



A responsabilização civil dos genitores por abandono afetivo de filhos homossexuais

The civil liability of parents for affective abandonment of homosexual children

Valéria Koch Barbosa ♦

Rogers Alexander Boff ♦♦

DOI: 10.15448/1984-7718.2016.1.22020

RESUMO: Com base em uma pesquisa amparada na legislação, na doutrina e na jurisprudência, este estudo aborda não apenas as discussões acerca da possibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo, como trata da punição para aqueles que deixam de cumprir os seus deveres motivados pelo preconceito quanto à orientação sexual de seus filhos. Conforme a Constituição Federal do Brasil, compete aos genitores proporcionar todos os cuidados necessários ao desenvolvimento de seus filhos, o que inclui não apenas a subsistência, mas também amparo, amor e afeto. Assim, os resultados deste estudo apontam que é dever dos pais prestar ampla proteção à sua prole, independentemente de orientação sexual, podendo ser responsabilizados civilmente de forma mais gravosa se o abandono afetivo de seus filhos for advindo de preconceito, uma vez que tal conduta afronta um dos princípios basilares da Carta Constitucional pátria.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Homossexualidade; Abandono afetivo.

ABSTRACT: Based on a survey supported by the legislation, doctrine and jurisprudence, this study addresses not only discussions about the possibility of civil liability of parents for affective abandonment, but also the punishment for those who fail to fulfill their duties motivated by prejudice regarding sexual orientation of their children. According to the Federal Constitution of Brazil, parents must provide all necessary care to the development of their children, which includes the livelihoods, support, love and affection. Thus, the results of this study indicate that it is the duty of parents to provide complete protection to their offspring, regardless of sexual orientation, and they can be held accountable civilly more heavily if the affective abandonment of their children is arising from prejudice, since such conduct affront one of basic principles of the national Constitutional Charter.

♦ Doutoranda em Qualidade Ambiental na Universidade Feevale. Professora Assistente da Universidade Feevale. Contato: kochvaleria@gmail.com.

♦♦ Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Contato: rogers.boff@gmail.com.

Keywords: Civil Liability. Homosexuality. Affective Abandonment.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê a ampla proteção à criança e ao adolescente, determinando que a família tem responsabilidade de garantir o atendimento de todas as necessidades dos infantes, não só o que diz respeito aos aspectos materiais, mas também no que tange ao amparo, ao afeto e à convivência familiar. Reconhece, por outro lado, a importância da família como célula *mater* da sociedade e a sua contribuição para o devido desenvolvimento biopsicossocial daqueles que estão em processo de formação e em condição de vulnerabilidade.

Com o advento do Texto Supremo de 1988, restou indubitável que ambos os genitores devem exercer o poder familiar, promovendo todos os cuidados necessários aos menores, e tal múnus se impõe independentemente da existência ou não de vínculos conjugais, o que foi corroborado por meio de vários dispositivos legais e, mais recentemente, pela instituição da Lei nº 13.058/2014, que alterou artigos do Código Civil pátrio no que tange instituto da guarda compartilhada. Ademais, juntamente com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do Código Civil, o afeto foi elevado como valor máximo da instituição familiar, sendo indispensável à criança e ao adolescente. Fala-se, inclusive, em juridicização do afeto, dada a sua relevância no seio da família.

O que se verifica, porém, no cotidiano das famílias é que nem sempre prepondera o atendimento das necessidades dos filhos, e não são raras as vezes em que, mediante a ruptura conjugal, os menores ficam em meio a uma disputa pela guarda, à mercê da sorte, ou até mesmo tendo de “mendigar” um pouco de afeto por parte de seus pais, situação essa que não deveria ocorrer, pois não existem ex-filhos, apenas ex-cônjuges. Há casos em que um dos genitores abandona afetivamente o(s) filho(s) e até mesmo situações em que ambos os pais desistem de sua prole, ignorando-a e deixando de lhe fornecer o substrato máximo para a sua constituição: o afeto. Essa situação tende a se agravar quando se trata de filho homossexual, pois, em uma sociedade preconceituosa como a brasileira, os atos

discriminatórios nem sempre ficam evidentes, mas ocorrem de forma velada dentro do próprio seio familiar, podendo acarretar o abandono afetivo.

Neste contexto, mister referir que as sequelas advindas do abandono afetivo podem ser extremamente prejudiciais à formação biopsicossocial dos menores, sendo muitas vezes irreversíveis, razão pela qual é preciso ter clareza acerca dos direitos dos filhos, mas, principalmente, dos deveres dos pais, o que se faz na seção que segue.

1 O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A proteção da criança e do adolescente encontra amparo Constitucional no Art. 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹

Como se verifica, compete tanto aos genitores quanto ao Estado e à sociedade o dever de proteger a criança e o adolescente, primando pela sua dignidade e liberdade, além dos deveres relacionados a alimentação, educação, lazer, cultura, entre outros. Não se pode olvidar que os menores devem ficar a salvo de todo o perigo, de crueldade ou discriminação, o que permite antecipar que abandonar um filho em decorrência da sua orientação sexual² constitui afronta a preceito constitucionalmente instituído.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece uma série de garantias, estipulando os deveres dos genitores para com seus filhos, consoante se constata no Art. 3º, o qual menciona a proteção integral dos menores, cujo objetivo

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

² “[...] utiliza-se orientação sexual pois é o desejo sexual ORIENTADO a um objeto externo”. In: OPÇÃO Sexual, Orientação Sexual ou Condição Sexual? Disponível em: <<http://homossexualidade.org/opcao-sexual-orientacao-sexual-ou-condicao-sexual/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

é o devido desenvolvimento moral, mental, físico, etc., além de colocá-los sob o manto da proteção da dignidade.

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

Por sua vez, o Art. 4º do referido diploma legal reconhece, entre outros direitos, a importância da convivência familiar, também contemplada na Constituição Federal, evidenciando, com isso, que conviver com os genitores é salutar e essencial para a formação da personalidade do ser em desenvolvimento.

Constata-se que a legislação pátria tem o cuidado como um valor jurídico, o que significa dizer que, mesmo diante da ruptura conjugal, tem o menor direitos que lhe são garantidos, não podendo um dos genitores simplesmente abandoná-lo, deixando de cumprir o dever de cuidado. Relevante referir que cuidar – como ensina a Ministra Nancy Andrighi em decisão considerada emblemática quando se trata da análise do abandono afetivo de filhos – não é sinônimo de amar, pois este “[...] 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. [...] **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**”.⁴ (Grifos da autora).

Nessa direção, é preciso ter em mente que deixar de honrar os deveres instituídos pela lei no tocante aos filhos implica abandono. Tal entendimento é evidenciado nas palavras da Desembargadora Heloisa Combat, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0702.10.008067-1/001 – MG, tendo assim se manifestado:

Abandonar o filho não se limita à hipótese de deixá-lo à própria sorte, mas se estende às situações de efetiva omissão nos deveres de educar os filhos,

³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.

manifestar por eles afeto, mantendo-os seguros e em ambientes que não atentem contra a sua integridade física e moral, assegurar a convivência familiar e prover suas necessidades materiais.⁵ (Grifou-se)

O abandono afetivo pode ser praticado pelo pai, pela mãe ou por ambos, no entanto, em geral, prevalecem os casos em que, em decorrência da ruptura conjugal, o pai abandona a prole. Mister ressaltar que os filhos necessitam da presença paterna, já que essa representa uma função psicopedagógica na sua vida, e o abandono, conforme mencionado, traz consequências negativas, como se verifica nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “A ausência injustificada do pai [...] origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção [...], mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade”.⁶

Nessa senda, Rolf Madaleno assevera que, no contexto das rupturas conjugais, os filhos chegam a ser usados como “moeda de troca” por seus genitores, os quais agem “[...] na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências; suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres”.⁷ É preciso ter em mente a necessidade de exercer a paternidade responsável, convivendo com os filhos, o que não constitui direito, mas uma obrigação, pois “O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida”.⁸

Dessa forma, embora os laços conjugais sejam rompidos, isso não deverá levar à ruptura do elo afetivo que deve unir os pais em prol dos filhos e de seus interesses. Na esteira do que leciona Maria Berenice Dias, “Entre os deveres decorrentes do poder familiar encontra-se o dever dos pais de ter os filhos em sua

⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0702.10.008067-1/001*. Relator: Des. Heloisa Combat. Julgado em: 14 jun. 2012.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação afetiva entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 29 out. 2014.

⁷ MADALENO, Rolf. *O custo do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943?&estado=1>>. Acesso em: 29 out. 2014.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 469-470.

companhia e de dirigir-lhes a criação e a educação (CC 1.634 I e II). É encargo que compete a ambos os genitores, mesmo que separados (CC 1.631). [...]”.⁹ Tal ideia encontra supedâneo no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que é, aliás, princípio norteador da proteção integral dos infantes.

Traçadas essas breves considerações, analisa-se, a seguir, o abandono afetivo à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2 O ABANDONO AFETIVO COMO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é corolário da proteção integral garantida ao menor e do seu direito de se constituir como pessoa em um ambiente que supra todas as suas necessidades. Com efeito, “Em todas as relações pessoais, [...] se sobressai a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da nossa Constituição (art. 1º, III)”.¹⁰ Assim, a pessoa passou a figurar “[...] como valor central ou nuclear de fonte irradiadora da ordem jurídica, funcionalizando todos os institutos jurídicos à realização de sua personalidade [...] de modo a colocar a pessoa no centro do direito”.¹¹ Em respeito à dignidade, cada indivíduo deve ser tratado “[...] como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade com os seus semelhantes”.¹²

Nas lições de Dimas Messias de Carvalho, é enfatizado que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está também acolhido dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual

[...] garante a condição peculiar das pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direito, em sintonia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da proteção integral (art. 227), assegurando-lhes absoluta prioridade para efetivação de seus direitos,

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 469.

¹⁰ SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 29.

¹¹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 15.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 278.

garantia do gozo de todos os direitos fundamentais da pessoa humana (arts. 3º, 4º e 6º, ECA) [...].¹³

Por sua vez, Marina Paim de Oliveira assevera que tal Princípio é utilizado sempre na solução dos conflitos, principalmente nos que dizem respeito às relações familiares, colocando “[...] a pessoa como principal fim de proteção do Estado e o desenvolvimento de sua personalidade como objetivo inquestionável, vinculando o ordenamento como um todo”. Portanto, quando se trata de abandono afetivo, sobrepõe-se o *master* Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando que o abandono representa violação ao direito do menor de se constituir, dignamente, como sujeito.¹⁴

Com base nesses fundamentos, abandonar um filho implica privá-lo do seu direito de convivência com ambos os genitores, impedi-lo de ter um desenvolvimento saudável, permeado pelo lastro de afeto que é indispensável à sua formação. Significa usurpar-lhe o direito de poder contar com o apoio, o acolhimento, o amparo, a compreensão, o cuidado, enfim, tiram-se do menor suas prerrogativas básicas para viver com dignidade no seio da família e da sociedade.

É inquestionável que o abandono afetivo acarreta consequências biopsicossociais que repercutem negativamente na vida da criança e do adolescente, os quais necessitam conviver cercados de afeto, em ambiente que lhes proporcione segurança. Isso é muito mais importante do que as próprias condições materiais em que vive a família, pois é o suporte emocional e psicológico que norteará a adequada e sadia formação do menor, o qual não apenas anseia por demonstrações de afeto, carinho, amor, mas também quer conhecer limites. Nesse sentido, “A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação”.¹⁵ A situação de abandono, por conseguinte, acarreta “[...] mutilações

¹³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 15.

¹⁴ OLIVEIRA, Marina Paim de. A indenização por abandono afetivo como instrumento garantidor dos direitos do menor. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 3, n. 3, p. 17-38, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10957>>. Acesso em: 29 out. 2014.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 469.

psíquicas e emocionais causadas pela rejeição de um dos pais, refletindo na auto-estima e no amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais”.¹⁶

O desenvolvimento sadio do menor requer que ele conviva em um ambiente familiar pautado pelo afeto, pois somente assim “[...] saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-los com equilíbrio”.¹⁷

De outra banda, no que diz respeito ao abandono tanto material quanto moral, Lizete Peixoto Xavier Schuch assevera:

Nas relações de família, a prática de atos ilícitos poderá gerar danos materiais e morais, sendo estes últimos os que atinam os direitos da personalidade da vítima. O abandono material não gera nenhuma dúvida acerca das previsões legais que exigem o seu cumprimento. O abandono moral, por sua vez, demonstra, no mínimo, um desrespeito aos direitos da personalidade, o que impõe aos lesados, em obediência ao princípio *da dignidade da pessoa humana*, o direito à busca da reparação pelos danos sofridos.¹⁸ (Grifou-se).

Consoante se verifica, de acordo com as lições da referida autora, quando ocorre o abandono moral (afetivo) na família, tem-se presente a violação dos direitos da personalidade, os quais são regidos pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tal violação acarreta a possibilidade de pleitear no Judiciário a reparação pelos danos sofridos.

Corroborando tal entendimento, tem-se a decisão proferida pelo magistrado Luiz Fernando Cirillo, da 3ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo – SP, em ação de indenização por abandono moral e afetivo do filho pelo genitor, o qual traz que:

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, *o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana*, bem

¹⁶ MADALENO, Rolf. *O custo do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943?&estado=1>>. Acesso em: 29 out. 2014.

¹⁷ SCHEREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 49.

¹⁸ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 35, p. 51-77, 2006, p. 62.

jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.¹⁹ (Grifou-se).

Sob tal ótica, é possível concluir que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana cada vez mais vem ganhando espaço e sendo utilizado nas decisões judiciais, sendo nítida a sua aplicação “[...] na responsabilidade civil e familiar”.²⁰ Ressalte-se, mais uma vez, que o papel dos genitores é garantir o respeito à dignidade de seus filhos, dando-lhes o afeto que os capacitará à formação de vínculos relacionais, trazendo, com isso, autoestima e equilíbrio emocional, independentemente de qualquer condição, inclusive no que diz respeito à sexualidade.

3 HOMOSSEXUALIDADE

Como este estudo aborda o abandono afetivo em decorrência da orientação sexual, é importante apresentar algumas pinceladas sobre o tema da homossexualidade²¹, a qual, desde as civilizações mais antigas, acompanha a história da humanidade, chegando até mesmo a “[...] ser relacionada à religião e à carreira militar [...]”. Foi na civilização grega que ela se mostrou mais presente, pois lhe eram atribuídas “[...] características como a intelectualidade, estética corporal e ética comportamental”.²² A homossexualidade funda-se numa relação afetiva e sexual de duas pessoas do mesmo sexo.²³ “[...] Não é **crime** nem **pecado**; não é uma **doença**

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Abandono afetivo (paterno-filial) – Sentença de São Paulo – Foro Central da Capital*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=174>>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁰ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 109-110.

²¹ “Etimologicamente, a palavra homossexual é formada pela junção dos vocábulos *homo* e *sexu*. *Homo*, do grego *hómos*, significa semelhante, e *sexu*, do latim, é algo relativo ou pertencente ao sexo. Portanto, a junção das duas palavras indica pessoas que sentem atração por outra do mesmo sexo”. In: THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual – reflexões jurídicas. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 807, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2014, p. 82.

²² THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual – reflexões jurídicas. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 807, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2014, p. 82.

²³ FRY, Peter; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/1235>>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 7.

nem um **vício**. Também não é um mal contagioso [...]”.²⁴ (Grifos da autora). A sua origem divide-se em dois posicionamentos. No primeiro, conforme Andrew Sullivan,

[...] para uma pequena minoria de pessoas, desde a mais tenra idade, a homossexualidade é uma condição essencialmente involuntária que não pode ser negada nem permanentemente reprimida. É função tanto da natureza como do ambiente, mas as forças ambientais se formam tão cedo e são tão complexas que equivalem a uma condição involuntária. É ‘como se fosse’ uma função da natureza.²⁵

O segundo posicionamento é apontado por Maria Berenice Dias desta forma:

[...] A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. E *tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças – CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo ‘homossexualismo’ foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo “ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade” quer dizer modo de ser.*²⁶ (Grifou-se)

Resta evidente que a homossexualidade não é doença, mas sim uma orientação sexual. A pessoa não escolhe ser homossexual, ela se constitui assim. Encarar a homossexualidade como doença advém, em geral, do preconceito, da não aceitação de que pessoas do mesmo sexo se relacionem ou até mesmo em consequência da ideia a respeito da sexualidade. Nesse viés, Juvenal Arduino enfatiza que o preconceito se funda na malícia do ser humano, o qual, por meio dela, corrompe a sexualidade. “Não é o sexo que degrada o ser humano. É a malícia humana que perverte o sexo. Em sua natureza íntima, a sexualidade é ética e estética. Não é suja, nem feia. É limpa e bela”.²⁷

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

²⁵ SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 144.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

²⁷ ARDUINO, Juvenal. *Antropologia: ousar para reinventar a sociedade*. São Paulo: Paulus, 2002, p. 123.

Enézio de Deus Silva Júnior e Isabela Alves Mattos, em uma interpretação acerca da sexualidade à luz do ordenamento jurídico pátrio, com base no Art. 5º, inciso X, da Carta Magna²⁸, explicam que:

Bastaria uma interpretação constitucional sistemática [...], para chegarmos à conclusão de que, independente da orientação sexual e dos sentimentos/vivências/performatividades com base no gênero, todo indivíduo merece respeito no que tange aos traços personalíssimos integrantes do vasto espectro da sua intimidade, vida privada, honra e imagem.²⁹

É evidente, por conseguinte, que a orientação sexual da pessoa não deve conduzir à discriminação, pois todas as pessoas devem ser respeitadas, lembrando-se que, de acordo com a Constituição pátria, todos são iguais perante a lei, com os mesmos direitos, as mesmas garantias e os mesmos deveres. É nessa direção o entendimento de Mariana Ribeiro Santiago, reforçando que a orientação sexual passou a ser um direito fundamental, uma vez que é inerente aos traços típicos da personalidade humana. Para tal autora, “[...] A legislação pátria proíbe qualquer tipo de discriminação contra o ser humano, sendo vedado o tratamento humilhante e vexatório em relação aos homossexuais, o que constitui, inclusive, violação à sua intimidade”.³⁰

Prosseguindo-se com as lições de Enézio de Deus Silva Junior e Isabela Alves Mattos, no que concerne aos direitos fundamentais interpretados à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tem-se visível a grande inquietação dos legisladores, em nível mundial, acerca dos direitos humanos, especificamente quanto à orientação sexual, elevando à máxima proteção internacional, razão por

²⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...]”.

²⁹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus; MATTOS, Isabela Alves. A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 907, maio 2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 24 maio 2014, p. 281.

³⁰ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homoafetiva na legislação brasileira: natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 20, out. 2004. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2014, p. 300.

que foram inseridos na Declaração Universal de Direitos Humanos e nas Constituições democráticas de direito. Eis suas palavras:

Os bens ou traços subjetivos, considerados fundamentais à existência das pessoas, por isso, foram inseridos no sistema de proteção internacional – na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 e nas Constituições democráticas – a exemplo da Carta Magna Brasileira, de 1988. Entre tais bens, pode-se mencionar a vida, a liberdade, as integridades física e psíquica, *as orientações políticas, religiosas e sexuais. No que concerne a estas últimas (às variantes do desejo, em especial), por se referirem a manifestações afetivo-sexuais de foro íntimo (psíquico, essencial), observa-se proibição legal à discriminação ou ao tratamento preconceituoso, que pode se verificar, nos ordenamentos, de modo explícito (através da expressão ‘orientação sexual’ – prevista, por exemplo, na seção 8, n. 2, da Constituição da África do Sul pós-apartheid de 1996, a primeira do mundo a consagrar, claramente, o direito ao livre direcionamento afetivo) ou de forma implícita, como se interpreta a vedação a qualquer discriminação com base no ‘sexo’ das pessoas (art. 3.º, IV, da CF/1988).*³¹ (Grifou-se)

O tratamento igualitário encontra amparo no Princípio da Igualdade, com base no qual é possível afirmar que é proibido qualquer ato discriminatório no tocante à sexualidade, já que todos têm o direito de receber um tratamento igualitário, independentemente de serem heterossexuais ou homossexuais.³²

Corroborando tal entendimento, o Desembargador Breno Moreira Mussi, em voto pioneiro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 599075496, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 17 de junho de 1999 e que teve decisão unânime, assim argumentou:

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas de cada pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o

³¹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus; MATTOS, Isabela Alves. A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 907, maio 2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 24 maio 2014, p. 281.

³² RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas*, Canoas, v. 2, n. 2, 2. sem. 2001. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v2n2.pdf#page=131>>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 391.

intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal.³³ (Grifou-se)

A igualdade de direitos entre as pessoas também foi enfatizada nas palavras do Desembargador Antônio Pereira, para quem ela deve preponderar, independentemente da orientação sexual, pois os sentimentos que unem as pessoas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais, são os mesmos. Ademais, em alguns casos, os casais homoafetivos têm entre si mais fidelidade, amor e respeito do que os casais heterossexuais.

Os sentimentos que motivam duas pessoas do mesmo sexo a viverem juntas são os mesmos que motivam os heterossexuais. A preferência sexual é pessoal de cada homem ou mulher. No mais das vezes, há mais fidelidade, amor e respeito entre os homossexuais do que entre os heterossexuais. Se para os heterossexuais os homossexuais são diferentes, estes, em seus direitos, não podem ser diferenciados só porque a nossa sociedade judaico-cristã tem como padrão de comportamento sexual a heterossexualidade.³⁴

Conclui-se destacando as lições de Maria Berenice Dias, a qual, por sua vez, buscou inspiração em Roberto Graña, para afirmar que a orientação sexual “[...] por ser algo involuntário, não poderia ensejar qualquer reprovabilidade social ou jurídica”³⁵, devendo-se levar em conta, portanto, que também não cabe aos pais julgarem ou abandonarem os filhos em decorrência de sua orientação sexual.

4 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS HOMOSSEXUAIS

Tendo em vista a evolução no Direito das Famílias, que, após a promulgação da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002, erigiu a afetividade como base das relações familiares, o afeto e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

³³ MILÍCIO, Gláucia. Justiça gaúcha reconhece união de 25 anos entre duas mulheres. *Consultor Jurídico*, 08 jan. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan-08/justica_gaucha_reconhece_uniao_entre_duas_mulheres?pagina=3>. Acesso em: 28 out. 2014.

³⁴ MILÍCIO, Gláucia. Justiça gaúcha reconhece união de 25 anos entre duas mulheres. *Consultor Jurídico*, 08 jan. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan-08/justica_gaucha_reconhece_uniao_entre_duas_mulheres?pagina=3>. Acesso em: 28 out. 2014.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_uni%30_homossexual_-_aspectos_sociais_e_jur%EDdicos.pdf>. Acesso em: 31 maio 2014.

passaram a representar o supedâneo para a proteção dos direitos inerentes aos seres humanos, principalmente aqueles decorrentes das relações familiares.

Em se tratando de crianças e adolescentes, como seres em processo de formação, a proteção a eles destinada é ampla e, quando os genitores violam os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, deixando de cumprir seus deveres como pais e chegando ao abandono afetivo, acarretam prejuízos irreparáveis aos menores, o que leva estes, muitas vezes, a buscar no Judiciário o cumprimento de seus direitos.

Diante de tal situação, é relevante trazer à baila algumas decisões judiciais para demonstrar o entendimento acerca da possibilidade – para alguns – e da impossibilidade – para outros – de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo, ficando nítido, de antemão, que o Judiciário se divide quanto à busca da indenização dos filhos em relação ao abandono afetivo dos pais.

A primeira corrente, aquela que entende ser possível pleitear indenização por abandono afetivo, como se verifica em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 0005780-54.2010.8.26.0103, caminha na seguinte direção:

DANO MORAL. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardio, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Assédio moral é espécie de dano moral, não cabendo indenizações distintas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos pelo réu, eis que a definição da indenização é critério subjetivo, não importando a sua redução em decaimento do pedido. Sentença reformada nesse ponto. Apelo do réu Improvido, apelo do autor parcialmente provido. (Grifou-se).³⁶

³⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0003846-89.2012.8.26.0653*. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em: 26 ago. 2014.

Destaca o relator, em seu voto, que “[...] O autor não vem a Juízo para pedir ‘amor’ de seu pai, mas cobrar deste a sua responsabilidade que decorre da paternidade. O amor não poderia ser concedido ou inserido no coração da parte, por ato judicial”. Assevera ainda que o dever paterno vai muito além do material. É necessário que o pai esteja presente, contribuindo para o desenvolvimento do filho, inculcando-lhe valores e princípios que ajudarão a construir o caráter voltado para a prática do bem, norteando na busca da felicidade tanto no que diz respeito ao lado emocional como no profissional e espiritual. *In casu*, o pai não se fez presente e não contribuiu para o desenvolvimento do filho, pois fugiu de sua obrigação paterna, o que configurou abandono afetivo e conseqüente dano moral em decorrência de tal abandono.³⁷

Mister referir que não incumbe ao Judiciário o dever de obrigar alguém a amar e formar laços afetivos, pois cabe a cada ser decidir com base em sua consciência, nos princípios e valores que carrega consigo. De outro lado, o Judiciário possui, na sua missão social e humanizadora, o objetivo de reparar as injustiças nos limites da lei. Diante de tal circunstância, a condenação imposta tem o propósito de “[...] assumir caráter pedagógico ao réu, sem incidir no enriquecimento sem causa do autor”.³⁸

Observa-se que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, decidiu da seguinte maneira:

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

1. *Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. [...].*³⁹ (Grifou-se).

³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0003846-89.2012.8.26.0653*. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em: 26 ago. 2014.

³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0003846-89.2012.8.26.0653*. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em: 26 ago. 2014.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.

Acerca da inexistência de restrições no que tange à aplicabilidade das normas que compõem o instituto da responsabilidade civil no Direito das Famílias, importante destacar o voto da Ministra Nancy Andrighi:

[...] os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.⁴⁰

Essa concepção encontra amparo nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quando tratam da função da responsabilidade para o direito:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.⁴¹

Na mesma senda, afirma Silvio de Salvo Venosa que toda e qualquer atividade humana que causar dano a outrem, em decorrência de um ato, fato ou até mesmo negócio danoso, traz consigo o dever de responsabilização ou indenização. Portanto, a responsabilidade civil possui o propósito de buscar a restauração do equilíbrio – moral e patrimonial – violado.⁴²

Do julgamento ora em comento, também relevante destacar as palavras que seguem no que concerne ao dever de cuidado e ao abandono afetivo.

[...]
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*

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 47.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 4, p. 01.

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.⁴³ (Grifou-se).

Além do cuidado, verifica-se a valoração do afeto como bem jurídico tutelado. O afeto, segundo mencionado, é o pilar das relações familiares, principalmente na relação dos genitores para com seus filhos, pois “[...] é fundamental à formação psicológica, moral e emocional da criança e do adolescente, como seres em desenvolvimento que são. [...]”⁴⁴

Ocorre que, em algumas situações, os pais passam a negligenciar seus deveres em relação aos filhos, chegando ao estado alarmante de contribuírem “[...] para que os filhos tomem caminhos ruinosos. Não é raro que os genitores deixem de estabelecer qualquer relação com sua prole, colocando-a em situação de total desamparo afetivo”⁴⁵

Diante disso, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka desenvolve o raciocínio de que o(s) pai(s) que passa(m) a negligenciar suas obrigações para com os filhos acarretam danos a estes, ou seja, cometem ato ilícito.⁴⁶ Como corolário a esse entendimento, a Ministra Nancy Andrighi diz que, “Em suma, amar é faculdade,

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.

⁴⁴ GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/33/37>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 292.

⁴⁵ GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/33/37>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 298.

⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 47.

cuidar é dever”. Todavia, quando o(s) genitor(es) descumpre(m) essa imposição legal do dever de cuidado, acaba(m) por cometer a ilicitude civil, em forma de omissão.⁴⁷

A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos configura-se, por conseguinte, quando os genitores não cumprem a imposição legal do dever de cuidado, sendo omissos em relação às obrigações que lhes são impostas por lei. Ademais, essa omissão acarreta o abandono moral e psíquico da prole, o qual

[...] é o pior tipo de abandono que pode sofrer uma criança e um adolescente, podendo acarretar inúmeros transtornos psíquicos, e uma variedade de consequências negativas na vida dessas pessoas, podendo ocasionar problemas comportamentais na fase adulta.⁴⁸

Mediante essas circunstâncias, é possível buscar, perante o Judiciário, a compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Nessa senda, adverte Aline Biasuz Suarez Karow:

Considerando os valores do ordenamento jurídico brasileiro, esse conceito de ‘dano’ deve ser mensurado nos princípios e cláusulas que o norteiam. Sendo assim, deve ser medido para a pessoa situada em uma determinada região, analisadas as circunstâncias, os fatos alocados na periferia, ponderada a dignidade, outros atributos da personalidade, para, então, se auferir se determinada situação é passível de causar dano ou não.⁴⁹

Por outro lado, existe a corrente contrária, a qual entende que o abandono afetivo não é indenizável, conforme se constata, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº 70053030284, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.

⁴⁸ ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. *Responsabilidade civil no direito de família: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

⁴⁹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 229.

O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida.

RECURSO DESPROVIDO.⁵⁰ (Grifou-se).

No julgamento, sob a relatoria da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, sua argumentação se baseou na ideia de que é juridicamente possível o pedido de reparação por dano moral, pois o Código Civil, em seu artigo 186, traz que o ato ilícito, mesmo que de conotação moral, deverá ser reparado. Ocorre, porém, consoante a sua concepção, que o abandono afetivo “[...] nada tem a ver com direito de personalidade, direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico”. Além disso, afirmou a relatora que “[...] a possibilidade de indenização deve decorrer da prática de um ato ilícito, considerada como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral”. Entendeu que o abandono afetivo não acarreta a prática de ato ilícito, pois não fere nenhum direito previsto no ordenamento pátrio e, muito menos, configura o dano moral. Sendo assim, julgou não ser possível a reparação civil, pois a única pretensão presente era aquela de caráter indenizatório, exclusivamente econômico.⁵¹

Sob a mesma ótica foi a decisão da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0194.09.099785-0/001, que assim decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *O abandono afetivo do pai em relação aos filhos, ainda que moralmente reprovável, não gera dever de indenizar, por não caracterizar conduta antijurídica e ilícita.*⁵² (Grifou-se).

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70053030284*. Relator: Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 08 fev. 2013.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70053030284*. Relator: Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 08 fev. 2013.

⁵² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0194.09.099.785-0/001*. Relator: Des. Tiago Pinto. Julgado em: 07 fev. 2013.

O Relator, Desembargador Tiago Pinto, sustentou a decisão com base no seguinte entendimento:

[...] para a caracterização da infração geradora de ilicitude é ou seria necessária uma conformação de situação que excepcionasse uma normalidade de comportamentos possíveis e que se estremasse uma situação de danos, de forma clara e irrefutável, com prova da ocorrência de danos, inclusive, perfazendo-se o caminho dos requisitos da indenização de modo a não se deixar de comprovar a omissão caracterizada por um não fazer, o nexo de causalidade e os danos.⁵³

À luz de tal entendimento, mesmo presente o dano moral em decorrência do abandono afetivo, ele não configura prática de ato ilícito e, assim, não estão presentes os requisitos indispensáveis para compor a pretensão de indenização.⁵⁴

Nesse tocante, importante registrar os apontamentos de Flávio Tartuce, no sentido de que a pretensão indenizatória por abandono afetivo, por possuir caráter indenizatório, segundo a corrente majoritária, prescreve em três anos, a contar do momento de completada a maioridade civil, conforme previsão do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil brasileiro, o qual diz que prescreve “[...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil. [...]”. O referido autor entende que se trata de demanda imprescritível, por envolver o Direito das Famílias e o “[...] estado de pessoas, qual seja a situação de filho [...], por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação e [...] porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo”.⁵⁵ Esse prazo prescricional, porém, é observado nas decisões Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais, do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado de São Paulo:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - PRESCRIÇÃO - VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - PRAZO DE TRÊS ANOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 206, §3º, V DO CC/02 -

⁵³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0194.09.099.785-0/001*. Relator: Des. Tiago Pinto. Julgado em: 07 fev. 2013.

⁵⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0194.09.099.785-0/001*. Relator: Des. Tiago Pinto. Julgado em: 07 fev. 2013.

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. *Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI264531,71043-Do+prazo+de+prescricao+aplicavel+aos+casos+de+abandono+afetivo>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

RECONHECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA.

- Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação.

- O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional.⁵⁶ (Grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ABANDONO MORAL, AFETIVO E MATERIAL DO PAI EM RELAÇÃO AO FILHO. AÇÃO AJUIZADA APÓS O DECURSO DO PRAZO DE TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRESCRIÇÃO. Transcorrido o prazo trienal para pretensão indenizatória, previsto no art. 206, § 3º, inciso V, CC, há de se reconhecer a prescrição da demanda. Apelação cível provida.⁵⁷ (Grifou-se).

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação indenizatória – Alegação de abandono afetivo e material pelo réu, genitor da autora – Prescrição – Ocorrência Abandono afetivo e material ocorrido desde o reconhecimento da paternidade, em 1999, quando a apelante já era maior – Prazo prescricional de 3 (três) anos, iniciado em janeiro de 2003 e findo em janeiro de 2004 – Inteligência do art. 2.028 do Código Civil – Decisão mantida – Recurso não provido.⁵⁸ (Grifou-se).

Ante o exposto, emerge a constatação de que permanecem em pauta duas correntes jurisprudenciais. Uma delas aponta que é possível pleitear, no Judiciário, indenização por abandono afetivo, considerando que a dignidade da pessoa humana constitui princípio basilar da Carta Cidadã, além do caráter pedagógico que a responsabilização poderá representar no que tange à tentativa de punir a conduta de abandono que tantas consequências negativas acarreta ao desenvolvimento biopsicossocial de crianças e adolescentes. Segundo a outra corrente, o abandono afetivo não pode ser indenizável, pois não configura ato ilícito, requisito essencial para a configuração do dano.

Para a análise do abandono afetivo de filhos homossexuais, foco deste estudo, é preciso lançar mão da analogia, uma vez que praticamente inexistem referências específicas sobre esse tipo de abandono, assim, “onde há a mesma

⁵⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0702.11.013785-9/001*. Relator: Des. Wanderley Paiva. Julgado em: 13 fev. 2013.

⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70061007886*. Relator: Des. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em: 24 set. 2014.

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0003846-89.2012.8.26.0653*. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em: 26 ago. 2014.

razão, aplica-se o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem ius*)".⁵⁹ Acima de tudo, não se pode perder de vista o fundamento de que o abandono afetivo dos filhos em razão de sua orientação sexual constitui um dano moral que afeta a sua dignidade e, com base nisso, tem-se possível o pleito, no Judiciário, de reparação civil dos pais por abandono afetivo de filhos homossexuais.

CONCLUSÃO

Com o advento da Lei Maior, o legislador reconheceu novas formas de constituição de família, e esta passou a se estruturar quase que exclusivamente na afetividade. O afeto foi elevado a um valor jurídico fundamental e indispensável nas relações familiares, pois é a base para a formação dessas relações, é o que une as pessoas. Ademais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assumiu extrema relevância no que concerne à proteção jurídica das pessoas, apontando para a especial ênfase que se deva dar aos vínculos provenientes das relações familiares. O texto constitucional também trouxe a proibição de qualquer tipo de discriminação, ou seja, todos têm os mesmos direitos e deveres, bem como o direito a tratamento igualitário, o que abrange a impossibilidade de atentar contra a orientação sexual das pessoas. *Pari passu*, previu ampla proteção aos menores, estabelecendo os deveres dos pais em relação à sua prole.

Há casos, todavia, em que os pais não cumprem seus deveres para com os filhos, violando a proteção a eles prevista e chegando a abandoná-los afetivamente. Tal situação pode ser decorrente da descoberta de que o filho é homossexual, fato que nem sempre goza de aceitação no seio da sociedade. Como consequência do abandono, surge uma série de danos aos infantes. Muitos ficam sem perspectiva de vida e de futuro, outros se transformam em menores/adolescentes infratores, rebeldes, outros ainda carregam consigo dores e sofrimento psicológicos, que, muitas vezes, são irreparáveis. Esses danos ocasionados pelo abandono afetivo,

⁵⁹ FIGUEIREDO, Roberto; FIGUEIREDO, Luciano. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/CIVIL%20-OAB%20-SITE.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2015.

consequentemente, interferem no desenvolvimento dos menores⁶⁰, refletindo no convívio social, na própria relação familiar, na aprendizagem e, em alguns casos, poderão refletir nos relacionamentos amorosos futuros e até mesmo na vida profissional das vítimas. Diante de tal realidade, com base na importância do afeto e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, busca-se o respeito aos direitos constantes nos diplomas legais pátrios, reconhecendo-se que a obrigação de cuidado, afeto, amor, carinho dos pais para com os filhos é o que garante o seu adequado desenvolvimento biopsicossocial.

Quanto à possibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo dos filhos, constatou-se que há duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais. Uma delas aponta que é possível pleitear, no Judiciário, indenização por abandono afetivo, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além do caráter pedagógico que a responsabilização poderá representar como tentativa de punir a conduta preconceituosa que tantas consequências negativas pode acarretar ao desenvolvimento biopsicossocial de crianças e adolescentes. Para a outra corrente, o abandono afetivo não é indenizável, uma vez que ausente o requisito essencial para a configuração do dano: o ato ilícito. Além disso, surge o argumento de que o *quantum* indenizatório não resolverá o problema, pois dinheiro nenhum trará o afeto, o amor, o carinho.

Especificamente no que diz respeito ao abandono afetivo dos pais em decorrência da orientação sexual dos filhos, por meio da analogia, é possível pleitear a reparação, pois as consequências advindas do abandono afetivo são nefastas, amargas e duradouras, ou seja, independentemente de orientação sexual, o cuidado e o respeito à dignidade devem prevalecer, deveres esses instituídos pela Lei Maior, a qual possui supremacia.

A indenização não visa a obrigar a amar, mas poderá conduzir ao dever de cuidar – imposto, de forma clara, pela lei –, bem como terá o condão de servir de exemplo a pais com condutas similares. Assim, com amplo amparo na Constituição Federal, os genitores podem ser responsabilizados civilmente de forma mais gravosa

⁶⁰ Ao longo deste texto, a palavra “menor” ou “menores” foi usada para fazer referência a crianças e adolescentes, ou seja, seres em formação. (passar essa informação de forma textualizada para a introdução)

se o abandono afetivo de seus filhos for decorrente de preconceito, uma vez que tal conduta afronta um dos princípios constitucionais basilares, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

- ARDUINO, Juvenal. *Antropologia: ousar para reinventar a sociedade*. São Paulo: Paulus, 2002.
- ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. *Responsabilidade civil no direito de família: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_uni%C3%93_homossexual_-_aspectos_sociais_e_jur%C3%93dicos.pdf>. Acesso em: 31 maio 2014.
- FIGUEIREDO, Roberto; FIGUEIREDO, Luciano. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/CIVIL%20-OAB%20-SITE.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2015.
- FRY, Peter; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/1235>>. Acesso em: 28 out. 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.
- GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 18, n. 24, p. 291-320, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/33/37>>. Acesso em: 30 out. 2014.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação afetiva entre pais e filhos*: além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 29 out. 2014.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo*: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. *O custo do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943?&estado=1>>. Acesso em: 29 out. 2014.

MILÍCIO, Gláucia. Justiça gaúcha reconhece união de 25 anos entre duas mulheres. *Consultor Jurídico*, 08 jan. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jan-08/justica_gaucha_reconhece_uniao_entre_duas_mulheres?pagina=3>. Acesso em: 28 out. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0702.10.008067-1/001*. Relator: Desa. Heloisa Combat. Julgado em: 14 jun. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0194.09.099.785-0/001*. Relator: Des. Tiago Pinto. Julgado em: 07 fev. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1.0702.11.013785-9/001*. Relator: Des. Wanderley Paiva. Julgado em: 13 fev. 2013.

OLIVEIRA, Marina Paim de. A indenização por abandono afetivo como instrumento garantidor dos direitos do menor. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 3, n. 3, p. 17-38, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10957>>. Acesso em: 29 out. 2014.

OPÇÃO Sexual, Orientação Sexual ou Condição Sexual? Disponível em: <<http://homossexualidade.org/opcao-sexual-orientacao-sexual-ou-condicao-sexual/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70053030284*. Relator: Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 08 fev. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70061007886*. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 24 set. 2014.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas*, Canoas, v. 2, n. 2, 2. sem. 2001. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v2n2.pdf#page=131>>. Acesso em: 28 out. 2014.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homoafetiva na legislação brasileira: natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 20, out. 2004. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0005780-54.2010.8.26.0103*. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. Julgado em: 14 maio 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0003846-89.2012.8.26.0653*. Relator: Des. Rui Cascardi. Julgado em: 26 ago. 2014.

SCHEREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 35, p. 51-77, 2006.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus; MATTOS, Isabela Alves. A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 907, maio 2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 24 maio 2014.

SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TARTUCE, Flávio. *Abandono afetivo (paterno-filial) – Sentença de São Paulo – Foro Central da Capital*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=174>>. Acesso em: 29 out. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI264531,71043-Do+prazo+de+prescricao+aplicavel+aos+casos+de+abandono+afetivo>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual – reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 807, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 4.



Exceto onde especificado diferentemente, a matéria publicada neste periódico é licenciada sob forma de uma [licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).