afetivo) dos filhos como ilícito civil e penal. O Projeto deve voltar a ser analisado, ainda no primeiro semestre de 2013, em decisão terminativa, na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH).

Segundo a Agência Senado, a matéria foi aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), e entrou na pauta da CDH em 11 de dezembro de 2012, no entanto a discussão e a votação foram adiadas para 2013.

O PLS 700/2007, do senador licenciado Marcelo Crivella (PRB-RJ), propõe a prevenção e solução de casos “intoleráveis” de negligência dos pais para com os filhos. E estabelece que o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do artigo 232-A, que prevê pena de detenção de um a seis meses para “quem deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de 18 anos, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social”.

Na justificção do projeto, Crivella ressalta que “a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.” Para o senador, reduzir essa tarefa à assistência financeira é “fazer uma leitura muito pobre” da legislação.⁶⁸

O texto cita o artigo 227 da Constituição, que estabelece também como dever da família resguardar a criança e o adolescente “de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” O Código Civil é citado nos artigos em que determina que novo casamento, separação judicial e divórcio não alteram as relações entre pais e filhos, garantindo a estes o direito à companhia dos primeiros.⁶⁹

Além do amparo na legislação, a proposta é baseada em decisões judiciais que consideraram a negligência dos pais, “condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico”. O texto faz referência ao caso julgado, em 2006, na 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, em que um pai foi condenado a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono moral.⁷⁰

Bem como, na decisão inédita, ora estudada, proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que obrigou o pai a pagar R\$ 200 mil para a

⁶⁸ Retirado da AGÊNCIA SENADO in: < <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/01/16/abandono-afetivo-de-filhos-pode-virar-crime> > acesso em 03 março 2013

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

filha por abandono afetivo. No entendimento da ministra Nancy Andrighi, “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Conclui o senador Eduardo Lopes:

Há pouco o Superior Tribunal da Justiça (STJ) repelia o reconhecimento do direito à indenização ao filho INJUSTIFICADAMENTE abandonado pelos pais. Na mesma árida oportunidade a proposta em análise foi apresentada ao Senado Federal, o que acabou refletindo de forma negativa em sua tramitação. Hoje o STJ evoluiu, convencido de que ela é devida.

Daí, espero que, em breve, também se reconhecerá, o “Abandono Afetivo” ao lado do “Abandono Material” (Código Penal, art. 244) e do “Abandono Intelectual” (art. 246). Mas, por ora, convém que se proceda ao menos os possíveis aperfeiçoamentos na legislação civil, muito embora isso não corresponda à toda extensão a Carta Magna.⁷¹

Quando uma demanda por dano afetivo é proposta, pretende-se não forçar o pai a cumprir um dever que espontaneamente se nega a exercer, quer-se, ao contrário, a recomposição dos danos pelos transtornos de ordem psicológica causados a um indivíduo que ainda não se desenvolveu plenamente.

O Poder Judiciário não deve, portanto, manter-se inerte diante da intenção de reparação de um dano tão profundo e injustificável causado pelo próprio genitor, que normalmente deveria agir de modo a beneficiar seus filhos.

Diante do contexto discutido, é perceptível que a falta de interesse de um pai em amar o seu filho contraria veementemente os princípios culturalmente estabelecidos na sociedade moderna, além de afrontar o próprio ordenamento jurídico. Não podemos ignorar a grande dimensão do distúrbio ao qual se submete um filho quando ele passa a ser consciente de que seu pai não o ama por simples opção. (PEREIRA, on line)⁷²

A temática é bastante polêmica, mas temos que levar em conta que o ordenamento determina os deveres dos pais para com seus filhos e qualquer atitude contrária, configura um ilícito.

⁷¹ CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa: Retificado em 11/07/2012 pelo Senador Eduardo Lopes, com relatório concluindo pela aprovação da matéria (criminalização do abandono afetivo), com as Emendas nº 2 a 6, adotadas pela CCJ.

⁷² PEREIRA, Eddla Karina Gomes. **A precificação do abandono afetivo: As consequências jurídicas à luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça** in < <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/75/artigo263287-3.asp> > acesso em: 03 mar 2013

A relevância do acórdão ainda demonstra a inovação do pensamento jurídico sobre controvérsias que pairam sobre questões de filiação. São várias as questões polêmicas no Direito de família, principalmente com a evolução do ramo nas últimas décadas, como já foi tratado no presente trabalho, podemos afirmar que o Direito de Família tem se tornado mais humanizado, preocupado com o lado afetivo das relações humanas.

Uma questão que merece destaque, a fim de exemplificarmos a repercussão que hora proponho estudar, importa nas ações negatórias de paternidade, propostas a qualquer tempo, com o fim de desconstituir uma relação paterno-filial já instalada. Conforme o art.1601 do CC/02, cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

A problemática que se apresenta para o enfrentamento da discussão se faz na possibilidade da propositura da ação negatória de paternidade após muitos anos do seu reconhecimento e da inércia do interessado, e se tal conduta encontra óbice no princípio da boa-fé.

Ocorre nestas situações abandono afetivo por parte do pai, não no sentido próprio do termo, mas sim, no sentido de uma rejeição declarada. Em tal aspecto, podemos vislumbrar o sofrimento do filho que durante anos conviveu com o pai criando laços de afeto, companheirismo, amizade, e só porque não é filho biológico, se vê privado deste amor, em virtude de que o pai revoltado decide negá-lo ao descobrir não ser seu filho, excluindo-o da relação paterno-filial.

Na visão ética, o art. 1601 inserido no diploma civilista de 2002, encontra obstáculo, principalmente em face do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista que o comportamento do pai, que durante anos, aceitou ou tolerou que se perpetuasse a situação de parentesco, criou no filho justas expectativas.

A doutrina se divide acerca da imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, nesses casos extremos, uns entendem que o legislador de 2002 desestabilizou as relações familiares, violando, assim, a segurança jurídica; outros, por sua vez, contestam a imprescritibilidade absoluta, entendem que em alguns casos é possível pensar em um limite a essa imprescritibilidade. Para que não se tornem um exercício abusivo do direito por parte do pai.

Importante salientar, ainda, que parte da doutrina sustenta que, no âmbito da ação negatória de paternidade/maternidade, a inexistência do vínculo biológico não é suficiente para rescindir o vínculo paterno-filial em respeito ao desenvolvimento sócioafetivo construído com o decorrer dos anos de convivência, conforme defende com maestria os juristas Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias, em sua obra *Direito das Famílias*:

Cumpra, ainda, registrar que no âmbito da ação negatória de paternidade/maternidade a prova pericial em DNA não pode ser tolerada como absoluta ou autossuficiente. Em verdade, não se pode admitir que a simples comprovação da inexistência de vínculo biológico seja suficiente para quebrar o vínculo paterno-filial. Com efeito, mesmo evidenciada a falta de elo genético, é possível que se caracterize a existência de um liame sócio afetivo, trazendo consequência natural e impositiva a improcedência do pedido negatório de paternidade.⁷³

A comunidade jurídica tem muito ainda que refletir sobre as relações familiares, principalmente na proteção do afeto e a responsabilização por dano afetivo, o julgamento do Resp demonstrou-se notoriamente importante para destrincharmos sobre a matéria, reduzindo os preconceitos e julgamentos precipitados, e, sobretudo, mudando opiniões e evoluindo o direito.

⁷³ DE FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, ed. Lúmen Juris, 2011, pág.509.

CONCLUSÃO

A família contemporânea, com o declínio do patriarcalismo, tornou-se um instituto de natureza afetiva, descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. Em que se elevou a noção de família a par da solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano.

Sendo assim, hoje a relação paterno-materna filial é carregada de deveres, os quais precisam ser cumpridos para que a criança e o adolescente se tornem adultos éticos e sociáveis. Os pais devem cuidar e propiciar aos seus filhos amor, carinho, atenção, ou seja, afeto, o qual deve estar presente em todos os campos de formação do indivíduo.

O dever dos pais não se restringe à natureza alimentar, ele abrange o direito de convivência familiar, o direito à educação e o provimento de subsistência dos filhos. No entanto, o abandono afetivo, grave descumprimento dos deveres dos pais, priva a criança e o adolescente do direito constitucional de convivência familiar e de cuidados fundamentais, de amparo afetivo, psicológico e, principalmente, afetivo, causando-lhe sérios danos.

Esses danos, em certos casos irreparáveis, devem ser ressarcidos, pois o pai/mãe não-guardião deve se conscientizar da má conduta na formação de sua prole. Com isso, faz-se necessária a reparação civil por abandono afetivo, a qual, no Direito de Família, é *in re ipsa*, salvo os casos em que existam excludentes.

A dor do abandono em si não é indenizável, mas sim a ausência do pai causada pela negligência de afeto e pela não convivência, ou seja, o genitor que descumpre o dever de convivência, conseqüentemente, abandona seu filho e desrespeita mandamento constitucional, praticando conduta ilícita.

Desta maneira, proteger o instituto da convivência e dos cuidados paterno-filial é proteger a própria dignidade humana, respeitando a afetividade e assegurando que através da indenização o autor do abandono afetivo não ficará impune, pois se não se pode obrigar um pai a amar seu próprio filho, pelo menos é possível condená-lo à reparação civil pelo descumprimento de seus deveres intrínsecos à paternidade e por violarem dispositivo constitucional, agindo, assim, ilicitamente.

Como bem disse a ministra Nancy Andrigh, no julgado estudado, “Amar é faculdade, cuidar e dever”, o pai não pode privar a criança dos cuidados básicos, constitucionalmente assegurados, gerando danos psicossociais atrapalhando o desenvolvimento saudável do filho.

No mais, a temática repercute dentre os demais aspectos polêmicos do Direito de Família, sobretudo, os de aspecto afetivo nas relações familiares, é necessário todo o cuidado, para que se garanta a dignidade da pessoa humana nesta seara, evitando que se construa ideias vagas, mascaradas de preconceitos ou silentes frente a realidade já instaurada.

O abandono afetivo sempre existiu, isto é um fato, mas devemos nos preocupar em pôr um fim. O ser humano é um ser sociável, que precisa sentir-se amado, reconhecido, aceito para bem viver. E a tendência moderna é que os pais façam os filhos, e, achando que estão fazendo o máximo possível, afirmam que vão “assumir” a criança. Mas o que é o “assumir” nos dias de hoje? Nada mais é do que o pagamento de uma pensão alimentícia, sendo a educação e os demais cuidados, deixados a cargo único e exclusivo da mãe.

Tendo em vista a realidade, precisamos frear a questão se quisermos viver em um mundo mais humanizado, que reconheça os valores primordiais da ética e da moral, e cabe ao Direito a proteção das relações familiares, sejam elas quais forem. Temos um longo caminho a percorrer, até que se dê completa efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas acredito que este é um dos passos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Direito De Família Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana.** Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 43-53, abr./jun. 2006
Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 43-53, abr./jun. 2006

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p.27

DA SILVA, Keith Diana. MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. **Núcleo Familiar: Aspectos do Poder Familiar em Face ao Interesse da Criança e do Adolescente.** Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 - 2011

DE FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias,** ed. Lúmen Juris, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres parentais e responsabilidade civil.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, ano VII, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.

_____. **Constituição e direito civil: tendências.** in: Revista dos Tribunais, n. 779, 2000, pp. 47-63.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família,** 19º ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 4, vol. 5.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa.** Curitiba: Positivo, 2004. 895p.

GOMES, Orlando. **Direito de Família,** 14º ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.1.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial.** Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, março, 2005.

_____. **Direito ao pai: dano decorrente de abandono afetivo na relação paterno-filial.** Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de família – IBDFAM. Belo Horizonte, n. 33, p.3-4, jul./ago., 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem.** Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006

PRADO, Luiz Carlos. **Amor e violência familiar.** ADV. Seleções Jurídicas, fev. 2005, p.20-24.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005.

SLYWITCH, Miron Vladimir(cord.). Desenvolvimento psicossocial da criança: abordagem pediátrica e psicológica. São Paulo, 1988, p.61-65

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.7, n.32, p.139-140, out./nov. 2005.

_____; RODRIGUES, Renata de Lima. **Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas.** In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/10 – Jun/Jul 2009 – Porto Alegre: Magister.

REFERÊNCIAS ON LINE:

AGÊNCIA SENADO in: < <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/01/16/abandono-afetivo-de-filhos-pode-virar-crime> > acesso em 03 março 2013

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertação%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 23 de setembro de 2012.

CASSETARI, Christiano. **Responsabilidade civil dos pais por Abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais.** Disponível em: < http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_responsabilidade_civil_dos_pais_por_abandono_afetivo_cassetari.pdf > acesso em: setembro de 2012

ENTREVISTA ACESSADA em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2012/05/nunca-tive-nada-diz-mulher-que-processou-pai-por-abandono-afetivo.html> em: 10 maio 2012

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: < <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em: junho de 2012.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/289> > acesso em: 12 nov. 2012

_____. **O direito ao afeto na relação paterno-filial.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/mostranoticia.aspx?cod=5678>>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371>>. Acesso em: 25 Jan. 2013.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** In: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id= 2257](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257)

PEREIRA, Eddla Karina Gomes. **A precificação do abandono afetivo: As consequências jurídicas à luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça** in < [http:// revistavisaojuridica. uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia /75/artigo 263287-3.asp](http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/75/artigo_263287-3.asp) > acesso em: 03 mar 2013

PORTAL STJ IN: [http://www.stj.jus.brportalstj/publicacao /engine.wsp?tmp. area=398&tmp. Texto =105567](http://www.stj.jus.brportalstj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.Texto=105567)

TARTUCE Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família.** Disponível em: [http://www.ibdfam.org. br/novosite/artigos/detalhe/859](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859). Acesso em 01 fev. 2013

ZAGO, Rosemeire. **Sensação de abandono na infância gera complexos.** In: [http://www2.uol.com.br/vyaestelar/ crianca04.htm](http://www2.uol.com.br/vyaestelar/crianca04.htm). Acesso em: 03 fev. 2013