



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO UNILEÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CLARA DANTAS PEREIRA

**TÍTULO: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANA OU JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO?**

Juazeiro do Norte  
2018

ANA CLARA DANTAS PEREIRA

**TÍTULO: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO, DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANA OU JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO?**

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito do Centro  
Universitário Dr. Leão Sampaio, como  
requisito para a obtenção do grau de  
bacharelado em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Karinne de Norões  
Mota

Juazeiro do Norte  
2018

ANA CLARA DANTAS PEREIRA

**TÍTULO: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO, DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANA OU JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO?**

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito do Centro  
Universitário Dr. Leão Sampaio, como  
requisito para a obtenção do grau de  
bacharelado em Direito.

Orientadora: Esp. Karinne de Norões Mota

Data de aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof.(a) \_\_\_\_\_  
Orientador(a) :Karinne de Norões Mota

---

Prof.(a) Francisco Willian Brito Bezerra II  
Examinador 1

---

Prof.(a) Francilene dos Santos Abrantes  
Examinador 2

*“Eu só peço a Deus  
Um pouco de malandragem  
Pois sou criança  
E não conheço a verdade  
Eu sou poeta e não aprendi a amar  
Eu sou poeta e não aprendi a  
amar”  
Cássia Eller*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente àquele que me deu o dom da vida, que me protege e abençoa demonstrando seu amor infinito até quanto eu menos mereço, foi graças a sua proteção e bondade cheguei até aqui, o caminho não foi fácil cheio de intemperes, teve noites sem dormir, ônibus que mais faltava do que vinha dias cansativos em que tive que conciliar a rotina de trabalho, o exaustivo trajeto diário de Bodocó-PE à Juazeiro do Norte-CE, com as responsabilidades da faculdade, mas nunca pensei em desistir, pois toda adversidade representa só mais um degrau para a vitória.

De forma infinitamente grata a meus pais Jenivaldo Bezerra Pereira e Claudia Betânia Ferreira Dantas Pereira e a minha única irmã Ana Paula Dantas Pereira, que literalmente viveram esse sonho comigo, não medindo esforços para que eu pudesse chegar até aqui. A minha avó Maria do Socorro Bezerra Pereira que sempre me apoiou e me inspirou a com sua história de vida e a meu avô Nicácio Dantas.

As minhas amigas de sempre, que me aguentam diariamente e sempre estão presentes em todos os momentos, Luana Tavares de Lucena com sua lealdade e Rafaela Pereira Luna sempre com seu olhar de generosidade, agradeço, ainda, a todos as incontáveis pessoas maravilhosas que tenho o prazer de chamar de amigos.

A memória de pessoas tão especiais que cada qual me inspiraram e fizeram parte da minha vida de uma forma especial, meu amado avô, Manoel César Pereira, homem honesto e batalhador que foi motivo de inspiração para todos que o conheceram, que tanto queria estar na primeira formatura em um curso de nível superior da família, mas que pelos desígnios do destino não poderá estar conosco nesse momento e as minhas inesquecíveis tias Maria Eunice Dantas dos Santos e Eronice Moreira Pereira, que desde de pequena foram um espelho de bondade e solidariedade, agradeço à Deus pela oportunidade de ter convivido com vocês e os levo em meu coração em cada passo da minha vida.

A minha querida orientadora, Karinne de Norões Mota, pela sua paciência e constante disponibilidade em me ajudar, e, principalmente, pela total confiança em minha capacidade para a realização deste trabalho, sempre me estimulando com palavras de ânimo, ao professor Francisco Willian Brito Bezzerra II e a Francilene dos Santos Abrantes por aceitarem fazer parte da minha banca examinadora.

## RESUMO

A presente monografia jurídica tem como objetivo de estudo a problemática do reconhecimento do abandono afetivo, como causa suscetível de reparação civil, nela iremos abordar os pressupostos gerais da responsabilidade civil, assim como os posicionamentos doutrinários e jurisprudências a respeito da temática, visando também analisar quais as legislações paradigmas utilizadas para justificar tal reconhecimento, como os princípios constitucionais e a legislação pertinente presente no Código Civil pátrio. Objetiva, ainda, investigar as polêmicas sobre o seu reconhecimento à luz das doutrinas do ativismo judicial e da judicialização, buscando reconhecer a qual destas doutrinas pertence a inserção do abandono afetivo no rol da responsabilidade civil, se pode ser considerada como judicialização do afeto ou uma questão de interpretação extensiva do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe à presente pesquisa também analisar a influência do abandono moral dentro da iniciativa congressual através da análise do Projeto de lei nº 700/2007.

**Palavras-chave:** Abandono afetivo. Ativismo judicial. Judicialização. Dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

This legal monograph aims to study the problem of recognition of affective abandonment, as a cause for civil reparation, in which we will address the general assumptions of civil responsibility, as well as doctrinal positions and jurisprudence on the subject, the paradigm laws used to justify such recognition, as the constitutional principles and the relevant legislation present in the Civil Code. It also aims to investigate controversies about its recognition in the light of the doctrines of judicial activism and judicialization, seeking to recognize which of these doctrines belongs the insertion of affective abandonment in the role of civil responsibility, whether it can be considered as a judicialization of affection or a matter of extensive interpretation of the principle of human dignity, it is also the task of this research to analyze the influence of moral abandonment within the congressional initiative through the analysis of Bill 700/2007.

Keywords: Emotional abandonment. Judicial activism. Judiciary. Dignity of human person.

SUMÁRIO	PÁGINA
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>14</b>
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.2 PRESSUPOSTOS FORMADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.2.1 CONDUTA HUMANA .....	17
2.2.2 DANO OU PREJUÍZO.....	19
2.2.3 NEXO CAUSAL.....	20
2.1.5 CULPA.....	20
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FILIAIS .....	21
<b>3 REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E DOUTRINÁRIAS PARA O USO DO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO ....</b>	<b>24</b>
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	24
3.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CRFB/88.....	31
3.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	31
3.2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL .....	33
3.2.3 PRINCÍPIO DA MATERNIDADE E PATERNIDADE RESPONSÁVEL .....	35
3.2.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS FILHOS .....	36
3.2.5. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE .....	37
3.3 CÓDIGO CIVIL .....	40
3.3.1 PODER FAMILIAR .....	40
3.3.2 DIREITO/DEVER À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, ARTIGO 1.634, I, DO CÓDIGO CIVIL PÁTRIO .....	41
3.3.3 ATO ILÍCITO .....	41
3.4 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO .....	42
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA ESFERA JURISPRUDENCIAL E CONGRESSUAL .....</b>	<b>48</b>

4.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ABANDONO AFETIVO .....	48
4.2 PROJETO DE LEI N° 700/2007.....	54
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia jurídica tem como finalidade o estudo sobre a possibilidade jurídica do reconhecimento do abandono afetivo, como conduta de responsabilidade civil, no âmbito das relações paterno-filiais, insta salientar, que a presente temática é um dos temas mais controversos existentes não apenas nos ramos da responsabilidade civil e do direito de família, mas sim do ordenamento jurídico brasileiro, dividindo consideravelmente a jurisprudência pátria.

A responsabilidade civil tem seu alicerce legal insculpido nos arts. 927 e 186 do Código Civil/2002, estabelecendo o segundo dispositivo que, qualquer conduta, seja ela na forma omissiva ou comissiva, realizada de maneira voluntária, negligente ou imprudente, desde que dessa conduta resulte para outrem dano de qualquer natureza, ocasionará responsabilidade civil e, por conseguinte, o dever jurídico de indenizar.

A hipótese de reconhecimento de dano moral decorrente de abandono afetivo fundamenta-se na ideia de que a omissão em prestar assistência de cunho moral e psicológica, configura-se como ato ilícito passível de indenização, desde que a ausência do afeto, ocasione danos psicológicos, àqueles do qual o omissor possua dever legal de cuidado, gerando, assim o que a doutrina chama de nexo de causalidade.

A tese do reconhecimento do abandono afetivo como instituto passível de reparação Civil, embora seja uma temática longe de ser considerada uníssona na jurisprudência pátria, encontra reconhecimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O reconhecimento da indenização por abandono afetivo, e sua inserção no âmbito das relações familiares possui como principal fundamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso III da CRFB/88, princípio este que foi elevado pela Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no direito de Família corresponde à proteção das estruturas familiares, visando à dignidade dos membros na garantia dos seus direitos de personalidade e igualdade entre os filhos, garantindo as condições mínimas de afeto e proteção para o desenvolvimento dos tutelados.

É forçoso relatar, que para a incidência de responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, depende não só da existência do abandono, mas, também do efetivo dano

psíquico e que o mesmo seja oriundo da conduta omissa em prestar assistência afetiva e moral àquele o qual o responsabilizado detinha poder familiar, dano este que consoante alguns entendimentos jurisprudenciais necessitam para a sua comprovação de estudo psicossocial.

O cerne do presente trabalho visa analisar o conceito e os requisitos para a caracterização do abandono afetivo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana frente às relações familiares, assim, como a consequente possibilidade de reparação civil, decorrente omissão em prestar assistência moral e psíquica a aquele de que se tem poder familiar, bem como também objetiva investigar se tal possibilidade de reconhecimento configuraria a interpretação extensiva dos Direitos Constitucionais (ativismo judicial) ou mera judicialização de questões sociais, atribuindo caráter unicamente pecuniário as relações familiares.

Com isso, faz-se necessário discutir também sobre as correntes críticas existentes quanto à possibilidade de reconhecimento de reparação civil pelo abandono afetivo, tendo em vista que, a temática como já exposto não se apresenta como matéria pacífica no ordenamento jurídico pátrio.

As principais críticas a reparação por abandono afetivo, consistem em vislumbrar tal reconhecimento como mera materialização do afeto, onde a indenização não exerceria qualquer influência sobre o abandono sofrido, funcionando assim como mera “moeda” de troca, causando a indenização um maior distanciamento afetivo, entre as partes, não reparando, assim, o dano sofrido, haja vista que apenas seria feita uma reparação econômica.

É relevante evidenciar que o presente trabalho acadêmico, encontra-se associado no campo das ciências humanas, mais precisamente dentro das ciências jurídicas, voltada para os ramos do Direito Civil (Responsabilidade Civil), Direito de Família e o Direito Constitucional.

No tocante ao método de pesquisa do trabalho em tela, pode ser considerada como pesquisa de cunho bibliográfica, tendo em vista, que a questão abordada já possui suporte de materiais anteriormente editados, como por exemplo, doutrinas, legislação, artigos científicos, e emendas jurisprudenciais, utilizando-se assim de coleta de dados secundários.

No que se refere, aos objetivos ou propósitos desta pesquisa, pode-se classificar como exploratória, haja vista, que detém como característica essencial a maior familiarização do pesquisador com o problema que será estudado, com o objetivo de torná-lo mais compreensível, no caso em questão, busca-se investigar os principais argumentos para a tese

do abandono afetivo como situação apta a gerar ou não reparação civil, partindo do exame da jurisprudência pátria e os principais posicionamentos doutrinários, tendo amparato nos dizeres de Antônio Carlos Gil: “As pesquisas exploratórias têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. (GIL, 2010, p.27) ”.

Em relação à forma de abordagem do problema a pesquisa classifica-se em qualitativa, tendo em conta que a mesma está totalmente desvinculada de métodos e técnicas que visa quantificar o percentual de ocorrência de tal questionamento, levantado na pesquisa, mas, sim investigar o posicionamento jurisprudencial sobre o pleito de reconhecimento de abandono afetivo como causa geratriz de dano moral, avaliando sua incidência frente ao princípio da dignidade da pessoa humana em oposição àtese de judicialização do afeto.

Mostra-se relevante o estudo do tema uma vez que as relações familiares estão presentes na vida de qualquer pessoa, e oferece amplo impacto nas relações sociais, tendo em vista que a problemática do abandono afetivo pode gerardanos psíquicos irreparáveis, sendo inegável a pertinência deste estudo frente à conjuntura atual da sociedade e dos constantes pleitos judiciais para o seu reconhecimento.

A relevância científica da presente pesquisa exterioriza-se no sentido de que se trata de matéria recorrente dentro da praxe forense a respeito do questionamento sobre eventual responsabilização do(a)genitor(a) que abandona o filho, ou que em muitas vezes apenas presta o auxílio material ao infante, prestação este desprovida de qualquer cunho moral para a formação do mesmo, sendo válida a discussão sobre a referida possibilidade, dada a grande incidência no ramo do Direito de Família.

O capítulo que se segue trará uma análise tanto histórica dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, bem como a apuração da inserção das problemáticas oriundas do Direito de família no ramo da Responsabilidade Civil.

O terceiro capítulo visa analisar os pressupostos doutrinários e legislativos como paradigma para configuração da reparação estudada, com enfoque na Carta Cidadã de 1988 e do Código Civil de 2002.

Por fim, no quarto capítulo da presente monografia jurídica, propõe-se a explorar a Responsabilidade Civil por abandono afetivo, ao que se aos diversos posicionamentos da jurisprudência pátria.

O aludido capítulo também visa tecer considerações a respeito do Projeto de lei n° 700/2007, que pleiteia modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito Penal e Civil, mais precisamente dentro desta monografia jurídica o aspecto Cível do projeto de lei em questão, tendo em vista ser este o enfoque é área de pesquisa.

Possibilitando uma discussão sobre a temática, que para muitos é mera judicialização do afeto, ou para outra parte da doutrina/magistrados que consideram a reparação civil como um reconhecimento de um direito Constitucional, para outros, apenas figura como mera judicialização da problemática que não deve ser tutelada pelas esferas jurisdicionais, pois violaria a liberdade do cidadão ao reconhecer a obrigatoriedade do “amor” e “afeto”.

Representando assim, um estudo válido tanto do ponto de vista sobre a interpretação e os limites do Poder Judiciário, no que tange a regulamentação das relações familiares, e quanto os impactos jurídicos acarretados por esse reconhecimento.

## 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente cumpre-se como pertinente analisar a etimologia da palavra responsabilidade, que advém do latim *respondere*, que significa "responder, prometer em troca". Com isso, a própria origem da palavra, acarreta o sentido de que sempre que alguém causar um dano a outrem deverá ser responsabilizado, mediante prestação compensatória ao dano sofrido (STOCO, 2007).

Quanto à análise histórica do surgimento da Responsabilidade Civil antevejo relevância no que postula a doutrinadora Maria Helena Diniz:

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas olho por olho, dente por dente, que com ferro fere, com ferro será ferido [...] (DINIZ, 2015, p.27-28).

Mediante o exposto, vislumbrasse que as primeiras manifestações históricas quanto à responsabilidade, ocorrem, ainda, no contexto das sociedades primitivas, não estando vinculadas a prestação pecuniária ou averiguação de culpa por parte do agente, funcionando como uma justiça totalmente arbitrária.

Nesse contexto histórico, observa-se que a responsabilidade pelos atos considerados injustos, inicialmente, tinha caráter de agressão contra o agente, não buscando uma reparação pecuniária, onde o julgamento era feito ora pelo agredido e seu grupo ora apenas pelo agredido, como uma espécie de vingança contra o causador do evento danoso, utilizando-se de um julgamento desprovido totalmente de leis ou garantias, baseado apenas em suas próprias convenções de justiça.

Claramente percebe-se tal tendência de reparação dos danos causados, pela primeira manifestação no âmbito da responsabilidade conhecida como vingança coletiva, visto que sob a ótica dessa fase histórica do referido instituto jurídico, a reparação dos danos ocorria através da chamada vingança coletiva, onde o grupo do lesado unia-se com o intuito de contrapor-se ao dano causado, intentando uma lesão proporcional ao dano sofrido em desfavor do agente violador, revelando-se uma postura brutal embassada na violência.

Subsequentemente, com o advento da Lei de Talião, limita-se à chamada vingança privada seguindo a concepção de que o agravo deveria ser idêntico ao dano sofrido, lançando a máxima do “olho por olho, dente por dente”, oficializando a responsabilização para o patamar da autotutela.

É apenas, na civilização romana com o advento da *lexaquilia*, que se buscou distinguir os conceitos de pena e reparação, assim como, a especificação dos conceitos de delitos públicos e privados, no primeiro, ocorria quando o dano era cometido, e contra o Estado, portanto, sendo do Estado a prerrogativa de receber indenização e no segundo caso, como o próprio nome sugere a sanção pecuniária desta vez, caberia ao ofendido, nesse passo, como forma inédita no contexto histórico da responsabilidade, o Estado passa a assumir o controle ao que tange à punição dos transgressores, surgindo o que conhecemos hoje como as demandas processuais indenizatórias (GONÇALVES, 2012).

Entretanto, embora a civilização romana seja uma das precursoras em tutelar as demandas iniciais da responsabilidade civil, é no âmbito da doutrina Francesa, que se é aperfeiçoado o conceito de responsabilidade civil.

Seguindo novamente a esteira do pensamento da doutrinadora Maria Helena Diniz, pertinente se faz a menção dos seguintes dizeres:

Mas a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Doat (Loisciviles, Liv. VIII, Seção II, art.1º), responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil: ‘todas as perdas e danos que possam ocorrer por qualquer pessoa, seja imprudência, leveza, ignorância do que deve ser conhecido, ou outra má conduta, por mais ligeira que possa ser, devem ser reparados pela pessoa que outra falha deu origem a isso. Essa ideia veio a ser adotada pelo art.1.382 do Código civil Francês, que prescreve : ‘qualquer fato de qualquer homem, que faz com que outro condenar, obriga-o pela culpa de que ele chegou, para repará-lo’.”(DINIZ,2015 p.28-29). **(tradução nossa)**

Destarte, compreende-se que a doutrina francesa, foi uma das primeiras a conceituar o instituto jurídico da responsabilidade civil, como o exposto, pode-se notar que em tal legislação referida, sugere o conceito de culpa, aliando ao que conhecemos hoje, como responsabilidade civil subjetiva.

Na conjuntura jurídica do ordenamento jurídico pátrio, inicialmente, nas legislações da época do Brasil império, onde ocorreram as primeiras manifestações de responsabilização civil, entretanto tal responsabilização, existia timidamente, tendo em vista, que para que ocorresse a responsabilização do agente na esfera civil deveria ocorrer a responsabilização na esfera criminal, demorando muito para haver a dissociação dos dois ramos do direito.

Merecendo destaque, o Diploma Civil de 1916, que trouxe a teoria da responsabilidade civil subjetiva, que necessita que ocorra à averiguação do dolo ou culpa para que haja o dever de reparar (GONÇALVES, 2012).

Com amparo, percebe-se que, prefacialmente a responsabilização civil no cenário jurídico do Brasil surge dependente da responsabilidade penal, sucedendo apenas sob o advento do Código Civil de 1916, a total separação do institutos jurídicos.

A ciência jurídica está em constante evolução, haja vista, que tal quanto os fenômenos sociais ela se apresenta dinâmica, passando por diversas transformações durante a história, a dinâmica social impõe ao Direito adequação as necessidades e lides do meio em que o mesmo regula, com o intuito de melhor se atender as relações sociais e aos problemas oriundos destas relações, visando o equilíbrio e o bom convívio social, e no âmbito da responsabilidade civil, face as considerações já aduzidas, percebe-se que as mudanças sociais, impactam diretamente as evoluções jurídicas do referido instituto.

Nesse sentido, é oportuna a transcrição dos dizeres da doutrinadora Maria Helena Diniz:

[...] A crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens e larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e as vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável [...]. (grifo nosso), (DINIZ, 2015, p. 29)

O regime jurídico da responsabilidade civil é o produto das conflagrações humanas e da sua lenta e vasta evolução histórica, dado o caráter dinâmico da norma jurídica, que tem por objetivo o respaldo jurídico as demandas sociais, visando à ampla garantia da prestação jurídica.

Hodiernamente o dever de reparação na ordem civil, tem sua base legal nos arts. 927 e 186 do Código Civil, o art. 927 do referido diploma legal, dispõe que ensejará em conduta suscetível do dever de reparar civilmente: “Aquele que por ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Com isso, nas próximas páginas, passa-se a analisar os elementos configuradores do instituto jurídico em questão.

## 2.2 PRESSUPOSTOS FORMADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina clássica da responsabilidade civil considera que é indispensável para a existência da responsabilização, 04 (quatro) pressupostos, quais sejam: conduta, culpa, nexo de causalidade e dano ou prejuízo, já a doutrina contemporânea, apenas reconhece como substancial para ensejar, tal dever jurídico, apenas 03 (três) elementos: conduta, nexo de causalidade e dano ou prejuízo, tendo em vista que a culpa não é requisito obrigatório em todos os casos e que se enseja a responsabilidade civil, dispondo como principal respaldo da doutrina hodierna os exemplos de responsabilidade objetiva (CARVALHO; ZAMPIER, 2017).

Nesse presente trabalho científico, analisaremos os 04 (quatro) elementos existentes na doutrina pátria, tendo em vista será necessária a análise mais aprofundada para a melhor compreensão da temática estudada.

### 2.2.1 CONDUTA HUMANA

Conduta é todo tipo de comportamento humano, que se expressa através de um comportamento de ordem omissivo ou comissivo, onde em regra é tida como uma conduta de ordem voluntária, sendo a responsabilização por fato próprio, ou seja, decorrente de sua própria conduta. (CARVALHO; ZAMPIER, 2017).

Ocorre que, para que uma conduta humana acarrete em responsabilização na ordem cível, tem-se que enquadrar-se em alguns requisitos, quais sejam: uma conduta voluntária, comissiva ou omissiva, por fato próprio ou de terceiro e, por fim, é imprescindível a existência de uma pessoa imputável a qual recairá o dever de indenizar.

Quanto o requisito de a conduta ser obrigatoriamente voluntária, infere-se pertinente a doutrina de CARVALHO e ZAMPIER:

A ação ou omissão deve ser controlável pela vontade, ou seja, deve haver um querer íntimo a ser manifestado livremente. A conclusão: somente condutas que são fruto do querer livre manifestado pelo sujeito são passíveis de responsabilização por condutas voluntárias. Logo o indivíduo não pode ser responsabilizado por condutas involuntárias [...]”(CARVALHO; ZAMPIER, 2017, p. 224).

Dessa maneira, conclui-se que para que haja responsabilização será necessário a existência de uma ação voluntária desprovida de qualquer coação, fruto do seu querer livre

inerente a cada pessoa, nessa esteira, julga-se que se toda conduta suscetível de responsabilização é livre, vincula-se, portanto, ao seu agente, ocasionado o que a doutrina conhece como responsabilidade civil por fato próprio.

Entretanto, existem as hipóteses extraordinárias de responsabilização, é o que a doutrina e a legislação civil denominam como responsabilidade por fato de terceiro como, por exemplo, temos o rol taxativo do art. 932, CC, abaixo, transcrito:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002)

Dessarte, a legislação pátria admite a responsabilização por conduta humana própria do agente, bem como a responsabilização por condutas danosas cometidas por aqueles que tem dever de guarda, como nos casos dos filhos menores, haja vista que neles falta a característica da capacidade civil de reponder pelos seus atos (Art. 3º, CC de 2002), assim como o empregador pelo ato de seus empregados, os donos de hotéis, hospedarias ou casa de albergue, que exerçam atividade com intuito de prestar serviços de hospedagem.

Quanto à natureza da conduta, podem-se dividir em comissiva e omissiva, também conhecida pela doutrina pertinente como atitude positiva e negativa, nesse ínterim, cumpre destacar a natureza da conduta na doutrina de Gagliano e Pamplona Filho:

A depender da forma pela qual a ação humana voluntária se manifesta, poderemos classificá-la em: a) positiva; b) negativa. A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho. A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um 'nada', um "não fazer", uma "simples abstenção", no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado por ele desídia. [...] (PAMPLHONA FILHO; STOLZE 2017, p.876).

Dessa maneira, compreende-se que a conduta humana é o marco inicial da responsabilidade civil, sem uma conduta ativa ou passiva e voluntária, não haveria o que se falar em responsabilidade civil, bem como a existência de uma conduta humana proveniente de coação desprovida totalmente da voluntariedade, não configuraria o dever de reparação.

### 2.2.2 DANO

É completamente inviável a existência da reparação civil, sem que haja um dano, pois a ausência do mesmo desmotiva qualquer dever jurídico de agir, dado que a ausência do dano compreende a inexistência de violação de direito, não havendo, desta maneira o que reparar.

À vista disso, filio-me ao renomado autor Sérgio Cavaliere Filho:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. (CAVALIERE FILHO, 2014, p.92)

Em síntese a existência do dano corresponde à possibilidade jurídica de postular indenização perante o poder judiciário, cumpre ressaltar que tal dano deve subsistir no momento da reparação, haja vista que se o dano for reparado no curso da ação judicial não haveria mais o que tutelar por total perda do objeto da ação.

Apesar de a doutrina ser vasta quanto às tipificações do dano, no presente trabalho relevante se faz à análise do Dano tipificado como Dano moral, tendo em conta que a problemática central do referido estudo se faz a partir da possibilidade do reconhecimento desta espécie de dano nos casos de responsabilidade civil por abandono afetivo.

O dever de prestar danos morais está inserido no nosso ordenamento jurídico no plano Constitucional no art. 5º, inciso X “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), em consequência a este dispositivo emerge a figura do dano moral no ordenamento jurídico pátrio.

No plano infraconstitucional, faz-se relevante a transcrição do art. 927 do Código Civil Pátrio.

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Observa-se que a obrigação de indenizar decorre do dever legal de reparar um ato ilícito, que pode ter sido executado através de uma ação ou omissão, da qual origine um dano a outrem, sendo o requisito da culpa essencial para a configuração da Responsabilidade Civil Subjetiva.

### 2.2.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves, nexos de causalidade ou relação de causalidade é:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidarse, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento. (GONÇALVES, 2012, p.52)

Como bem preleciona o autor recorrido, o nexo de causalidade é o encadeamento entre a conduta humana seja ela ativa ou passiva e o dano, ou seja, para existência do nexo de causalidade o dano tem derivar de uma conduta humana, desta feita gerando o dever de indenizar.

### 2.2.4 CULPA

Para a concepção Patrick Lendl Silva, culpa é: “A culpa é o elemento subjetivo da responsabilidade civil, que se caracteriza pela vontade (conduta em si) e pela intenção (efeito da conduta)” (SILVA, 2011, p.134).

O conceito de culpa foi inserida no âmbito da responsabilidade civil, com o advento da *lexaquilia*, nada mais sendo do que a violação intencional de algum bem juridicamente tutelado, pois não é toda conduta que será tida como suscetível de dever de reparação, a culpa

está inserida na problemática da responsabilidade civil no panorama jurídico brasileiro, através do art. 186 do diploma Civilista, conforme o que dispõe o referido artigo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, percebe-se que o art.186 do Código Civil, faz menção dos 03 (três) requisitos de inobservância do dever de cuidado, permitindo assim estes institutos a materialização da culpa referindo-se o mencionado dispositivo legal a imprudência, negligência, e imperícia, não obstante o terceiro requisito encontrar-se implícito no referido artigo.

Os casos de inobservância do dever de cuidado ocorrem quando o agente deseja realizar a conduta, entretanto, não quer que ocorra o resultado, pois, se assim o fizesse com intenção de realizar estaria agindo sob dolo ao invés de culpa, quanto aos 03 (três) requisitos mencionados, pertinente se faz as palavras do autor Sérgio Cavalieri Filho :

[...] A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições, de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, amor cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também tipifica a imperícia. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.52)

Mediante todo o exposto, dentre as 03 (três) hipóteses de exteriorização da culpa, a modalidade da negligência é a que mais se enquadra nos moldes, da temática estudada, considerando-se que o (a) genitor (a) que ignorar suas obrigações decorrentes do Poder familiar e do seu dever de cuidado, abandonando afetivamente seu filho menor, o faz mediante a ausência em prestar tais cuidados, ou seja, a ausência de uma ação, agindo, portanto, com omissão caracterizando a negligência.

### 2.3 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FILIAIS.

A dinâmica social trouxe relevantes mudanças dentro do ramo do Direito de família, modernizando suas relações e seus modelos familiares, que hodiernamente, não se vinculam mais ao antigo modelo unitário, simples e regido pelos ideais do patriarcalismo, exigindo um

reflexo dinâmico do judiciário ao que tange a proteção é a regulamentação de tais instituições fruto da evolução social.

Nesse sentido, filio-me aos dizeres de Anderson Schreider:

O Direito de Família tem passado por transformações igualmente profundas. A superação do modelo familiar unitário, centrado sobre o matrimônio e a posição predominante do marido, tido como ‘chefe da sociedade conjugal’, converteu o Direito de Família em um importante campo de inclusão de minorias e defesa dos direitos fundamentais. A abertura de novos arranjos familiares que não devem ser vistos como novos ‘modelos’, ‘tipos’ ou ‘caixinhas’ onde se vão inserindo esta ou aquela família, mas, antes, como a conquista da desimportância do modelo que cada família opta por seguir, para fins de atração das garantias e direitos que são assegurados pelo Direito de Família independentemente do tipo de arranjo familiar renovou as relações familiares, contribuindo para abandonassem a tradicional hierarquização e, enfim, se democratizassem, tornando-se mais igualitárias no papel e na vida. A igualdade entre cônjuges, companheiros e afins, associada ao reconhecimento do direito das crianças e adolescentes de participarem ativamente de seus processos de criação e educação, fizeram com que o Direito de Família assumisse sua verdadeira vocação: que não é a de proteger o status quo, mas de pavimentar o caminho para relações familiares cada vez mais livres e equilibradas. (SCHREIDER, 2015, p.33).

Assim, percebe-se que a dinamicidade social modernizou o conceito de família no sistema jurídico atual, sendo dever do estado proporcionar a plena proteção da família que é considerada como base da sociedade (art.226, caput da CRFB/88), estreitando cada vez mais os ramos do Direito de Família e da Responsabilidade Civil.

Por sua vez, a gritante modernização das instituições familiares trouxe para o direito de família, problemáticas que embora em alguns casos sejam preexistentes desde a antiguidade, anteriormente permaneciam enjauladas dentro das relações familiares, como segredos protegidos pelos próprios membros, hodiernamente o que se observa é a procura pelas chancelas jurisdicionais com intuito de indagar o posicionamento do poder judiciário, como, por exemplo, nos casos de alienação parental, violência doméstica e o abandono afetivo

Novamente antevejo relevância nos dizeres de Anderson Schreiber:

Todo esse amplo leque de novos problemas vem exigir remédios eficientes, que deem conta da sólida proteção prometida pelo novo Direito de Família. E é justamente aí que os caminhos do Direito de Família e da Responsabilidade Civil vêm se cruzar. Os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses especialmente, os existenciais lesados no âmbito das relações familiares. **Basta recordar o exemplo marcante do chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a “perda do poder familiar”, medida que funcionaria como verdadeiro prêmio para o pai negligente.** Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva ‘fuga’ dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. **A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram**

**todos esses anseios.** Ações judiciais de compensação de danos morais passaram a ser empregadas como mecanismo de tutela de interesses existenciais nas relações familiares. Não apenas o abandono afetivo, mas também a alienação parental, a violação de deveres conjugais e uma série de outras situações patológicas do campo familiar passaram a ser fonte de ações judiciais de Responsabilidade Civil inteiramente compreensível diante da ausência de remédios eficientes e atrativos no próprio campo do Direito de Família, nem por isso deve ser comemorada.” (grifo nosso) (SCHREIBER, 2015, p.33).

Dessa forma, importa dizer que a Responsabilidade Civil no âmbito das relações familiares mais precisamente no que concerne a problemática jurídico-social do abandono afetivo, surge como uma resposta mais eficaz e contundente com a realidade social que se insere as relações familiares na atualidade, tendo em vista que se resta ultrapassado o modelo de família unitária, tornando a evolução social e os modelos de família cada vez mais complexos e, portanto, cabe a ciência jurídica tutelar os novos anseios decorrentes destas relações sociais.

Utilizando-se de novas interpretações para a melhor tutela a questão, encontrando desta forma o Direito de Família no contexto jurídico da reparação civil mecanismos forenses para tutelar a problemática, haja vista que a medida prevista na legislação pátria para a temática seria a perda do poder familiar, solução esta que não agregaria qualquer repressão a conduta, desfigurando totalmente o caráter pedagógico das decisões, funcionando mais como uma espécie de premiação para o genitor negligente.

Nessa vereda, compreende-se que as ações que recorrem às chancelas jurisdicionais com o intuito de reconhecer o abandono afetivo revelam uma aproximação como já relatado do Direito de Família e o campo da responsabilidade civil, estando presente não só na problemática estudada, mas nas questões de indenização por traição, nas ações de alienação parental, dentre outras situações contingentes do Direito de Família.

Confirmando a tese de que desde a origem da reparação civil, a mesma tem seus fundamentos para a configuração, como a grande maioria das normas jurídicas, oriundas da evolução social e dos anseios sociais em busca da prestação jurisdicional .

### **3 REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E DOUTRINÁRIAS PARA O USO DO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

Nas páginas que se seguem, trabalhar-se-ão as principais bases jurídicas e doutrinárias, no que se refere à problemática da reparação civil por abandono afetivo, trazendo exposições quanto o conceito e a origem de tal instituto jurídico, bem como apontando as referências legislativas substanciais para o reconhecimento das decisões paradigmas sobre a temática da responsabilidade civil por abandono afetivo.

#### **3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

A problemática da responsabilidade civil por abandono afetivo, apresenta-se como um das questões mais controversas da jurisprudência pátria contemporânea, entretanto, cada dia se torna mais comum tal postulação às chancelas jurisdicionais, gerando diversas correntes de entendimentos nos tribunais, entendimentos estes que serão discutidos no capítulo seguinte da presente monografia jurídica.

Para o jurista Rodrigo da Cunha Pereira um dos percursores da tese do abandono afetivo, tal conceito pode ser definido e justificado nos seguintes termos:

A Constituição da República dá o comando desta responsabilidade e obrigação através do princípio da dignidade humana, do princípio da solidariedade, do princípio da paternidade responsável e, obviamente, do princípio do melhor interesse da criança e adolescente. A responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências da- nosas da conduta ao agente infrator. O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais. (PEREIRA,2015, p.403)

Isso posto, temos que para os defensores da tese da reparação civil pelo abandono afetivo, a incidência está intimamente relacionada com vários princípios presentes no texto constitucional, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, conceituando a problemática como a omissão em prestar assistência de cunho imaterial por qualquer um dos genitores.

A grande celeuma que assola os juristas encontra-se no fato de que o afeto torna-se assim como o amor questão totalmente inerente a subjetividade humana, não sendo para boa parte dos juristas papel do judiciário garantir tal sentimento de um pai/mãe para com um filho, visto que ninguém poderia em tese obrigar alguém a sentir empatia por outrem, outra parte do jurisdicionado reconhece o afeto como um princípio implícito Constitucional e que deve ser observado em cada relação através da expressão do dever de cuidado como assim se

manifestou a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) no qual ,proferiu a seguinte máxima “amar é faculdade, cuidar é dever, diferenciações estas que serão retomadas no momento oportuno do estudo da referida jurisprudência.

As diversas demandas jurídicas com o intuito de configurar-se a presente temática e suas conseqüências como causa procedente de danos morais, configura-se como um verdadeiro dilema entre os limites da regulamentação e tutela da ciência jurídica, pois ao valorar o afeto como uma questão jurídica o faz inegavelmente à partir de ideais subjetivos, haja vista que o afeto, o cuidado é a participação na vida de um filho pelo pai ocorre de maneira natural, franca e autêntica, pode o direito garantir tal prestação a outrem baseado nas emoções de terceiros? Por outro lado, encontra-se a preocupação dos magistrados em tutelar e garantir uma boa base familiar na formação do caráter dos impúberes, punindo pedagogicamente o genitor (a) que negligencia a formação do seu filho. (EICK; FERREIRA NETO, 2015)

Com isso, passa o julgador a presenciar uma das maiores correntes antagônicas do Direito contemporâneo, o reconhecimento do dano moral por abandono afetivo em virtude da falta de empatia e cuidado, tal reconhecimento seria uma garantia a dignidade nas relações familiares, bem como a ideia da propagação do caráter pedagógico das decisões judiciais, ou seria uma expressão de judicialização do afeto mediante a invasão das relações íntimas e conseqüente monetarização do afeto, mais uma vez temos uma clara manifestação da dicotomia Direito e Moral, até onde a moral deve exercer influência dentro do campo do direito?

Na esfera do Direito Comparado, a Constituição Colombiana abertamente adotou a postura na qual seu ordenamento jurídico busca garantir o amor, o afeto e o cuidado dos genitores para com os seus filhos, conforme o art. 44 do anunciado diploma legal estrangeiro:

Artigo 44. Os direitos fundamentais das crianças são: vida, integridade física, saúde e segurança social, uma dieta equilibrada, o seu nome e nacionalidade, ter uma família e não se separar dela, cuidado e amor, educação e cultura, recreação e livre expressão de opinião. Eles serão protegidos contra todas as formas de abandono, violência física ou moral, sequestro, venda, abuso sexual, exploração laboral ou econômica e trabalho arriscado. Dos direitos sociais, econômicos e culturais Artigos 43 -44.

Eles também desfrutarão dos outros direitos consagrados na Constituição, nas leis e tratados internacionais ratificados pela Colômbia. A família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de ajudar e proteger a criança garantir seu desenvolvimento harmonioso e integral e o pleno exercício de seus direitos. Qualquer um pode exigir da autoridade competente cumprimento e punição dos infratores.

Os direitos das crianças prevalecem sobre os direitos dos outros.” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa )

A Constituição Política da Colômbia, diferentemente da nossa expõe explícitamente o afeto, o amor e o cuidado como deveres dos genitores em relação aos seus filhos em que se encontram em situação de poder familiar, os protegendo de qualquer situação de abandono vislumbrando garantir dessa forma seu sadio desenvolvimento, depreende-se, ainda, do supramencionado artigo que a Constituição em comento preocupou-se em sobrepor os direitos das crianças e adolescentes em relação ao direito de seus genitores.

Nesse sentido, o direito a liberdade em suas relações afetivas é sucumbida pela prevalência da garantia do bom desenvolvimento dos infantes, ou seja, claramente se constata que o legislador Colombiano, preocupou-se com a legitimação do amor, afeto e cuidado como uma obrigação em prol de um bem maior a dignidade dentro das relações familiares.

Em nosso ordenamento jurídico paira a dicotomia entre o a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, previsto originalmente no art. Art. 5º, *caput*, da CRFB/88, que se apresenta como reflexo no Direito de Família pela previsão no Código Civil de 2002, através do art.1.513 que estipula: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” (BRASIL, 2002)

Sendo assim, percebe-se que ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico pátrio busca garantir a autonomia no Direito de Família vedando qualquer forma de intervenção que tenha por objetivo limitar o exercício da liberdade na formação e convivência familiar, surge dada as evoluções sociais e conseqüentemente do próprio conceito de família a triste realidade do abandono afetivo que viola a proteção e o dever de cuidado dos genitores em relação aos seus filhos, negligenciando, desta maneira, os suportes emocionais necessários para o sadio desenvolvimento da criança.

Para (SCHREIBER, 2015) parte da doutrina que considera o reconhecimento do dano moral na esfera do direito de família por consequência do abandono afetivo vislumbra tal manifestação do judiciário como uma expressão da “monetarização do afeto”, argumentando que a resposta exclusivamente pecuniária, não cumpre como o papel pedagógico da condenação, pois, entende-se que ao atribuir um valor as relações familiares, estaria o Poder Judiciário atribuindo maior poder ao omissor em relação ao agente passivo da omissão, ocasionando a ideia equivocada de que com o pagamento restariam reparados os efeitos da omissão.

Coadunam também com este viés de que a tese do abandono afetivo, além de representar uma hipótese de abuso nos limites de tutela do judiciário, corresponde à mera

materialização do afeto, resultando apenas na inserção da problemática na perspectiva pecuniária, longe de funcionar como uma ação inibidora do abandono afetivo, os renomados juristas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Afeto, carinho, amor, atenção são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. **Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica.** Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, reconhecendo a um período em que o ter valia mais do que o ser (FARIAS; ROSELVALD, 2011, p. 127) (grifo nosso).

O pensamento dos juristas, acima salientado evidencia com maestria tal segmento jurídico, haja vista que ao comparar a concessão de danos morais em decorrência do abandono afetivo com a sobreposição do ter pelo ser, demonstra o pensamento de que a compensação pecuniária para aqueles que sofreram com tal prática não trará qualquer alívio para o sofrimento vivenciado, apenas a valoração material, numa clara substituição do ter pelo ser, ou seja, o afeto e cuidado por uma prestação em dinheiro

Entretanto, tal argumento de monetarização do afeto encontra opositores dentro da doutrina brasileira, possuindo nomes como o renomado Civilista, Flávio Tartuce, para ele tal questão encontra-se totalmente superada, quando se levado em consideração que a Carta Magna de 1988, ao apresentar previsão legal em seu art. 5º incisos, V e X, de punir alguém por dano ainda que exclusivamente moral, comparando a questão de reparação civil por abandono afetivo a hipótese já consolidada pela jurisprudência brasileira que seria nos casos de concessão de danos morais por morte de um membro da família, questão essa também preposta no âmbito subjetivo do postulante. (TARTUCE, 2017)

Nesse sentido, a comparação proposta entre os dois tipos de indenização apresentada pelo jurista, faz-se totalmente significativa, uma vez que a lógica para a concessão das indenizações baseia-se na mesma ideologia jurídica, estando à reparação de ambas as hipóteses relacionadas com um dano exclusivamente moral e subjetivo, tanto nos casos de responsabilização por abandono afetivo quanto nos casos de indenização por morte de um dos familiares esta e aquela estão carregadas de expressões sentimentais que não podem ser plenamente revertidas em indenização pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, nem o filho poderá ter de volta o cuidado do genitor negligente na época de sua infância para contribuir com sua formação, nem tampouco o postulante que perde um membro do seu núcleo familiar, poderá ter de volta a pessoa em seu seio familiar.

A matéria em análise, quanto à verificadoda influência jurídica da ausência do afeto de um dos genitores para com o seu filho e suas consequências psicológicas decorrentes da

negligência em prestar afeto, em-se que inegavelmente tais consequências revelam-se danosas e ocorrem em virtude de ser o afeto o principal instrumento para a formação e o desenvolvimento do caráter do menor.

Insta salientar que a prestação de cunho material não exime a responsabilização por abandono afetivo, tendo em vista que aquele que presta alimentos ao seu filho, mas age como se não tivesse qualquer vínculo de parentesco emocional com o mesmo, por conseguinte, incorre nitidamente na omissão no dever de cuidado, incidindo no abandono afetivo, tal conduta é mais comum ter como agente os genitores, tendo como uma das causas revela-se através da estatística de que em 92% dos relacionamentos que resultam em divórcio a guarda dos filhos permanece com a genitora (AMARAL, 2009).

Outro fator determinante para que a maioria dos casos de abandono afetivo possua como agente a figura paterna, além das hipóteses de divórcio, se dá também nos casos em que os genitores não possuem um relacionamento estável, sendo o nascimento da criança fruto de uma “noitada” ou de uma relação casual, tendo como exemplo também a criança advinda de um casal de ex-namorados em que não mais mantém um relacionamento fixo, casos em que a falta de amor e proximidade em relação à genitora ocasiona o reflexo em ricochete para com as crianças e adolescentes advindas dessas relações.

Um aspecto relevante para análise seria nos casos em que o abandono afetivo se origine em decorrência de alienação parental provocada pelo genitor que tem a guarda do infante em desenvolvimento, em desfavor do outro genitor, antes de analisar juridicamente tais questões, antevejo pertinência no entendimento dado por Ana Carolina Carpes Madaleno, sobre a alienação parental:

[...] Porém, não há como falar de Alienação Parental dissociando seus nefastos efeitos e sua rede de atuação, chamados aqui de Síndrome da Alienação Parental. **Estas condutas geralmente têm seu estopim após a separação de um casal e a consequente disputa judicial pela guarda dos filhos e alimentos momento no qual sentimentos como os de rejeição, abandono e raiva são aflorados, sentimentos estes que muitas vezes sequer tiveram sua origem no casamento ou no relacionamento, mas sim em tenra idade, ainda na formação da personalidade do indivíduo** Também é bastante comum a presença da alienação ou exclusão de um genitor ainda durante o casamento, são geralmente aquelas mães que buscam a atenção do filho só para si ou acreditam que o pai não é bom o suficiente, o inverso é verdadeiro, porém menos comum. (MADALENO, 2015, p.17, grifo nosso)

Desta feita, a alienação parental, assim como o abandono afetivo, traz o mesmo resultado que é o afastamento de relações entre pais e filhos, entretanto, insta salientar que embora as motivações e causas originárias são distintas, pois quem pratica abandono afetivo o

faz através de uma conduta humana voluntária sem nenhum impedimento ou coação para que execute tal ato, afastando-se do seu descendente por livre e espontânea vontade, elemento essencial para configuração de reparação civil.

Já o que ocorre nos casos de alienação parental o distanciamento entre os pais e filhos se dá obviamente contra a vontade do genitor alienado, que neste caso ocupa o lugar de vítima na relação, tal conduta de alienação de um genitor para com o outro se desenrola mais evidentemente em casos de términos de relacionamentos, seja um casamento, uma união estável, um namoro ou até mesmo um relação esporádica onde egoistamente passa o genitor alienante a usar a criança como meio de desavenças contra o ex-companheiro, impedindo o contato, menosprezando o outro genitor, e nos casos mais graves até mesmo imputando falsas memórias e acusações de abuso sexual.

Ora, face às considerações aduzidas novamente ofereço destaque novamente ao pensamento de Ana Carolina Carpes Madaleno

[...] Na maioria dos casos onde é verificada a alienação parental em algum momento existe uma denúncia de abuso sexual por parte do alienador em relação ao alienado.

Nos processos existentes nas varas de família existe quase um passo a passo da alienação, primeiramente o genitor alienante inicia tentando restringir as visitas, alegando que a criança precisa se acostumar com a separação e com o outro genitor, como se anteriormente eles sequer tivessem um convívio; com a anuência do Judiciário e a visão de que as mães são as únicas possíveis cuidadoras dos filhos e aos pais é suficiente um final de semana alternado por mês, inicia a quebra do vínculo e da convivência, porém, ela ainda ocorre. (MADALENO,2015,p.20)

Neste sentido, verifica-se uma clara oposição quanto às situações originárias do abandono afetivo e da alienação parental, haja vista que nos casos de abandono afetivo as(os) genitoras(res), por muitas vezes, buscam o judiciário com a finalidade de cessar o sofrimento de sua prole ocasionado pela total ausência de um pai, já no segundo caso as(os) genitoras(res) que impedem o contato dos filhos com o outro genitor, muitas vezes utilizam-se de inverdades para garantir o afastamento entre os mesmos.

Desse modo, o judiciário pátrio deve utilizar-se de muita cautela ao proferir julgamentos ao que pertence a tese do abandono afetivo, observando sempre as condições elementares da responsabilidade civil: conduta humana voluntária, nexos de causalidade, dano, e culpabilidade, haja vista que a causa originária do afastamento dos pais para com seus filhos deve se dar por vontade própria e não em decorrência de uma atitude ilícita e egoísta do antigo (a) parceiro(a) que passa a utilizar-se da criança como simples instrumento de provocação e poder para seu ego ferido ocasionado pelo término da relação, funcionando a alienação

parental como causa excludente de responsabilidade civil por abandono afetivo pois nestes casos o afastamento ocorre sem culpa do genitor alienado.

Parte da Jurisprudência também se posiciona como contrária em relação a reparação civil no caso ora estudado, em virtude de não existir expressamente no ordenamento jurídico vigente texto legal que coloque a atitude de abandonar efetivamente um filho como ato ilícito nos termos do art.186 do Código Civil, considerando também na visão de tal parcela de jurisconsultos o fato de um pai não amar seu filho ou presta-lheos cuidados necessários para seu desenvolvimento não seria ilícito Civil, portanto não seria possível sua reparação civil, como exemplo temos o julgamento pelo STJ do Recurso Especial 757.411/ MG.

A mais recente doutrina tende a discordar desse entendimento dos tribunais, novamente invoco Flávio Tartuce para representar esta parcela de juristas que considera que no direito nacional existem fundamentos suficientes e contundentes, ainda que sob uma interpretação extensiva que considere ato ilícito abandonar afetivamente um filho.

Tartuce posiciona-se no sentido de ser favorável a concessão de danos morais àqueles que sofreram abandono afetivo, através da sua comprovação de dano, devendo ser realizado um estudo psicológico, fundamenta tal reparação, ainda no art. 1.634 do Código Civil que estabelece o dever de convivência, bem como o art. 229 da CRFB/88, haja vista que se violado o dever de convívio e, por conseguinte, for comprovado que tal prática acarretou em danos psicológicos, estaremos diante de um ato ilícito, contrariando assim aos artigos aqui elencados, gerando o dever de indenizar, consoante o art. 186 do Código Civil.(TARTUCE, 2017)

Cumprir destacar que na esfera legislativa tramita desde 2007, o projeto de Lei n 700 de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), que visa opor a reparação civil ao pai ou à mãe que se omite quanto à prestação de caráter imaterial para o filho, caso referido projeto de for aprovado cessaria tal celeuma na doutrina e jurisprudência, porquanto, que tornaria expressamente o abandono afetivo como conduta ilícita e diante disso não haveria mais o que questionar a interpretação extensiva do princípio da dignidade da pessoa humana e demais legislações paradigmas para fins de indenização por danos morais. (VIEIRA, 2015)

Insta salientar que tal projeto de lei também figura na esfera criminal, entretanto pelo foco do presente trabalho, apenas retornaremos no momento oportuno a análise do projeto no aspecto cível.

Longe da pacificidade da Doutrina e jurisprudência em relação à matéria arguida, passemos a análise dos paradigmas legislativos utilizados como parâmetro para a concessão de reparação civil no caso em estudo.

## 3.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL– CRFB/88

### 3.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O aludido princípio, com o advento da Carta Cidadão de 1988, foi elevado em seu art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, abaixo transcrito:

**Art. 1º-** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

**III** - A dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Não obstante, a relevância adquirida pelo referido princípio na ordem jurídica constitucional, sua definição, conforme se abstrai do posicionamento de grande parte da doutrina pátria, não pode ser considerado como um princípio de fácil conceituação, haja vista seu amplo campo de proteção, neste sentido, percebe-se um posicionamento por parte dos estudiosos da área de que o princípio em estudo revela-se como um instituto jurídico de múltiplos significados, tratado muitas vezes pela doutrina como um conceito incumbido de sentido valorativo, tornado-se vago e incerto devido a sua ampla abrangência (WEYNE, 2013 ,p.96).

O grande impacto causado com o advento da Constituição Federal de 1988 no que concerne ao Direito de Família está justamente no pleito constante pela defesa das instituições familiares e de seus membros, introduzindo dentro do ordenamento Constitucional, e, por consequente, do Direito de família a preocupação com ideais de respeito à identidade do indivíduo e de sua parentela, verificando-se uma tendência em considerar a família como o ponto central da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, oferecendo destaque ao apontado princípio. Dessa maneira, observa-se que as legislações posteriores a mencionada Carta Magna obedecem a tendência de constituir-se nos termos da concepção do Direito Constitucional no que refere-se à família. (MADALENO, 2018, p.96).

Nesse íterim, expressivo é o pensamento de Maria Berenice Dias: “O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se

irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, uma coleção de princípios éticos.” (DIAS, 2012, p. 62)

Dessarte, o princípio da dignidade da pessoa humana, possui amplo alcance dentro do ordenamento jurídico positivo, tendo sua aplicação nos mais variados campos do direito como, por exemplo: Direitos inerentes a Personalidade, Direito de Família, Dano à Imagem, Direito a Moradia, à Saúde dentre tantos outros direitos aliados as questões humanas, sendo, por muitas vezes, alvo de críticas por parte dos doutrinadores.

Quanto à proteção da entidade familiar dentro da Constituição Federal, a família, consoante o art.226, *caput*, é considerada a base da sociedade, tendo a garantia da proteção especial do estado brasileiro, o mesmo dispositivo legal, ainda, em seu parágrafo, § 7º, postula que proteção do Estado será embasada nos princípios da dignidade da pessoa humana e princípio da paternidade responsável, garantindo também o livre planejamento familiar, tocando ao Estado caucionar recursos para a garantia desses direitos, nesse passo, relevante se faz a transcrição de tal dispositivo Constitucional

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado 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 desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Portanto, o Direito de Família só poderá ser considerado em consonância com o princípio em questão se dentro das relações familiares estiverem esboçados o dever de cuidado e respeito, ou seja, compreende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana será observado dentro das relações paterno-filiais quanto for garantido ao infante independentemente da relação afetiva que o origina, pouco importando se o mesmo advém de uma relação conjugal, extraconjugal, sendo filho programado pelos genitores ou não, pouco importa sua origem, devendo ser garantido o compromisso com a prestação imaterial através do cuidado, respeito e o convívio familiar, possibilitando, conjuntamente o exercício da cidadania familiar, haja vista que tal exercício compactua com a inclusão do indivíduo, que dentro do ambiente familiar busca a não exclusão de nenhuma estrutura familiar e, por conseguinte, nenhum membro que compõe o núcleo familiar. (PEREIRA,2015,p.406)

Em síntese, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido dentro do contexto familiar, ganha respaldo constitucional ao elevar a família como base da sociedade em seu art,

226, *caput*, fundamentando tal equiparação no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo dever dos genitores possibilitarem a inclusão do impúbere no núcleo familiar, assim fere o princípio da dignidade da pessoa humana o genitor que podendo conviver com o filho e garantir ao mesmo a prestação imaterial, por escolha própria o de deixa de fazer, abandonando-o afetivamente.

### 3.2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar tem seu escopo na lei básica de 1988, conforme se depreende do seu art. 3º, inciso, I, que postula ser objetivo fundamnetal da República Federativa do Brasil o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária, *ipsis literis*: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária. ” (BRASIL, 1988)

Como já discutido, anteriormente, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 226, *caput*, que a família configura-se como base da sociedade brasileira, com isso, observa-se uma clara relação entre o princípio da solidariedade e as questões concernentes ao Direito de Família, uma vez que, uma sociedade justa compreende uma sociedade onde se preza pelas instituições familiares, relações estas que só coexistem de maneira justa quando garantido o dever de solidariedade.

Neste sentido, oportuno é o ponderamento de Maria Berenice Dias:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **fraternidade** e a **reciprocidade**. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. (DIAS, 2013, p.69)

Neste diapasão, a legislação pátria, no plano infraconstitucional, especialmente no diploma cível, inseriu determinações expressas no que concerne o princípio da solidariedade, no âmbito das relações familiares.

A solidariedade familiar é consolidada em vários dispositivos do Código Civil, temos como exemplo os arts. 1.566 e 1.694, abaixo explicitados:

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;” (BRASIL, 2002) [...]

Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL, 2002)

**Art. 1.695.** São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. (BRASIL, 2002).

Tais dispositivos legais, revelam uma preocupação do legislador infraconstitucional para com a subsistência digna dos membros que compõe uma entidade familiar, através da manutenção do dever recíproco de garantir as condições mínimas para se viver em sociedade, estipulando tal dever, até mesmo quando deixam de compor uma mesma organização familiar, tendo em vista a possibilidade de prestar alimentos aos ex-cônjuges, conforme os artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil, acima apresentados.

Em outras palavras, o legislador estipula que é dever daqueles que vivem ou viveram em núcleos familiares, ajudar a garantir os interesses dos seus membros, impondo a cultura de um pensamento voltado para a solidariedade em busca da justiça social, em determinio dos ideais individualistas, impondo aos que vivem em núcleos familiares uma espécie de responsabilidade mútua familiar.

Nessa vereda, coaduna Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Outro princípio peculiar do Direito de Família, de fundamental importância, é o princípio da solidariedade familiar.

Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2017, p.1085)

Assim sendo, o princípio da solidariedade no âmbito das relações familiares, apresenta-se num aspecto mais voltado para a idéia de inclusão e garantia da subsistência digna, aliando ao princípio da solidariedade, pois como já exposto, o princípio estudado coloca os ideais coletivos e familiares em sobreposição a sistema dos interesses individuais, visando a promoção da dignidade da pessoa humana.

### 3.2.3 PRINCÍPIO DA MATERNIDADE E PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da maternidade/paternidade responsável está previsto de forma expressa no art.226, § 7º, da Carta Magna de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado 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 desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL,1988)

O mencionado dispositivo constitucional foi introduzido no ordenamento civil, visando proteger as instituições familiares que representam por expressa determinação constitucional a base da sociedade, trazendo à baila o dever de responsabilidade dos pais para com os filhos no que concerne ao acompanhamento do seu desenvolvimento, alinhando tal garantia ao pleito da promoção da dignidade humana, nesse passo de acordo com TEIXEIRA (2005, p. 156 apud PEREIRA; SILVA, 2006, p.676) “Afinal, se uma criança veio ao mundo desejada ou não, planejada, ou não os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda. ”

Logo, à vista disso, tem-se que a proteção jurídica dada à criança em desenvolvimento, está garantida independentemente de sua origem, pelo próprio dever de responsabilidade, tendo em vista o contexto social hodierno é cada dia mais comum casais terem filhos longe do “modelo” tradicional de família, ou seja, fugindo os padrões do casamento e da família monoparental.

É cada dia mais notório gestações resultantes de relações casuais, assim como também filhos que inicialmente pertenciam a um modelo “tradicional” de família, e posteriormente passam a serem filhos derivados de um ex-relacionamento, por consequência, por exemplo, de um divórcio, desse modo altivamente qualquer circunstância em que envolva um genitor e uma criança em desenvolvimento a obrigação de responsabilidade sempre estará presente.

Ao que afeta o princípio da paternidade responsável e sua relevância na formação do caráter ético/moral das crianças e adolescente, siga a esteira do pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio da paternidade responsável interessa não apenas às relações inter-privadas, mas também ao Estado, na medida em que a irresponsabilidade parental, somada às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior

importância. Se os pais não abandonassem seus filhos, ou, se exercessem uma paternidade responsável, certamente o índice de criminalidade seria menor, não haveria tanta gravidez na adolescência, drogadição etc. (PEREIRA, 2015, p 400)

Ao eximir-se da responsabilidade de cuidado para com o infante de quem detém poder familiar, seja tal conduta característica do abandono afetivo realizada pelo pai ou pela mãe pode trazer consequências graves para a formação do caráter do mesmo, haja vista que a ausência do cuidado ocasionado por um genitor que se faz ausente pode acarretar aliadas as problemáticas sociais, numa total desestrutura emocional refletindo também, por conseguinte, na vida em geral.

Desse modo, o reportado princípio jurídico pode ser estimado como congênito a qualquer criança e adolescente, independentemente de sua concepção ter sido planejada ou não, considerando-se que o dever de responsabilidade para com os filhos em decorrência do poder familiar, é completamente superior aos interesses individuais dos pais, coadunando-se com o princípio da solidariedade familiar, que visa à sobreposição dos interesses individuais em detrimento dos interesses do núcleo familiar.

Sendo, portanto responsáveis pelo seu zelo e a garantia da dignidade, da convivência familiar, e a proteção integral da criança, enfim tal condição de responsável expõe o genitor no papel de garantidor no que tange as prestações de ordem material e moral aos filhos.

### 3.2.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS FILHOS

O princípio da Isonomia entre os filhos possui natureza constitucional expressa, estando regulamentado no art. 227 da CRFB/88, § 6º, *Ipsis litteris*: “ Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações relativas à filiação.” (BRASIL, 1988).

Perante o exposto, compreende-se que a Lei Maior/1988, procurou garantir a igualdade de tratamento entre os filhos, repudiando, qualquer atitude discriminatória em virtude de sua origem, ou seja, para o ordenamento constitucional pátrio pouco importa se o tutelado em questão é oriundo de uma relação pública e duradoura como o casamento e/ou a união estável, advindos de uma relação esporádica, ou provenientes de um relacionamento anterior que resultou em divórcio, desimporta, ainda, se o filho é proveniente de uma relação jurídica, como nos casos de adoção, concebido pelas vias naturais ou gerado pela égide da moderna ciência (reprodução *in vitro*).

Assim sendo, a proteção da igualdade jurídica entre os filhos, desautoriza qualquer conduta discriminatória para os filhos, em síntese, a condição de filho não deverá ser mitigada

em razão da origem do mesmo, haja vista que independente de sua proveniência todos no contexto jurídico palpitante recebem isonômica proteção constitucional.

Entretanto, o contexto histórico das normas jurídicas pertinentes a questão, nos revela um distanciamento ideológico com o estipulado na legislação contemporânea, tendo em conta que o Código Civil de 1916, estipulava diferenças entre os filhos de acordo com sua proveniência, basta ver a questão dos filhos oriundos da relação de casamento, que eram denominados de “filhos legítimos” em contraposição aos filhos sobrevividos de relacionamentos alheios a instituição do casamento, que eram constituídos em contexto de união estável posterior a casamento anteriormente contraído, ficaram conhecidos como “filhos ilegítimos”, presente até aquele momento, também a denominação de filhos espúrios, que eram aqueles resultantes de um relacionamento em que os genitores estavam impossibilitados de constituírem vínculo matrimonial, como as relações incestuosas e resultantes de infidelidade, com isso, nota-se uma total regulamentação da discriminação e marginalização dos filhos não provindos do casamento, com o intuito de diferenciar os direitos sucessórios.(FONSECA, 2015, p.111-112).

Hodiernamente, a proibição da distinção entre os filhos vai além do registro civil, representando uma garantia em todos os âmbitos do Direito pátrio, frizando-se o Direito Sucessório, bem como garante aos filhos o direito a prestação de ordem material e para parte dos juristas a prestação moral independentemente da situação em que o mesmo fora originado.

#### 3.2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil/1988, como já exposto propõe que a família configura-se como a base da sociedade, possuindo respaldo para sua proteção nos ideias de dignidade da pessoa humana, no dever de Solidariedade mútua entre os membros de um determinado núcleo familiar, de manutenção da paternidade responsável, refletindo tais princípios constitucionais expressos em uma nítida preocupação do legislador Constituinte em tutelar a instituição familiar.

Entretanto, a problemática da responsabilidade civil por abandono afetivo encontra seu cerne no princípio constitucional implícito da afetividade, haja vista que a partir deste princípio surge a ideia de que configura-se como direito para os infantes a prestação não só de cunho material como prevê o Código Civil pátrio, mas a prestação de caráter moral, assim, importa destacar os dizeres de Ricardo Calderón em sua tese de mestrado em que pondera:

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. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite sua atual sustentação de lege lata. (CALDERÓN,p.10, 2013)

O princípio em análise foi inserido dentro do contexto jurídico atual, mesmo que de forma implícita na Carta Magna de 1988, como uma resposta as mudanças sociais que refletiram nas relações familiares, tendo seu maior respaldo conceitual na doutrina e jurisprudência.

Corroborando o doutrinador Paulo Luiz Netto Lôbo, oportuna é a transcrição dos seus ensinamentos:

[...] o princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus constituintes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226,§4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (LÔBO, 2011, p.12).

Com isso, compreende-se que embora o princípio da afetividade não esteja expressamente disposto em nossa legislação pátria, encontra-se de implícito, possibilitando a interpretação hermenêutica extensiva para sua aplicação, manifestando sua influencia à medida que o legislador constitucional preocupou-se com a proteção integral das crianças e adolescentes podendo ser citado como exemplo: a dignidade nas relações familiares, a concivência familiar, dentre outras inúmeras manifestações de proteção no texto constitucional.

Hodiernamente o conceito de família dada às mudanças sociais não mais se vincula a família monoparental, sendo pautadas as relações familiares no princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a reconhecer as mais variadas formas de instituições familiares, visando um tratamento digno que garanta a subsistência e repudie qualquer forma de discriminação, objetivando o tratamento igualitário para todos os tipos familiares existentes.

Desta feita, resta plenamente pertinente a transcrição dos dizeres de STRAUSS (1981,p.119 apud ROUDINESCO, 2003, p.15):

O que diferencia realmente o homem do animal é que, na humanidade, uma família não seria capaz de existir sem sociedade, **isto é, sem uma pluralidade de famílias prontas a reconhecer que existem outros laços afora os da consanguinidade**, e que o processo natural da filiação somente pode prosseguir através do processo social da aliança. (grifo nosso).

Assim sendo, a família na suas mais variadas formas estão inseridas na vida do homem e da sociedade como um todo, sucedendo o respeito às diversas instituições familiares, considerado como essencial para a dignidade, sendo de suma relevância o reconhecimento da importância dos mais diversos processos de filiação, portanto, temos que o convívio em sociedade é uma das manifestações responsáveis pela construção do conceito de família.

A importância do reconhecimento do reportado princípio Constitucional, ainda que de forma implícita no ordenamento jurídico pátrio, condiz justamente com a legitimação da busca pelo constituinte do respeito, da liberdade nas relações familiares e, sobretudo da salvaguarda da dignidade, no que toca a construção e a manutenção dos mais variados núcleos familiares, igualmente com a valoração do afeto na construção da personalidade da criança.

Nesse seguimento, compatibiliza o jurista Rolf Madaleno:

**O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.** A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em muitos casos, a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar. A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. (MADALENO, 2018, p.145) (grifo nosso)

Embora, a lei máxima de 1988 não tenha regulamentado tipicamente o afeto como princípio protetor das instituições familiares, verifica-se em seu texto ampla preocupação como um sadio desenvolvimento familiar, pautado na dignidade da pessoa humana, sendo o afeto a base para muitos princípios explícitos dentro do contexto constitucional.

Nesse objeto, nota-se a evidente contribuição de tal princípio, dada a sua atuação no reconhecimento pelo ordenamento jurídico pátrio, dos demais princípios explícitos, como a igualdade da filiação, o direito de reconhecimento da paternidade socioafetiva, a questão da regulamentação da adoção, a busca pela solidariedade familiar, o pleito pela garantia da dignidade e respeito pelos mais diversos núcleos familiares, haja vista que o princípio em comento regulamenta a existência e a garantia dos mais diversos tipos de relação afetiva, como, por exemplo, a paternidade socioafetiva, bem como a problemática do abandono

afetivo, frente às inúmeras demandas judiciais com o propósito de reconhecimento do abandono afetivo como causa passível de reparação civil.

Consequentemente, o afeto mesmo que implícito na Constituição Federal funciona como a base da solidificação da família, aliando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana na contenta da preservação das condições mínimas para o bom convívio familiar através da instigação do pensamento coletivo dentro dos núcleos familiares, presando desse modo não só no afeto e na dignidade, mas na solidariedade entre os membros de um grupo familiar.

### 3.3 CÓDIGO CIVIL

#### 3.3.1 PODER FAMILIAR

Anteriormente denominado como pátrio poder pelo Código Civil de 1916, este instituto representava a expressão de uma sociedade machista e patriarcal, visto que atribuía apenas à figura paterna o poder/dever sobre os filhos menores, entretanto, em consequência das mudanças sociais e dos avanços alcançados pelo movimento feminista que pleiteava a emancipação da mulher, bem como a luta pela igualdade entre os filhos, tais questões prepassaram a obrigação do judiciário por uma nova conotação legal para determinar tal instituto jurídico, que passou a ser denominado de Poder Familiar.(DIAS, 2013)

Tal mudança no paradigma das famílias deixa de colocar como característica central dos núcleos familiares a autoridade exercida por um homem, ao invés disso passa a ter como foco principal a garantia do exercício deste poder dever em relação aos filhos, sendo o melhor interesse da criança e do adolescente a justificativa de tal poder e não mais como expressão de uma sociedade patriarcal, à vista disso, após o advento da CRFB/88, que igualou homens e mulheres em seu art. 5º, *caput*, seria ilógico e inconstitucional que houvesse esta condição de supremacia do homem em relação à mulher, neste sentido, obedece à ordem Constitucional o Código Civil de 2002, ao prevê a expressão Poder Familiar.

Cuida-se analisar, para a doutrina o conceito de Poder Familiar, através da lição de Antonio Cezar Lima da Fonseca :

O poder familiar (antigo pátrio poder), poder parental ou autoridade parental, como outros entendem, é um poder-dever: é poder, pois traz consigo um ele de autoridade dos pais sobre os filhos menores; é dever, pois obriga ambos os pais no atendimento integral das necessidades dos filhos. Trata-se de uma “estrada de mão-dupla”, pois impõe deveres e reconhece direitos sobre os filhos menores; não se podendo ignorar que seu exercício se encontra exclusivamente no interesse do menor. (FONSECA, 2015, p.113)

Como se pode verificar, superado o contexto patriarcal e machista dentro do contexto familiar, tem-se que no presente contexto jurídico o poder Familiar, um direito-dever que não mais se concentra sob uma perspectiva de poder unilateral, mas funciona como uma responsabilidade mútua, haja vista o reconhecimento pelo Código Civil vigente da importância de ambos os genitores, outrossim, ao invés do temor a uma figura autoritária, o âmago de tal instituto jurídico atualmente está no melhor interesse do menor e no dever incubido aos genitores de promoção de condições dignas para o sadio do mesmo.

### 3.3.2 DIREITO/DEVER À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, ARTIGO 1.634, DO CÓDIGO CIVIL PÁTRIO

O Direito/dever de convivência familiar está expresso implícita e explicitamente na Constituição Federal e no Código Civil, um claro exemplo dentro do referido diploma legal seria o expresso no art. 1.634, inciso II, in verbis: “compete a ambos, os pais qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em quanto aos filhos: II- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art 1.584.” (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o mencionado dispositivo legal, expõe o direito de convivência com os filhos, admitindo a possibilidade da guarda compartilhada em casos de divórcio, garantindo aos pais o direito sobre os filhos independentemente de coabitação ou existência de relacionamento entre os genitores do menor.

O direito de convivência é manifestado como um direito de ordem triangular, ou seja, um direito não apenas dos genitores, mas também do menor sendo pensando sempre à luz do seu melhor interesse, haja vista que é direito do impúbere manter contato com o genitor em que não convive com maior habitualidade, havendo não só um direito por parte do genitor que não coabita com o mesmo, mas um dever em garantir a este a oportunidade de convívio com ambos os genitores (DIAS,2013).

Assim sendo, o genitor não está condicionado ao convívio matrimonial ou por meio de um relacionamento para que possa exercer seu direito/dever de convívio com os filhos, fortalecendo, desta maneira os laços parentais.

### 3.3.3 ATO ILÍCITO

O ideal de responsabilidade civil consiste na sucessão de elementos para sua configuração, conduta humana, nexos de causalidade, dano e culpa, entretanto, para que haja configuração de reparação civil o dano causado deve ser tido como ato ilícito, como assim se abstrai do art. 186 do Código Civil de 2002.

Nessa esteira filio-me nos dizeres de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Quando estudamos o fato jurídico, vimos que o ato jurídico (em sentido amplo) é toda ação humana lícita, positiva ou negativa, apta a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Entretanto, por vezes, pode a pessoa atuar contrariamente ao direito, violando as normas jurídicas e causando prejuízo a outrem. Neste último caso, estaremos diante de uma categoria própria, denominada ato ilícito, conceito difundido pelo Código Civil alemão, consistente no comportamento humano voluntário, contrário ao direito, e causador de prejuízo de ordem material ou moral.”(PAMPLHONA FILHO; STOLZE, 2017, p.183-184)

Portanto, o ato ilícito seria toda e qualquer ação que cause dano a outrem e que esteja regulamentada por lei como ato ilícito, contrariando dessa maneira o ordenamento jurídico, configurando assim o dever de indenizar nos termos do art.186 do Código Civil, a questão do ato ilícito é uma das grandes controvérsias quanto à possibilidade do reconhecimento do abandono afetivo como causa ensejadora de responsabilidade civil, dividindo consideravelmente a jurisprudência, dicotomia esta que será destacada no momento oportuno.

### 3.5 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO

A discussão compreendendo a problemática do ativismo no Poder Judiciário pode ser definida na conduta de conceder direitos em suas decisões judiciais que deveriam originar-se de leis e políticas públicas, tal postura ocorre frente à ausência de criação de normas e políticas públicas pelo Poder Legislativo, que quando assim procede assume uma postura omissa em tutelar os anseios sociais, trazendo uma clara oposição de competência, gerando um evidente conflito jurídico entre os magistrados que embora não possuam competências para legislar, não podem presenciar a violação de Direitos, sobretudo os decorrentes dos princípios Constitucionais, ou seja, o ativismo judicial, portanto, está relacionado com interpretação extensiva das prerrogativas Constitucionais.(ÁVILA,2012).

A presente temática gera inúmeras controvérsias em especial sobre a separação de poderes entre o Poder Legislativo e o Poder judiciário, ocasionando divergências entre os próprios juristas.

Entre a corrente defensora do Ativismo Judicial, encontra-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, que alega:

[...] em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, [...] o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Legislativo também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam [...] por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, da Lei Fundamental.” (MELLO, 2012, p.12)

Na visão do brilhante jurista, o ativismo judicial não deve ser utilizado como regra nas decisões judiciais, mas apenas em situações extraordinárias em que o Poder Legislativo torna-se ineficaz em resguardar uma determinada questão que afinja a sociedade e tenha por consequência efeitos passíveis de valoração jurídica sendo, portanto, a via judiciária o único meio para efetuar a garantia de tais direitos.

Sendo através de tal corrente de interpretação que o judiciário pode garantir o próprio cumprimento e zelo do texto constitucional, pois o ativismo judicial nada mais é do que a interpretação extensiva de princípios constitucionais, garantindo sua eficácia, para o jurista tal prática não violaria a Carta Magna, tendo em conta que o órgão responsável pela criação de leis consoante a Lei Maior, qual seja, o Poder Legislativo, encontra-se omissa em relação a questões dotadas de necessidade de regulamentação, o judiciário deve então cumprir a garantia, em outras palavras, para o jurista se o Legislativo exercesse sua função como determina a Constituição na promoção de leis específicas não seria necessário que o magistrado se baseasse na Lei Base para garantir um Direito.

Insta salientar que o legislador pátrio através do art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) regulamentou a possibilidade da existência de possíveis lacunas deixadas pela lei, determinando que o Juiz utilizasse de fontes alternativas do Direito para o julgamento desses casos em que se configurasse nítida omissão do Poder Legislativo, conforme relatado no artigo a seguir transcrito: “**Art. 4º**- Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942) regulamentando desta maneira a possibilidade do juiz enxergar para além da letra “fria” da Lei.

Garantindo a prestação jurisdicional a todos que recorrem ao Poder Judiciário, portanto uma clara questão de manifestação do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, expresso no art. 5º, inciso, XXV, da Carta Política de 1988, que determina que nenhuma previsão legal

poderá excluir da apreciação judicial maculação ou intimidação da manifestação de um direito.

Portanto, não pode o juiz deixar de julgar uma demanda, utilizando-se do argumento de que não existe norma apta para ser realizada a subsunção da demanda suscitada ao Poder Judiciário, com isso, tem-se que a própria Constituição proíbe a escusa de julgamento por falta de norma, garantindo a possibilidade de utilizar-se o magistrado em suas decisões das demais fontes do direito, elencadas no já transcrito no art. 4º da LINDB, a Carta Magna assim o fez, tendo em vista que ao dividir as competências, em legislativa, executiva e judiciária, previu a possibilidade de falha destas, mas em momento algum legitimou a falta de tutela de demandas juridicamente tuteláveis, colocando a garantia dos Direitos acima de qualquer falha no exercício de competências.

Demonstrando, ainda, uma nítida influência do movimento Constitucionalista chamado de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo que teve suas origens no contexto do século XXI, movimento este que surge com o objetivo de concretizar as tendências do contexto jurídico pós-moderno, disvinculando a idéia de um Direito Constitucional, baseado na limitação política, ou seja, garantir, contudo, a eficácia da Carta Magna, mudando a perspectiva de que as normas constitucionais apenas devem obedecer a um viés positivista, e sim atrelando sua principal motivação a promoção dos Direitos Fundamentais (LENZA, 2014).

Representado a parcela de juristas que considera o ativismo judicial como um problema no que diz respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário, é demonstrada a figura do renomado jurista Elival da Silva Ramos em sua obra *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos* em que declara:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010, p.129)

Para o suscitado autor o ativismo judicial é visto como uma postura preocupante quando adotada pelos magistrados, representando o exercício de uma expressão para além dos limites permitidos ao Poder Judiciário, violando desta forma a teoria da separação de Poderes Constitucional.

Já a doutrina da Judicialização tem sua fundamentação nas demandas provenientes no seio da sociedade, sempre aliada a questões em que apresentam caráter amplamente vinculado ao contexto político e as transformações sociais, quanto à doutrina em questão brilhantemente preleciona o professor Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade [...].( BARROSO, 2009, p.2)

Com efeito, a questão da Judicialização está relacionada com a transferência de um poder, entre os três poderes Constitucionais, transferência esta sempre justificada por um viés político e social, situação esta levada ao Poder Judiciário por efeito de uma postura inerte adotada pelo órgão originariamente competente, acarretando em profundas transformações dentro do contexto social e jurídico.

Os conceitos de Ativismo Judicial e Judicialização embora tenham natureza semelhante, frequentemente são apontados erroneamente como expressões sinônimas, por isso, torna-se essencial a distinção de tais correntes jurídicas, o que se faz seguindo o pensamento da pesquisadora Aparecida Pedrosa de Figueiredo:

[...] Portanto a judicialização apresenta-se como um evento que social, pois a dimensão deste fenômeno não depende da vontade do órgão judicante, ao contrário deriva de fatores alheios à jurisdição, que possui seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado juntamente com a má gestão dos recursos orçamentários, e muitas vezes na ausência de prioridade das políticas públicas de efetivação, que gera como consequência aumenta de demandas envolvendo direitos fundamentais, [...], **por isso a diminuição da judicialização não depende, apenas de medidas realizadas pelo o Poder Judiciário, mas, sim, de um conjunto de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. A judicialização e o ativismo não se confundem, enquanto este é uma conduta, um modo de interpretação de cada magistrado no momento de proferir sua decisão em que envolve direito fundamental, de lavra constitucional exemplo do direito à saúde, aquele é um fenômeno, uma realidade dos atos na sociedade** ou nas palavras de Luiz Roberto Barroso: “(...) a judicialização e o ativismo judicial são primos, vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas [...]”(FIGUEIREDO,2017, p.38-39) (grifo nosso)

Nesse esteio, embora ambos os institutos decorram da falha de exercício de um dos poderes delegados pela Carta Cidadã, podendo ser na esfera do Poder Legislativo pela falta de uma regulamentação legislativa a respeito de uma questão de anseio social, ou no âmbito do

executivo que podera ser exemplificada como a ineficiência em implementação de políticas públicas negligenciando a efetivação de direitos.

Com isso, tem-se que os dois institutos em questão diferem-se, ao passo em que a judicialização é um fenômeno dos atos referentes a questões que assolam o seio da sociedade, chegando estas demandas as chancelas jurisdicionais pela falta de garantia de políticas públicas ou até mesmo a ineficiência da administração pública em conduzir os fundos governamentais, decidindo o juiz questões que originalmente não é de sua competência, já o ativismo judicial decorre de uma postura interpretativa do magistrado que assim o faz com o intuito de garantir Direitos considerados Fundamentais previstos no texto constitucional.

Mediante o exposto, tem-se que o imbróglio em comento tem sua justificativa no receio dos juristas e membros do Poder Legislativo em que tal prática do ativismo judicial ocasione a desobservância do princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta Política de 1988, que determina que “**Art. 2º**-São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL,1988), patenteando assim a teoria da Separação dos Poderes na ordem Constitucional vigente.

O percurso da tese da ideia da distinção das funções do Estado encontra sua expressão inicial filósofo Grego Aristóteles, na sua obra denominada como “política”, na qual trouxe a distinção de três poderes inerentes ao funcionamento do Estado, sendo estes, a função de exercer o papel de legislar editando as normas que se tem por intento vincular toda a sociedade, bem como as outras duas funções essenciais ao Estado que seria executar as referidas legislações no plano administrativo e a competência para exercer julgamento quando tais normas fossem transgredidas, buscando a resolução dos conflitos, contudo, em lógico reflexo da época em que viveu o filósofo, o mesmo atribuía tais funções concentrados a uma figura soberana. Nesse passo, sua obra contribuiu no que diz respeito à conceituação dos poderes de um Estado, haja vista que foi apenas em Montesquieu na obra “o espírito das leis” que se viu a defesa da separação de tais poderes, os colocando no status de funções que devem ser exercidas por órgãos distintos, autônomos, harmônicos e de forma independente entre si (LENZA, 2014).

O legislador ao prevê tal distinção de poderes, o faz com o propósito de ponderar a concentração de poderes em um único órgão sendo estas funções pautadas no princípio da isonomia, estabelecendo inclusive previsão legal de fiscalização e responsabilização mútua

entre os poderes, com o intuito de inibir o abuso de poder e a própria Democracia. (MORAES, 2005)

Um gritante exemplo de controle mútuo entre os três poderes revela-se no art. 97 da Carta Cidadão, *ipsis literis*: “Art. 97- Os juízes poderão declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL, 1988), em que se pode perceber uma fiscalização do Poder Judiciário ao que tange as Leis que representam atribuição do Poder legislativo e os atos normativos que temos como modelo os decretos elaborados pelo Poder Executivo.

Mediante todo o exposto, no presente caso estudado, de concender danos morais em decorrência de danos psicológicos, em decorrência de abandono afetivo, surge inúmeros conflitos, destaca-se: sendo nos casos em foi reconhecido, justificado pela interpretação extensiva em especialdo princípio da dignidade da pessoa humana, aplicado as relações familiares, estaria o Poder Judiciário violando a separação de poderes? E o princípio da liberdade ao trafegar na esfera subjetiva? Ou seria uma questão de ativismo judicial representando apenas uma nova forma de interpretar a Constituição nas relações familiares? Tal indenização estaria sendo concedida sob a ótica da judicialização, ou seja, quando a demanda é proposta ao Poder Judiciário, antes que o Poder Legiferente pudesse regulamentá-la, representando assim uma monetarização do afeto? E o Poder Judiciário ao negligenciar as transformações sociais e deixar de exercer sua função legislativa em relação à demanda do abandono afetivo não estaria violando a Constituição? O direito estaria em atraso com as relações sociais em não tutelar tal problemática expressamente como ilícito civil?

Portanto, em expressão a tais questionamentos, passa-se a relevante análise da problemática sob a ótica da Jurisprudência Pátria, bem como no plano Congressual através da análise do Projeto de Lei nº700/2007, que objetiva transformar o abandono afetivo como ilícito Civil e Penal alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, reservando-nos, devido à área de pesquisa da presente monografia jurídica a análise apenas do aspecto Cível do aludido Projeto de Lei.

#### 4- A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA ESFERA JURISPRUDENCIAL E CONGRESSUAL

A questão do reconhecimento do abandono afetivo como causa passível de dano moral é uma das questões mais controversas no âmbito da responsabilidade civil, dividindo consideravelmente a jurisprudência pátria, na qual os requisitos para a sua concessão e admissibilidade estão à mercê dos entendimentos dos magistrados, ante a falta de regulamentação expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

##### 4.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ABANDONO AFETIVO

O primeiro caso que ganhou notoriedade a respeito do pleito de indenização por abandono filial originou-se no estado de Minas Gerais no interior do estado mais precisamente na Comarca de Alçada em meados de 2004, sendo julgado improcedente em primeira instância, chegando à demanda ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através do recurso de Apelação Cível n ° 408.550-01.04.2004, sendo a decisão reformada e o genitor condenado a pagar indenização correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos ao filho, como se depreende do julgado abaixo invocado:

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

**A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.**(TJMG, 2004, on-line, grifo nosso)

O caso acima exemplificado resultou na condenação em segunda instância por unanimidade dos votos dos Desembargadores, o reconhecimento se deu através da inserção do princípio da dignidade da pessoa humana, entendeu o Tribunal Superior que a conduta de negligenciar os cuidados com o filho e a atitude do pai de privá-lo por sua própria escolha de conviver com mesmo, privando-o dos laços familiares, enfim deixar de prestar toda e qualquer conduta moral que contribuísse para o seu efetivo desenvolvimento, violou o ideal de dignidade da pessoa humana, bem como o princípio Constitucional implícito da afetividade, portanto, suscetível de indenização, sendo o primeiro caso na jurisprudência nacional.

Ocorre que posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, através de um Recurso Especial reformou a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme abaixo se observa na emenda do aludido Recurso Especial:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rededo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido (STJ,2006, on-line)

A decisão acima destacada revela uma clara expressão da parcela dos juristas que discordam do reconhecimento do abandono moral como tese de reconhecimento de dano moral pela ausência de ato ilícito expresso pela legislação pátria, tendo em vista que a responsabilidade civil se configura seguindo a dogmática positivista pela existência de quatro elementos quais sejam: conduta humana, dano, nexo de causalidade e ato ilícito.

Nos autos do referido julgado também é relevante destacar o voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves:

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

[...] Perante esta Corte VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, sustentando violação ao art.159 do Código Civil de 1916 e dissídio jurisprudencial. Aduz não estarem presentes na hipótese os elementos constitutivos do ato ilícito de modo a embasar uma condenação. Afirma que as dificuldades oriundas de uma separação e da atividade profissional do pai são fatos normais da vida, não havendo que se falar em dolo ou culpa [...].” (STJ, 2006, on-line)

O ministro em seu voto além de não considerar a tese de abandono filial como suscetível de dano moral, em razão da ausência do expresso enquadramento legal em ilícito civil, justifica que o ordenamento jurídico brasileiro já apresenta “solução” para a problemática, ao prevê a perda do poder familiar para os genitores ausentes, justificando ainda ser considerada “normal” no caso em comento, por questões de trabalho e, por conseguinte, de um processo de separação entre os pais do recorrido, na visão do Ministro o distanciamento entre pais e filhos nestas condições seria uma consequência natural e perfeitamente compreensível.

Entretanto, a perda do Poder Familiar, em clara decorrência lógica, não pode ser tida como solução para o abandono afetivo, pois o pai que deixa de prestar assitência de natureza moral e afetiva ao filho e em decorrência disto venha a sofrer pelo judiciário a perda do poder familiar, funcionaria como um reforço para a sua prática haja vista que apenas teria suas atitudes de negligência para com a prole regulamentadas por força de uma decisão judicial, ou seja, seus interesses seriam tutelados ao invés de ocorrer uma efetiva punição, enquanto que a problemática e a sensação de injustiça pelo agente passivo só aumentariam.

Uma virada jurisprudencial ocorre no ano de 2012, visto que novamente através de um Recurso Especial sob nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9) a temática foi novamente levada ao Superior Tribunal de Justiça, desta vez sendo julgada pela 3ª turma, com Relatoria da Ministra Nancy Andriahi, assim decidindo:

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 consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. **O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.** 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia de cuidado importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. **Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes por demandarem revolvimento de matéria fática não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 2012, on-line, grifo nosso)

O STJ profere julgamento favorável a demanda à medida que considera em que considera que em nenhum momento o ordenamento jurídico pátrio proibiu a inserção do Direito de Família no âmbito da responsabilidade civil, considerando ainda que embora não haja expressa determinação do abandono filial como ilícito civil, a modalidade ocorre sob a conduta de omissão em prestar assitência de ordem moral e psíquica para o filho, afirmando que o dever de cuidado está regulamentado no texto constitucional em seu art. 227, é a

conduta negativa violaria, assim um dever constitucional, de criação, educação e formação moral .

No voto da Relatora a Ministra Relatora Nancy Andrighi, acabou com a discussão de que a tese do abandono afetivo estaria valorando o afeto judicializando uma questão de cunho subjetivo, assim se manifestando:

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 empecilho 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**. (STJ, 2012, on-line)

A ministra em seu voto coloca o cuidado como algo suscetível de valor jurídico, tendo em vista que considera a jurista tal prestação por parte dos genitores de suma importância para o desenvolvimento da criança e do adolescente, admitindo a mesma que não se pode adentrar o Direito no campo do amor, mas negligenciar o cuidado na visão da ministra seria negligenciar a própria constituição ao que tague as prerrogativas constitucionais da proteção dos impúberes, surgindo assim à famosa frase que veiculou amplamente na mídia “amar é faculdade, cuidar é dever”.

A decisão paradigma do STJ foi fundada no ideal de valoração jurídica do dever de cuidado, fixando o entendimento de “amor é faculdade cuidar é dever”, justificando que embora possa não existir amor entre o genitor e sua prole, a falta de amor não exime a obrigação jurídica de cuidar decorrente do próprio poder familiar, haja vista que para o um desenvolvimento digno da prole necessita-se também da prestação do afetiva/moral.

Insta salientar que mesmo após o mencionado posicionamento do Superior de Justiça, alguns tribunais continuam a negar a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo dentro das disposições normativas brasileiras, como se pode vislumbrar no julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento da apelação nº 70076093442:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO A EXIGIR INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DE SENTENÇA.

Caso dos autos em pleito de indenização por abandono afetivo paterno não encontra amparo legal, tratando-se de um fato indesejado da vida, o qual não se configura como um ilícito que gere o dever de indenizar. Apelação desprovida. (TJRS,2018, on-line)

Assim sendo, a recente decisão de 24/05/2018, não considera ato ilícito a tese do abandono afetivo, ainda, que violado o dever de cuidado, leva-se em tal posicionamento a questão de impossibilidade de deferimento em ações desta natureza a um viés positivista, revelando um posicionamento totalmente contrário ao exposto pela 3ª Turma do STJ.

Entretanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pioneiro no reconhecimento de indenização por abandono filial novamente reconheceu em 2014 a possibilidade estudada, mas desta vez reconheceu não só o dever de cuidado, como também o dever de amar, como se pode vislumbrar no julgado abaixo transcrito:

Não se pode esperar que uma criança, sabidamente rejeitada pelo pai, privada de seu convívio, desenvolva uma projeção idealizada da figura masculina e, ao mesmo tempo, não lhe imponha transtornos psicológicos porquanto frustrada a expectativa de um convívio familiar pleno. A melhor doutrina esclarece que, muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito do filho. **Muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito indisponível do filho: Portanto, amor e afeto são direitos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais**, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na auto estima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada. (TJMG,2014, on-line, grifo nosso)

Mediante o exposto temos que ampla é a divergência entre os tribunais superiores quanto as questões subjetivas do amor, afeto e cuidado, quando que para uns é difícil aceitar o reconhecimento do cuidado como valor jurídico, assim como o abandono afetivo como causa de reparação civil, em que pese à ausência de tipificação como ilícito civil, outros vão, além disso, reconhecendo o dever de prestar amor à prole, divergência esta que não se enserra apenas nesse quesito, mas também o faz quanto ao meio probatório de tal dano.

Com efeito, é relevante constatar, que em alguns casos para o reconhecimento da indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, reconhece alguns juízes a necessidade de estudo psicossocial e prova robusta para a comprovação do dano psicológico em decorrência do abandono afetivo, considerando-se que, consoante essa linha de entendimento que o mero afastamento, sem deixar danos comprovados, não ensejaria dano moral, pois, inexistiria dano causado a outrem inviabilizando a responsabilização.

Podemos notar tal postura do Poder Judiciário, Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da apelação, abaixo transcrita:

A jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. **Alegação genérica não amparada em elementos de prova. Non liquet, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido**" (TJSP, 2016 ,on-line, grifo nosso)

O aludido julgado impõe a necessidade probatória de forma robusta para que haja a configuração de tal Reparação Civil, não bastando à mera afirmação de que houve danos psicológicos no que tange a personalidade do agente postulante, dependendo de estudo psicológico para a confirmação do dano admitindo complementarmente a prova testemunhal.

Outro requisito, imposto pela jurisprudência que vem sendo cada dia mais constante no âmbito da reparação civil por abandono afetivo, é o requisito da prescrição que vem sendo determinado o prazo de 3 (três anos), conforme se depreende do julgado abaixo recorrido do TJRS:

Apelação Cível. Dano Moral. Abandono Afetivo. Prescrição Maioridade. 1. Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo prescricional de três anos previsto no art.206,

§ 3º, inciso V do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. 2.O prazo prescricional para ajuizar ação indenizatória por abandono afetivo começa com a maior idade, ainda que o reconhecimento da paternidade seja em data posterior. 3.Apelação conhecida e improvida.4. Por maioria. (TJRS, 2018. on-line)

Indubitavelmente, depreende-se que a temática reparação civil decorrente de abandono afetivo, está distante de ser tema pacífico entre a doutrina e a jurisprudência, pois, divide juristas e magistrados, visto que, para uns é legítimo e plenamente cabível desde que respeitados os requisitos a concessão de dano moral em virtude de ter alguém ocasionado abandono afetivo a outrem o qual detinha Poder Familiar.

Por outro lado, uma parte considerável de juízes e doutrinadores consideram totalmente inaplicável os parâmetros de reparação civil por abandono moral, considerando, o reconhecimento de tal pleito mero judicialização da matéria, passemos então a análise da problemática no âmbito Congresso.

#### 4.2 PROJETO DE LEI N°700/2007

O projeto de Lei n° 700/2007, foi iniciativa do então Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), e tem por objetivo modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente com intuito de caracterizar o abandono afetivo como conduta ilícita nos aspectos cíveis e criminais, pela temática do presente estudo, têm que para nós é mais relevante analisar o aspecto cível da questão.

Atualmente, o projeto foi aprovado pela Comissão correspondente e encaminha a Câmara legislativa, encontrando-se, pronto para ser submetido à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), com isso, o artigo 1° do referido Projeto de Lei, visa modificar a Lei n°. 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando os seguintes parágrafos no art. 4 ° da lei em questão e os demais artigos passarão a vigorar acrescidos de tais modificações, conforme se observa no projeto de lei em questão abaixo transcrito:

Art. 4° § 2°. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3° desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento. § 3°. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos: I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento 1 ou dificuldade; III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)” Art. 2° Os arts. 5°, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei n°. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações: Art. 5°. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)” “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).” “Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder 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 aludem o art. 22. (NR)

Conforme se depreende nessa proposta de alteração, caso aprovada teria a conceituação de assistência moral no artigo 4°, § 3°, inclusive elencando atitudes que se enquadrariam em assistência moral para com a prole, cessando qualquer divergência

doutrinária quanto a esta conceituação de tal problemática, outro aspecto plenamente relevante é o texto do art. 5º, Parágrafo único, que oferece o status de ato ilícito ao abandono afetivo, afastando assim o argumento principal de negativa pelos magistrados em conceder a tese do abandono afetivo, como já visto anteriormente.

Reforçando ainda no art. 22 do Projeto de Lei que o dever dos pais com os filhos vai além do dever de sustento, mas configura-se como uma assistência de conteúdo moral como um todo, abrangendo desde a formação do caráter até a responsabilidade com a educação dos infantes.

O Senador que idealizou tal Projeto de Lei justifica sua proposição através dos seguintes argumentos:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer o direito à dignidade e ao respeito. Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente ou a mãe omissa atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos. Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos. Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia [...]. (SENADO FEDERAL, 2007, p.4)

Neste trecho, nota-se a base constitucional e social para propor tal projeto, ao mencionar o art. 227 da Carta Cidadão de 1988, para justificar a prerrogativa do Estado em zelar pelo direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer à dignidade e ao respeito, visando resguardar a dignidade das crianças e dos adolescenttes, através do convívio e dos cuidados com a prole pelos pais, pois para o mesmo uma criança que não teve afeto, sendo tratada com desdém pelo genitor ausente, conseqüentemente poderá se tornará um adulto problemático e desprovidos de base familiar, ressaltando que tal Projeto de Lei não visa interferir no campo subjetivo do amor e do afeto, pois ambos trafegam nas relações subjetivas, mas pela garantia de que os genitores participarão efetivamente da vida de sua prole, prestando-lhes apoio buscando uma solidariedade reccíproca.

O referido projeto de Lei caso seja aprovado exercerá um papel crucial nas interpretações sobre a presente questão no âmbito dos tribunais, pois além de prevê a

conceituação expressa em lei do que seria abandono filial, inclusive taxando quais condutas que devem ser executadas para garantir o sadio desenvolvimento da prole, garantindo a obrigatoriedade do acompanhamento da vida do filho com ambos os genitores.

Além disso, definiria a prática como ato ilícito, derrubando a corrente jurisprudencial que não reconhece o abandono afetivo como causa suscetível de danos morais pela ausência de tipificação como ilícito civil.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o visto a problemática do abandono afetivo está envolta em inúmeras controvérsias de cunho doutrinário e jurisprudencial, causando uma enorme celeuma sobre o tema, haja vista que seu reconhecimento envolve não só questões de ordem jurídica, mas fatores pessoais como a liberdade nas relações familiares.

A questão do abandono afetivo decorre da própria evolução social, tendo em vista que os mais diversos arranjos familiares presentes nas relações familiares hodiernas alteraram até mesmo as dimensões do antigo conceito do “pátrio poder”, vindo a ser reconhecido pela legislação dada as evoluções sociais como poder familiar, conceito mais isonômico e voltado para o bem-estar da criança e do adolescente.

A emancipação feminina e a garantia do direito de divórcio bem como as demais problemáticas das relações familiares criaram um novo desenho para os núcleos familiares, se antes o poder familiar estava relacionado à figura paterna, hoje o cenário se inverte e muitas famílias são gerenciadas por mulheres ou por apenas um dos genitores gerando o afastamento em relação ao outro.

Ocorre que como o Direito é uma ciência dinâmica fruto das evoluções sociais, surge à inserção do abandono afetivo no âmbito da responsabilidade civil, haja vista que a solução para o genitor omissor no nosso ordenamento jurídico pátrio era a perda do poder familiar, ora se um pai é acionado judicialmente por ser omissor com sua prole, usurpar de si o poder familiar seria como premiá-lo por tal negligência.

Entretanto, embora já existam casos em que a reparação civil por abandono afetivo fora reconhecida, tal temática está longe de ser um consenso entre os juristas, parte deles reconhece que seria uma mera monetarização do afeto, haja vista que a indenização não amenizaria os traumas causados por um pai negligente, considerando uma mera judicialização do afeto, ou seja, uma demanda que chega ao Poder Judiciário, mas não é de competência originária do mesmo resolver tal demanda, ferindo na visão de alguns juristas o princípio da separação dos poderes.

Outrossim, a falta de legislação que reconheça o abandono afetivo como ato ilícito, justifica a corrente em que considera o abandono afetivo como um fenômeno da

judicialização, haja vista que seria do Poder Legislativo a competência de legislar sobre a matéria e reconhecer como ato ilícito.

Contudo, consideramos pelo todo exposto ao longo desta monografia jurídica que o reconhecimento da indenização por abandono afetivo pode ser tida como uma questão de ativismo judicial, pois representa uma corrente adotada por alguns magistrados no sentido de aplicar extensivamente o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, com intuito de garantir a constituição e os direitos fundamentais frente à tendência neoconstitucional presente no Direito Constitucional moderno, reafirmando assim os ditos direitos fundamentais.

Não violando assim, o princípio da separação de poderes ao garantir um direito ainda não expressamente tutelado pelo Poder Legislativo, tendo em vista que o Poder Judiciário violaria a própria Constituição ao negar um direito fundamental, como a dignidade da pessoa humana, bem como, ainda, tal reconhecimento está amparado na LINDB que garante a possibilidade de o juiz julgar uma causa em decorrência de lacuna legislativa utilizando-se de princípios, costumes e analogia.

Insta salientar que a temática embora, ainda, não é concretamente legitimada pelo Poder Legislativo, o Projeto de Lei nº 700/2007, representa à preocupação do legislativo em tutelar a demanda, caso seja aprovado o referido projeto diminuiria consideravelmente as celeumas jurisprudências, haja vista que tipificaria expressamente o abandono afetivo como ilícito civil.

Quanto ao outro argumento de que o judiciário não pode obrigar ninguém a amar outrem, haja vista a liberdade de escolhas garantida pelo texto constitucional entendemos que o agente utiliza-se da prerrogativa da liberdade à medida que decide livremente constituir uma família ou ter filhos, ainda, que em relações esporádicas, o mesmo age livremente para assumir uma responsabilidade com outrem, devendo, portanto, garantir as condições mínimas de proteção, cuidado e assistência moral para aqueles em que exerce Poder familiar.

Podemos encerrar nosso estudo, esclarecendo que o objetivo central deste trabalho não foi estabelecer certezas absolutas, mas ampliar e incentivar os debates, difundindo seu conteúdo, de maneira a proporcionar na coletividade discussões sobre a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo, temática está que assola grande parte dos modernos núcleos familiares, haja vista que pouco é discutido em sociedade tal possibilidade

jurídica, o que se fez ao apresentar as teses dicotômicas sobre a presente temática. Para isso, procuramos apresentar algumas perspectivas e interpretações que não se restringiram ao texto da lei, mas que, buscam o autêntico desígnio do Direito de garantir e efetivar a promoção da tutela jurisdicional e o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Sílvia Maria Mendonça do. **Um pai pode ser obrigado a amar o seu filho?**. Revista Consultor Jurídico. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-21/pai-obrigado-judiciario-amor-filho>>. Acesso em: 11 novembro de. 2018.

ÁVILA, André Cambuy. **O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil**. Revista Caderno Virtual. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701/0>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). **Diário Oficial da União**, 09 set. 1942.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Disponível em : <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4002505&ts=1539716479694&disposition=inline>> . Acesso em: 10 de out. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio a Afetividade no Direito de Família. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio\\_da\\_afetividade\\_no\\_direito\\_de\\_familia.pdf](http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf)> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

CARVALHO, Carla; ZAMPIER, Bruno. **Direito Civil**, In: LENZA, Pedro. **Oab Esquemático Primeira Fase**. São Paulo, Saraiva, 2017. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá, 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>, Acesso em: 11 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EICK, Luciana Gemelli; FERREIRA NETO, Arthur M. **Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas**. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 218-264, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6194/6116>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

FIGUEIREDO, Antonia Pedrosa de. **Judicialização do Direito à Saúde x Ativismo Judicial**. Disponível em: <<http://revistas.icesp.br/index.php/Virtu/issue/download/84/141>>. Acesso em: 10 de nov 2018.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. Editora: atlas, São Paulo, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, A. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil–Famílias.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático,** 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias,** In: BARBOSA, Eduardo e MADALENO, Rolf (coordenadores), **Responsabilidade civil no direito de família.** São Paulo, Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

Mello, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil,** em **23/04/2008.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem.** Revista: Scielo. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006. <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em: 08 nov. de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade Civil pelo abandono afetivo,** In: BARBOSA, Eduardo e MADALENO, Rolf (coordenadores), **Responsabilidade civil no direito de família.** São Paulo, Atlas, 2015.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEIBER, Anderson. **Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária,** In: BARBOSA, Eduardo e MADALENO, Rolf (coordenadores), **Responsabilidade civil no direito de família.** São Paulo, Atlas, 2015.

SILVA, Patrick Lendl. **Fatos Jurídicos: teoria e prática.** Porto Alegre: verbo jurídico, 2011.

STJ- RECURSO ESPECIAL: REsp:757.411/MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES; Data de Julgamento; 29/11/2005, T4-Quarta Turma, Data de publicação: DJ: 27/03/2006 p.299RB vol.510 p.20 REVJMG vol. 175 p.438RT vol.849 p.228. Jusbrasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso->

especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 out. 2018.

STJ- RECURSO ESPECIAL: REsp: RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9) RELATORA: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012.DJ: 10/05/2012 Migalhas. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf)> Acesso em: 10 de out. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio.**Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Jus Brasil. Julho de 2017.Disponível em:<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/482143063/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>>Acesso em: 11 out. 2018.

TJMG. APELAÇÃO CÍVEL; Apelação Cível n.º 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte. Sétima Câmara Cível. Relator: Unias Silva, DJ:29/04/2009. TJMG, 2004. Disponível em: <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.4085505%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.4085505%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 15 out.2018.

TJMG. APELAÇÃO CÍVEL; Apelação Cível n.º1.0145.07.411698-2/001. Quinta Câmara Cível. Relator:Carlos Levenhagen, DJ: 23/01/2014. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=38&totalLinhas=109&paginaNumero=38&linhasPorPagina=1&palavras=ABANDONO%20AFETIVO&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referencialLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 15 out.2018.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL; Apelação Cível nº 70077387033. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves.DJ:20/06/2018. TJRS, 2018. Disponível em:<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594169785/apelacao-civel-ac-70077534246-rs>>. Acesso em: 15 out.2018.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL; Apelação Cível nº70077087666-rs. Oitava Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. DJ:20/06/2018. TJRS, 2018. Disponível

em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/600685071/apelacao-civel-ac-70077087666-rs>> .Acesso em: 15 out.2018.

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL; Apelação Cível nº70077534246, Décima Câmara de Direito Privado.Relator: J.BPaula Lima, DJ: 10/08/2016.Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373282470/apelacao-apl-61950320148260360-sp-0006195-0320148260360>>. Acesso em: 15 out.2018.

VIEIRA, SÉRGIO. '**Abandono afetivo**' de filhos pode virar crime, 09 de setembro de 2005. Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/09/abandono-afetivo-de-filhos-pode-virar-crime>>. Acesso 07 de out. 2018.

WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.