

Data de aprovação: ____/____/____

O DEVER DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO.

Widdyane de Melo Nobre¹

Úrsula Bezerra e Silva e Lira²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo compreender o abandono afetivo no campo da responsabilidade civil, enxergando o afeto como um dever jurídico, e afastando a ideia de amor, de sentimento, para transforma-lo em uma conduta essencial ao desenvolvimento da criança. Utiliza-se o método dedutivo, partindo de uma análise principiológica, conceitual e jurisprudencial, destacando as compreensões acerca do afeto nas relações familiares, assim como a possibilidade de responsabilidade civil nessas relações. Inicialmente o trabalho apresenta uma análise histórica quanto à evolução do conceito de família, para então, partindo dos princípios constitucionais, entender o afeto como uma das obrigações decorrentes do poder familiar, inerente aos pais. Discorre ainda, sobre os prejuízos causados na formação de personalidade e caráter da criança frente à omissão desta obrigação, evidenciando, por fim, a possibilidade de responsabilidade jurídica como consequência indenizatória, na tentativa de responsabilizar o pai pelas lacunas originadas pelo abandono, quando configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta praticada. Ao final, se demonstra como a aplicabilidade deste direito/dever vem sendo feita perante os tribunais brasileiros, sobretudo nos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Afeto. Abandono afetivo. Poder familiar. Dano moral.

THE DUTY OF INDEMNIFICATION ARISING FROM AFFECTIVE ABANDONMENT.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNIRN – Email: widdyanemelo@hotmail.com

² Orientadora. Docente do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNIRN. Email: ursula@unirn.edu.br

ABSTRACT

The present research has as objective to understand the affective abandonment in the field of civil responsibility, viewing affection as a legal duty, moving away from that idea of love, of feeling, to transform it into a behavior essential to the development of the child. We used the deductive method, starting from a principle, conceptual and jurisprudential analysis, highlighting the understandings about affection in family relations, as well as the possibility of civil responsibility in these relations. Initially, the paper presents a historical analysis regarding to the evolution of the concept of family, so then, starting from the constitutional principles, to understand affection as one of the obligations deriving from the family power, inherent to the parents. It also discusses about the losses caused in the formation of personality and character of the child towards the omission of this obligation, showing, finally, the possibility of legal responsibility as an indemnity consequence, in an attempt to hold the father responsible for the gaps caused by abandonment, when configured causal link between the damage suffered and the conduct committed. In the end, it is demonstrated how the applicability of this right/duty has been made in the Brazilian courts, especially in the Superior Courts.

Keywords: Affect. Emotional abandonment. Family power. Moral damage.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade dos pais à luz da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) perante os filhos não se pauta apenas no dever de prestar-lhes os alimentos essenciais a sua sobrevivência, consistindo ainda na obrigação de possibilitar o desenvolvimento dos filhos de forma digna.

Juntamente com o amparo material, deve estar o amparo moral, a possibilidade de convivência familiar, entendendo a criança enquanto sujeito de direito e pessoa em desenvolvimento. Embora a obrigação para com as necessidades vitais seja obrigatória, deve-se ainda levar em consideração que não há como impor aos pais amarem seus filhos e/ou vice-versa. Em todo caso, não se pode olvidar que o desafeto acarreta diversas consequências tanto de ordem psicológica, social, econômica e jurídica.

Nesse contexto, o presente trabalho tem o escopo de analisar o surgimento, no campo jurídico, da possibilidade de reparação pelos danos causados pelo abandono afetivo, através de indenização às vítimas do desafeto, proporcionando-lhes uma compensação, ao mesmo tempo em que cria para a sociedade uma função punitiva e educativa para aqueles que privaram seus filhos de sua companhia e de seu afeto, avaliando até que ponto o dinheiro é capaz de amenizar a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho rejeitado pelo pai.

O objetivo primordial da pesquisa é compreender o conceito de abandono afetivo, analisando o modo pelo qual ele se configura, os deveres dos pais decorrentes do poder familiar, a relevância dos sentimentos familiares para a formação e desenvolvimento da dignidade humana, assim como a possibilidade, sob diversos aspectos, da incidência do dano moral aos filhos rejeitados afetivamente durante o seu desenvolvimento educacional, por um dos seus pais. Analisaremos também os argumentos utilizados pelos juristas, que são favoráveis a responsabilização civil, frente à rejeição praticada, em confronto com aqueles que não admitem a responsabilização, e consequentemente o dano moral afetivo pela ótica do Superior Tribunal de Justiça.

Será utilizado o método dedutivo na presente pesquisa, tendo em vista que partiremos de uma análise de informações, conceitos, princípios, para então se chegar a uma conclusão de como se configura o abandono afetivo, e em que situações ele deve ser reparado. Utilizaremos ainda materiais bibliográficos bem como referências jurisprudenciais.

Embora haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do dever de indenização decorrente do abandono afetivo, se faz pertinente demonstrar que apesar da impossibilidade de obrigar um pai a amar o filho, este não deve ser privado da convivência paterno/materno, o que atentará a direito fundamental próprio do menor. Dessa forma, restará demonstrado até que ponto o descumprimento desse dever constitucional poderá ser interpretado como abandono afetivo.

2 O CONCEITO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA CONTEMPORANEIDADE NO BRASIL E A CONSEQUENTE VALORIZAÇÃO DA AFETIVIDADE.

O conceito de família afetiva vem sendo utilizado como paradigma nas relações sociais e jurídicas a partir da entrada do século XXI. Até meados do século

XX, a conceituação de família tradicional, construída em sua maioria por laços sanguíneos era predominante na sociedade. O Diploma Civil de 1916 abordava o modelo de família hierarquizada e patriarcal, definida por Maria Berenice Dias (2016, p. 48) “como uma verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação”.

O padrão de família sanguínea estava respaldado numa sociedade conservadora, em que os laços familiares resultavam do matrimônio, conforme dispunha o artigo 167³ da Constituição de 1967, não se aceitando qualquer outro tipo de estrutura.

Conforme leciona Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p. 38) “na família patriarcal cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros da família, a mulher e aos filhos”.

Contudo, a realidade passa por mudanças, e consequentemente os conceitos e as leis devem acompanhar tais mudanças. A Revolução Industrial fez surgir à necessidade de ingresso das mulheres no mercado de trabalho, alterando assim aquela estrutura familiar em que o homem era visto como chefe. “Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo”. (DIAS, 2016, p. 48).

Mais a frente, a Constituição Federal de 1988, traz uma profunda alteração no Direito de Família, acabando com o preconceito e diferenças entre homens e mulheres, tratando-os de modo igualitário e ainda abarcando outros tipos de formações familiares além do matrimônio, tais como a união estável e a família monoparental.

A Magna Carta possibilitou intitular como família a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, assim como, a união entre um homem e uma mulher, ainda que não legalizada.

Em estreita síntese, ampliou-se o conceito de família, para deixar de lado a instituição decorrente unicamente do matrimônio, passando a considerar as mais variadas formas, ainda que originadas da informalidade, possuindo como elemento nuclear o afeto.

Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 56):

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram

³ Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

sepultados dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.

Logo, conforme entendimento anterior verifica-se que diante das mudanças que surgem ao longo do tempo, em conjunto com as questões culturais, ideológicas, sociais e políticas, o arranjo familiar acabou ganhando diversas formas, sendo identificado pelo afeto e não mais unicamente pelo matrimônio, presente no antigo modelo patriarcal, ou através de laços biológicos. Assim, frente a este novo cenário, fruto de uma sociedade dinâmica, é que o direito se evolui, passando a reconhecer judicialmente as uniões homoafetivas, as famílias parentais e pluriparentais, agora abarcadas pelo direito de família.

Neste mesmo sentido, Paulo Luiz Neto Lôbo (2009) aduz que com o advento da Constituição Federal de 1988 em conjunto com a crescente urbanização e emancipação feminina, encerra-se definitivamente o modelo patriarcal de família, entendendo que a partir de então a identidade genética e a identidade de filiação não mais se confundem, já que o conceito de família passa a ter como base o afeto.

Para Silvana Maria Carbonera (1998, p. 247), “o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico”.

Nessa perspectiva, observa-se que a elevada significância dada ao termo “afeto”, ocasionada por todo este dinamismo social, encontra respaldo no princípio fundamental de maior hierarquia, a Dignidade da Pessoa Humana, já que tal princípio assegura a integridade física, moral e psicológica da pessoa.

Em contrapartida, vale destacar ainda outro importante princípio que decorre de um dos objetivos fundamentais elencados no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988, qual seja, o Princípio da Solidariedade Familiar, que trata do mútuo respeito e consideração entre os membros da família. O artigo 3º, I, da CF/1988 ao dispor sobre uma sociedade justa, livre solidária, acaba abarcando as relações familiares.

Sob tal enfoque, o grande civilista Flávio Tartuce (2017, p. 22) assenta que “deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra”.

A partir de então, emerge, consequentemente, o Princípio da Afetividade, que embora seja alvo de críticas e polêmicas, é reconhecido por vários juristas e doutrinadores como sendo sim um princípio jurídico do âmbito familiar, constituindo

direito fundamental.

Embora ainda existam discursões acerca da natureza principiológica da afetividade, sabe-se que a maior parte dos princípios que compõem o ordenamento jurídico não se encontra presente nos textos legais, surgindo no âmbito de doutrinas e jurisprudências.

Conforme escreve Miguel Reale (2001, p.111):

As normas constitucionais não são apenas aquelas que estão expressas no texto da Carta Constitucional, mas também aquelas que decorrem desses textos, por força lógica, intrínseca, como princípios implícitos de estruturação da instituição legal.

As lições do doutrinador elencadas no excerto acima corroboram no sentido de que a melhor interpretação constitucional favorece a apreensão do conceito de afetividade na perspectiva principiológica constitucional, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma senda, a abordagem de Flávio Tartuce (2017, p. 29) também se desdobra para a compreensão do afeto no âmbito dos princípios:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional, particularmente na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e na igualdade entre filhos (arts. 5.º, caput, e 227, § 6.º, da CF/1988).

Ademais, imperioso ressaltar que as decisões judiciais têm se pautado para o entendimento da afetividade como princípio decorrente da dignidade humana. Para melhor elucidação, transcreve-se a seguir trecho dos seguintes julgados:

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – REGISTRO PÚBLICO – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO PATRONÍMICO PARA CONSTAR O SOBRENOME DOS PAIS SOCIOAFETIVOS – RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO REGISTRO PÚBLICO – SUPREMACIA DO **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE** NOME QUE DEVE REFLETIR REAL CONJUNTURA FAMILIAR DO INDIVÍDUO – CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RN - AC: 20150140496 RN, Relator: Juiz Roberto Guedes (convocado), Data de Julgamento: 07/04/2016, 1ª Câmara Cível)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. Ainda que o direito de visita ao preso não seja absoluto, **deve ser considerada a importância da convivência entre pais e filhos, a fim de concretizar o princípio da afetividade, seja para desenvolvimento da criança**, bem como para facilitar a ressocialização da condenada. Embora a transferência ou a permanência de presos dependam da conveniência da Administração Pública, no caso, não há demonstrativos de que a medida adotada pelo Juízo singular seja imprescindível para manutenção da segurança no estabelecimento prisional. Assim, em juízo de ponderação, mais razoável a permanência da agravante na casa prisional em que cumpre pena, a fim de evitar obstaculização ao direito da infante de conviver com sua genitora, mormente a considerar que se trata de prisão

cautelar. AGRAVO PROVIDO. POR MAIORIA. (Agravos Nº 70064864432, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 24/06/2015). (TJ-RS - AGV: 70064864432 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 24/06/2015, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2015) (Grifos acrescidos).

Observando os julgados acima, infere-se que o princípio da afetividade alcança reconhecimento na esfera judiciária.

Assim, é possível verificar que a afetividade não constitui meramente um sentimento decorrente da formação familiar, mas sim, a mola propulsora, a base para a formação familiar na conjectura hodierna, exigindo dos pais o dever de criar seus filhos com cuidado, proteção e convivência, sem lhes omitir o afeto necessário a sua plena formação.

2.1 A RECONSTITUIÇÃO DO TERMO “AFETIVIDADE” COMO VALOR JURÍDICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA.

A análise mais apressada de afetividade e amor transmite a ideia de que são sinônimos. Todavia, analisando-os sob o ponto de vista jurídico, a construção doutrinária e jurisprudencial difere ambos os conceitos.

Nesse sentido, seguindo as lições de Flávio Tartuce (2017, p. 29) “o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas”.

Já Maria Berenice Dias (2016) afirma que não devemos confundir a existência real do afeto com a afetividade em seu dever jurídico, haja vista a afetividade ser um dever imposto, mesmo que ausente o amor.

O afeto, no campo jurídico, está bem além de um sentimento. Na realidade, ele deve ser entendido como uma conduta, um dever.

Para entender o afeto como valor jurídico, a subjetividade, ligada às questões emocionais, deve ser deixada de lado para se analisar o seu caráter objetivo. Assim, o afeto objetivo deve ser visto sob o prisma do respeito, da igualdade, da solidariedade, do dever recíproco.

Para o Juiz de direito e membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), Wladimir Paes de Lira (2014, p.08), “o afeto gera confiança, e além de caracterizar a família, pode em decorrência dessa confiança, um cônjuge ou

companheiro causar dano ao outro, como pais ao filho ou vice-versa”.

Ainda que não seja possível amar ninguém, deve-se compreender que o afeto não está pautado, tão somente, no amor, mas sim na obrigação perante os filhos, de prestar-lhes assistência imaterial, a possibilidade de conviver – viver junto – do seio familiar.

É na família que se dá o primeiro contato da criança com grupos sociais adultos, e é nesse instante que se inicia a sua formação, seu desenvolvimento, sua integração ao meio social. Estar inserido em um núcleo familiar propicia à criança e ao adolescente a possibilidade de viver em um ambiente de afeto.

A paradigmática decisão do STJ, no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), da lavra da Ministra Nancy, que será analisada de modo mais aprofundado a frente, traz para o operador do direito, e conseqüentemente, para a sociedade, a necessidade de repensar o conceito de cuidar.

Em seu voto, a Ministra discorre de maneira brilhante, acerca da distinção entre amar e cuidar, demonstrando que o amor diz respeito à subjetividade, sendo impossível obrigar um indivíduo a amar outrem, ao tempo que quanto ao cuidar, este possui caráter objetivo, dever jurídico inerente a liberdade dos pais de gerarem ou adotarem seus filhos, sendo completamente possível o cumprimento através de ações concretas, como estar presente, manter contato, concluindo que amar é faculdade, cuidar é dever.

Assim, é necessário compreender que ainda que inexista amor, a relação parental impõe responsabilidade, cuidado e compromisso. É dever dos pais prestar assistência imaterial aos seus filhos. O sustento material não é suficiente para um desenvolvimento físico e psíquico saudável. A criança sente a necessidade de aceitação familiar, de assistência emocional.

É na família que o indivíduo encontra sua base, buscando as referências necessárias para a formação de sua personalidade. O desenvolver de uma criança sem afeto, atinge diretamente sua integridade física, psicológica e até mesmo a forma com que ela irá enxergar e se manifestar frente as mais diversas situações da vida. Ou seja, “a preparação para a vida, a formação da pessoa, a construção do ser são responsabilidades da família” (CHALITA, 2004, p.21)

É essencial que os pais assumam seus papéis na construção da personalidade de seus filhos, participando, interferindo e educando. Tal papel é um direito fundamental da criança, assim como, um dever do responsável.

Posto isto, eleva-se o afeto ao patamar de valor jurídico, haja vista sua relevância para o desenvolvimento físico e psíquico saudável do infante.

3 A CONSTRUÇÃO DO PODER FAMILIAR NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O DEVER DE “CUIDAR” SOB O PRISMA DA ASSITÊNCIA IMATERIAL.

O poder familiar é constituído por um conjunto de deveres inerente aos pais e direitos inerente aos filhos, possuindo um caráter protetivo, que visa à promoção das condições ideais a formação da personalidade e o desenvolvimento sadio dos filhos.

No Código Civil de 1916 o poder familiar era denominado “pátrio poder”, assegurado “exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal.” (DIAS, 2016, p. 781).

Segundo entendimento de Maria Berenice Dias (2016), a nossa Constituição assegurou o tratamento isonômica a todos, (5.º I), outorgando ao homem e a mulher, na relação conjugal, o poder familiar sobre os filhos. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente reformulou-se, ganhando um intuito protetivo, a fim de atender a evolução das relações familiares, assim, deixa de lado a conotação de domínio perante os filhos, adquirindo um sentido de dever em face destes.

Diante disso, o que antes era intitulado como “pátrio poder” passa a nova denominação de “poder familiar”, retirando da figura paterna o domínio sobre os filhos, para estabelecer a igualdade de domínio entre pai e mãe.

A nova designação dada a este dever pelo Código Civil de 2002 é bastante criticada pela doutrina, pois embora as relações familiares tenham se reestruturado, ganhando como base o afeto e a função conjunta de pai e mãe, extinguindo a figura do pai como chefe, convertendo o sentido de autoridade perante os filhos para dever perante eles, manteve a ênfase do termo “poder”.

Critica Silvio Rodrigues que “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.” (2004, p. 355)

Assim, com as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, o filho passa de objeto de poder para sujeito de direito, atribuindo, o Estado, encargos impostos

por lei aos pais.

É tanto que o inadimplemento dos deveres inerentes ao poder familiar é suscetível de punição, conforme artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Desse modo, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2015), o Estado em vista de seus interesses, no sentido de assegurar e proteger as gerações futuras, impõe aos pais o *múnus* público de zelar por sua prole, vendando-se a subtração deste ônus que lhe é imposto.

Assim dispõe o artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

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

Em complemento o artigo 229 (BRASIL, 1988) da lei maior dispõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) buscou garantir os direitos fundamentais inerentes ao homem em seus artigos 3º, 15 e 19, respectivamente.

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

A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.
[...]

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Importante destacar ainda, o artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002), em seus incisos I e II, que tratam do dever imposto aos pais de amparar seus filhos, dispondo que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- dirigir-lhes

a criação e educação; II- tê-los em sua companhia e guarda”.

Assim, é compreensível que o poder familiar inerente aos pais não devem abarcar apenas o plano material, mas também o dever de assistência imaterial.

O homem, conforme preleciona Orlando Gomes, necessita “durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens” (2002, p.389).

Para Waldyr Grisard (2014, p. 24), a definição de poder familiar seria:

“Tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente. No seu papel de instituição protetora, eles devem proteger os filhos, de modo que estes se desenvolvam de maneira integralmente saudável no campo físico, mental e moral.”

Neste sentido leciona Guilherme Calmon (2001, p. 147), em sua obra Direito de família brasileiro que “a autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva”.

O poder familiar decorre da filiação natural, legal ou socioafetiva, sendo irrenunciável, indelegável e sempre compartilhado entre os genitores, ainda que estes não estejam mais em união, tendo em vista que não devemos atrelar a convivência familiar com a convivência do casal.

O dever de cuidado decorre da paternidade, da maternidade e da filiação e não do matrimônio.

Assim dispõe o artigo 1.632⁴ e 1.634⁵ do Código Civil, no sentido de estabelecer que embora haja dissolução da união entre os genitores, o poder familiar

⁴ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

⁵ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

permanece para ambos, que devem exercê-lo conjuntamente.

Houve renovação também no artigo 22 do ECA (BRASIL, 1990), com a inclusão e parágrafo único pela Lei 13.257/2016, para dispor sobre a responsabilidade compartilhada entre os pais na criação e educação do menor:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Posto isto, embora não haja convívio entre os genitores, os deveres para com os filhos, pautado na afetividade responsável, que ultrapassam o campo patrimonial, devem permanecer.

Como bem assenta Venosa (2003, p.333):

A separação de fato, a separação legal, o divórcio dos pais, as anulações de casamento, as uniões sem casamento, o exercício da guarda por um deles, ou o simples acontecimento de um dos genitores ou ambos nunca terem convivido entre eles e com o menor, não constituem motivo para o não cumprimento do dever do poder familiar, salvo se importar em extinção ou suspensão, diante dos casos previstos em lei, ocasião em que poderá ser nomeado um tutor para o menor.

Contudo, o que se percebe é que na sociedade atual por vezes o poder familiar acaba sendo exercido por um dos genitores ou por qualquer outro membro da família, refletindo assim no desenvolvimento do menor.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010) ressalta que a presença de ambos os pais é algo imprescindível na vida dos filhos, à medida que através da criação é que se molda a personalidade de sua prole. Para ele, não há justificativa para deixar de dar afeto, contudo, as histórias de abandono pela figura paterna é algo cada vez mais comum, onde o pai deixa de lado o poder familiar, que é de extrema importância para um desenvolvimento saudável.

Dessa forma, não merece ser aceito o entendimento de que a ausência de afetividade é atrelada apenas a um dever moral ligado ao sentimento, que não pode acarretar sanção. Na medida em que a ausência do dever de cuidado na esfera material acarreta uma punição, a ausência imaterial, que é atrelada ao poder material, conforme já explicitado anteriormente, deve ser passível de punição.

Cabe ao Estado, tutelar tal postura, como forma de reparar a conduta lesiva daquele que na sua condição de genitor, não cumpriu com seus encargos.

4 O ABANDONO AFETIVO E OS IMPACTOS CAUSADOS PELA OMISSÃO DO DIREITO/DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR.

Ante a análise dos deveres inerentes aos pais para com seus filhos, percebe-se que, o papel daqueles não se limita a esfera patrimonial. A lei maior, através do princípio da dignidade humana, da solidariedade, da paternidade responsável e do melhor interesse do menor, impõe aos genitores compromisso, responsabilidade, assistência moral e afetiva para com os seus.

O princípio da paternidade responsável este atrelado a responsabilidade, que se inicia desde a concepção e persiste durante todo o desenvolver do menor.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, já citado anteriormente, é clara ao assegurar o direito de convivência familiar a toda criança e adolescente, direito este que também foi inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4^o e 16, V. ⁷

Nesse sentido, Tarcísio Martins José Costa (2004, p.38) entende que “o direito ao convívio familiar, antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental a vida”.

De acordo com o artigo 229 da Carta Magna, é dever dos pais assistir, criar, educar seus filhos. Contudo, analisando de maneira extensiva o referido dispositivo, nota-se que tal assistência ultrapassa o campo material, abarcando também a assistência imaterial, o dever de convivência, de estar perto, de acompanhar.

Por sua vez, deixar de exercer a paternidade responsável, retirando do menor o direito do convívio familiar, configura negligência no campo da assistência moral e afetiva ensejando o abandono.

A definição de abandonar dada pela língua portuguesa é de “deixar alguma coisa de lado, desamparar, renunciar, desistir, abrir mão”. Quando vem o abandono

⁶ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁷ Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

emocional, a criança sente com veemência essa sensação de desamparo, convertendo-se em consequências negativas que mantêm-se por toda vida, como dificuldades na escola, transtornos de alimentação, problemas de autoestima, depressões e ansiedades.

Afirma Rolf Madaleno (2018, p.490) que:

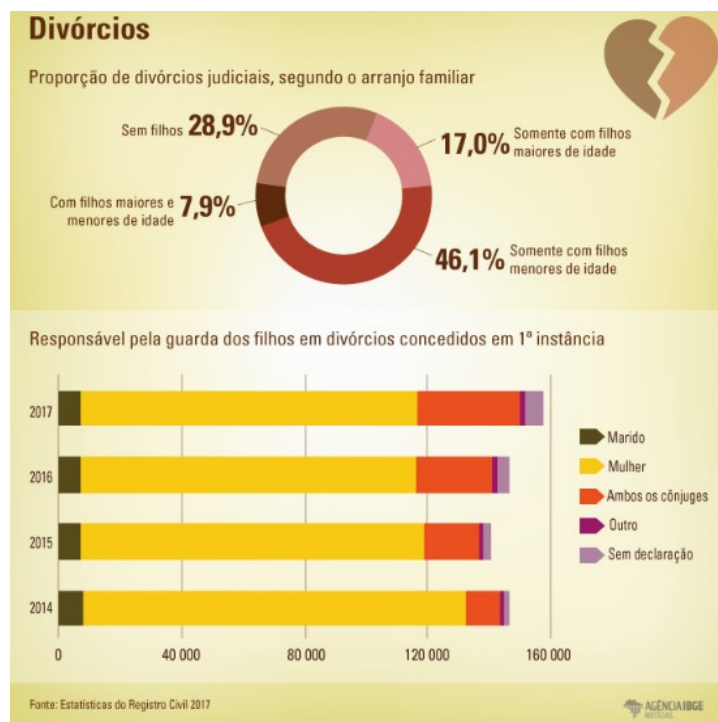
Nem sempre os pais exercem o dever de convivência para com os seus filhos, e, embora seja dito representem as visitas um direito-dever dos pais, elas se vinculam muito mais ao direito dos filhos do que ao direito dos pais, pois para o filho em formação é de extrema importância a coexistência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora da sua hígida formação moral e psíquica.

Segundo o entendimento de Madaleno (2018), é incalculável o número de pais que abandonam moral e afetivamente e seus filhos, enxergando na visita não o direito do filho de compartilhar um sadio convívio com seus acendestes, mas apenas uma mera faculdade do genitor.

A comunicação afetiva entre pais e filhos é de grande relevância para a formação moral e psíquica dos menores, sendo assim, os vínculos de socioafetividade precisam ser mantidos como um dever imposto pelo Estado, para que haja uma formação segura e sadia.

Contudo, quando os pais, ou um deles deixa de propiciar ao filho a assistência imaterial, o convívio e a interação, principalmente quando os pais se separam ou até mesmo na hipótese de família monoparental, em que um dos genitores se faz ausente, deixando o filho em abandono, a higidez psíquica é afetada.

Segundo dados do IBGE, entre 2016 e 2017 o número de divórcios aumentou em 8,3%, com destaque para um aumento significativo do percentual de divórcios judiciais com sentenças de guarda compartilhada dos filhos, que passou de 7,5% em 2014, para 20,9% em 2017.



Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA (2018)

Contudo, observando as estatísticas acima, percebe-se que a mulher continua sendo a responsável pela guarda na maioria dos registros de divórcio.

Elevadas são as situações em que o fim ou a inexistência do vínculo conjugal ocasiona a quebra do vínculo parental, onde um dos genitores, que não detém a guarda de seu filho, enxerga a convivência como uma mera faculdade, deixando de levar em conta os impactos que a distância, a falta, pode provocar na vida do menor.

Não se pode generalizar que o término da relação conjugal acarretará em abandono afetivo por parte de um dos genitores. Contudo, é sabido que inúmeros são os casos em que, após o fim de uma relação conjugal, o dever de cuidado, voltado para a convivência, é entendida como mera faculdade.

Assim enfatiza Rodrigo Cunha (2006, p. 677):

História de pais “abandônicos”, tem sido repetidas, quase um “lugar-comum” para centenas ou milhares de crianças: o casal se separa, uma das partes vai viver outra relação amorosa, constitui nova família e encontra muitas justificativas para não estar mais presente na vida dos/as filhos/as do relacionamento anterior.

Dessa forma, ao observar o gráfico acima, que apresenta um crescente número de divórcios a cada ano, atrelado a um indicativo mínimo de guarda compartilhada, leva a acreditar que os casos de abandono afetivo podem se elevar,

embora o rompimento da relação não constitua motivo para a omissão do dever do poder familiar.

Sobre a agregação do afeto ao núcleo familiar diz Leila Serra e Bruna Waquim (2018, p. 41):

A ausência de tal qualidade configura omissão de carinho imprescindível para a formação global da personalidade da criança. Com efeito, a anulação de afeto, é um dos fatores que desenvolvem distúrbios emocionais e comportamentais. Resulta em dano emocional!

A carência de convívio paterno acarreta em distúrbios comportamentais influenciando negativamente o desenvolvimento cognitivo da criança.

Segundo Montgomery (1998, p.113) citado por Benczik (2011, p.3):

Crianças com ausência do pai biológico têm duas vezes mais probabilidade de repetir o ano escolar, e que as crianças que apresentam comportamento violento nas escolas têm 11 vezes mais chance de não conviver na companhia do pai biológico do que crianças que não têm comportamento violento. Essas crianças, principalmente meninos, evidenciam maiores dificuldades nas provas finais e uma média mais baixa de leitura.

Interessante trazer a presente pesquisa, uma análise de caso clínico, realizada pelos psiquiatras Eizirik e Bergmann (2004, p. 04) em que o paciente não conhece seu pai, mas sabe que este possui outros filhos. Eles relataram que:

João é um adolescente de 16 anos. Foi encaminhado para tratamento psicoterápico por dificuldades escolares. Foi reprovado uma vez na 6ª série e duas vezes na 8ª série. O paciente diz que não gosta de estudar e que, por isso, não consegue ter bons resultados acadêmicos. O diagnóstico de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade foi excluído, pois o paciente não tem dificuldade em prestar atenção a detalhes ou fixar sua atenção nas atividades, nem apresenta outros critérios para este transtorno, e sim falta de estímulo, de interesse em estudar, principalmente quando está em casa.

[...]

João resistiu por um longo período em tocar no assunto do pai. Quando surgia, dava respostas curtas, minimizava a importância do tema na sua vida e evitava expressar qualquer tipo de sentimento. Repetiu inúmeras vezes que a mãe foi como um pai, que lhe deu tudo o que podia e que nunca precisou de um pai; este não fez nenhuma falta.

Importante se atentar ao fato de que embora as lacunas sejam enormes, as vítimas do abandono afetivo tentam ocultá-las, disfarçando seu sofrimento, sua vulnerabilidade. O vazio incômodo está ali, no entanto eles fingem que não.

Ao final concluíram os psiquiatras Eizirik e Bergmann (2004, p. 06):

Fica evidenciado que a ausência paterna tem potencial para gerar conflitos no desenvolvimento psicológico da criança. A influência da ausência paterna no desenvolvimento cognitivo e em distúrbios do comportamento, a partir dos dados citados, permanece em aberto, com dados apontando para a

influência negativa da ausência paterna nessas questões e outros apontando para uma ausência de influência.

Posto isto, embora não haja uma definição padrão entre os doutrinadores do que seria o abandono afetivo, resta clara a conduta lesiva praticada pelo genitor quando da omissão no cumprimento do exercício e das funções parentais, presumida a frustração e lesão na estrutura psicológica do indivíduo.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO FILIAIS E O DEVER DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

5.1 REQUISITOS

A responsabilidade civil está relacionada com uma conduta voluntária que viola um dever jurídico, causando dano a outrem. É a partir da violação de tal dever, que surge a possibilidade de reparação aquele que sofreu o dano.

Três são os elementos que consagram o instituto da responsabilidade civil: o dano suportado pela vítima do ato ilícito, a culpa do autor do dano e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano.

Quando a demonstração de culpa do agente se faz necessária para que o dano seja indenizável, se fala em responsabilidade civil subjetiva. Neste caso, a responsabilidade é decorrente de uma ação ou omissão, seja culposa ou dolosa.

Neste sentido dispõe o artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Contudo, é possível que haja responsabilidade civil independentemente de culpa, podendo se configurar por previsão em lei, ou através da teoria do risco, conforme descrito no artigo 927⁸, parágrafo único, do referido diploma. Nessa hipótese, o elemento essencial é a relação de causalidade entre a ação e o dano.

Nesta senda, vale à menção a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 51):

⁸ Art. 927. 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.

A inovação constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é significativa e representa, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.

No que tange a responsabilidade civil nas relações familiares, a doutrina e jurisprudência brasileira sempre se mostraram resistentes. Contudo, no entendimento de Medina (2016 apud MADALENO, 2018, p. 456), nos dias atuais aquela ideia de não reparação entre os integrantes da família foi eliminada, tendo em vista a sensível evolução sofrida no campo da responsabilidade civil, juntamente com a nova concepção de direito de família, amparados nos princípios basilares da Carta Magna, em especial da dignidade da pessoa humana. Tanto é que chegou a ser apresentado projeto de lei⁹, pelo deputado Roberto Fiuza acrescentando novo parágrafo ao artigo 927 do Código Civil vigente, com a função de estender os princípios da responsabilidade civil às relações de família.

Á vista disso, têm sido crescentes as demandas judiciais que buscam a reparação dano em decorrência do abandono afetivo.

As crianças e os adolescentes se tornaram sujeitos de direito, conforme artigo 227 da Constituição Federal, e a eles foram conferidas garantias e prerrogativas. Contudo, a todo direito se contrapõem um dever, desta feita, ao estado, a sociedade e a família foram dadas uma série de obrigações para com aqueles, colocando-os a salvo de qualquer tipo de negligência. Dentre essas obrigações, o dever de criar e educar os filhos dando-lhes auxílio econômico suficiente às necessidades básicas, assim como apoio, atenção, cuidado, participação.

A Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidaram de tratar da proteção material e imaterial do menor.

Assim não se pode mais negar que o afeto, como base das relações familiares exige dos pais o carinho e convívio necessário à formação plena dos filhos. As lesões sofridas a esfera da personalidade também são frutos de reparação, que resultam num dano moral.

Importante citar, por sua clareza, Katia Maciel (2017, p. 235):

⁹ Propunha o deputado inserir o parágrafo segundo ao artigo 927 do Código Civil, com a seguinte redação: §2º Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família.

Dessa maneira, a desassistência imaterial ou material deve ser sempre desmotivada por meio de sanções. A ausência de afeto dos pais para com os filhos, caracterizada por um abandono prolongado, ou mesmo pela omissão periódica no dever de visita-los ou de dar-lhes suporte financeiro, diferenciando-os dos demais filhos, pode ser motivo de indenização por dano moral, cumulada ou não com ação de suspensão ou destituição do poder familiar.

Outrossim, insta salientar o projeto de Lei nº 700/2007 (Projeto Crivella)¹⁰ que se encontra em tramitação e visa modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando o abandono moral como ilícito civil e penal. No projeto é trazido o caso da juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo, destacando que o abandono ou sumiço dos pais é conduta inaceitável.

O autor da tese de abandono afetivo, Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p.403) afirma que “o abandono paterno-materno-filial é entendido como sendo uma lesão a um interesse jurídico tutelado, causado pela omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais”.

Assim, a luz da dignidade humana, do melhor interesse do menor, da solidariedade familiar, da paternidade responsável, a violação dos deveres inerentes aos pais, configura conduta ilícita, o que já foi amplamente demonstrado, caracterizando um ato flagrante a responsabilidade subjetiva, devendo haver a responsabilização por abandono afetivo.

Comprovado o dano, se estabelece uma relação de causalidade, em virtude da conduta. Ou seja, configurados estão os elementos essenciais para que se faça presente à compensação por dano moral.

Por fim, vale citar o posicionamento de Maria Berenice Dias (2016, p. 165)

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não

¹⁰ Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º: “Art. 4º [...] § 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º 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. § 3º. 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; III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida. [...] Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena – detenção, de um a seis meses”.

se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Dessa forma, o dano moral, que advém de lesão a direito cujo conteúdo não é pecuniário, atingindo apenas a esfera da personalidade, deve ser reconhecido no âmbito do abandono afetivo, haja vista restar reconhecido à conduta omissiva, o dano, e o nexo de causalidade entre eles.

Ademais, contrapondo-se ao argumento de que não é possível atribuir valor pecuniário ao afeto, ressalta-se que o dano moral é em si um dano incalculável, sendo impossível valorá-lo. Contudo, é impossível quantificar, por exemplo, o dano sofrido por um cliente que passa horas na fila de um banco, no entanto, é passível de indenização.

Isto posto, a responsabilização atribuída ao abandono afetivo, deve ter função compensatória, punitiva e preventiva, assim diversos outros dano.

5.2 CASOS PARADIGMAS RELATIVOS AO TEMA

O judiciário, ao tratar da possibilidade de indenização frente ao abandono afetivo, já se manifestou de maneira controversa e polêmica, trazendo compreensões que serão aqui trabalhadas.

O advogado Rodrigo Cunha, autor da tese jurídica do abandono afetivo que ensejou ação judicial, teve sua demanda julgada improcedente pelo Supremo Tribunal de Justiça, no REsp 757.411, de análise da 4ª Turma.

No caso aqui elencado, o autor, na posição de filho, pleiteava indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo sofrido em razão de seu genitor, após o nascimento de uma segunda filha, ter deixado de lhe prestar assistência psíquica e moral, cumprindo apenas com a obrigação alimentar.

Afirma que teve todas as tentativas de aproximação com o pai ignorada, ocasionando em sofrimento e humilhação.

Contudo, aduziu o genitor que a demanda era fruto do inconformismo da mãe, haja vista aquele está pleiteando redução da verba alimentar. Alegou ainda, a inexistência de um bom relacionamento com o filho ocasionado pela genitora.

A demanda foi julgada improcedente em 1ª instância, na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, entendendo o Magistrado ausência de sintomas

psicopatológicos decorrente do afastamento paterno. Urge necessário transcrever parte da referida decisão:

Não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder. (Processo nº 4085505-54.2000.8.13.0000, 19ª Vara Cível, Juiz de Direito: Matheus chaves jardim)

No entanto, houve reforma da decisão em sede de apelação, para condenar o réu a R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), por entender o dano configurado a dignidade do autor, assim como a conduta ilícita do genitor em deixar de cumprir seu dever de convívio.

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 (Apelação Cível: 2.0000.00.408550-5/000, 15ª Câmara Cível, Relator: Dárcio Lopardi Mendes .Data de publicação: 29/04/2004)

Perante a Egrégia Corte, o recurso interposto pelo genitor teve provimento e procedência.

O Ministro Relator Fernandes Gonçalves, defendeu, de início, que escapa do judiciário obrigar alguém amar e que em caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, concernente na maior pena a ser imputada a um pai.

Entendeu ainda que, em alguns casos o ódio nutrido pelo ex- companheiro, que detém a guarda, é transferido ao filho, e que a compensação indenizatória serve mais para atender a ambição financeira daquele que foi rejeitado na relação amorosa, ocasionando em um afastamento ainda maior por parte do pai.

Em contrapartida, o voto vencido do Ministro Barros Monteiro, foi no sentido de reconhecer a ausência de assistência moral e convivência como ilícito civil, entendendo cabível indenização por dano morais.

Posteriormente, houve recurso Extraordinário nº 567164, por parte do filho, que, contudo, teve seguimento negado por não haver violação a Carta Magna.

Em abril de 2012 a 3ª Turma da Egrégia Corte se posicionou com entendimento diverso daquele proferido no 757.411, demonstrando inovação nos

tribunais superiores, sobre o assunto, desta vez no REsp 1159242-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Ao julgado em análise, (caso Luciane Souza), apenas na vida adulta que a parte autora obteve o reconhecimento judicial da paternidade, pleiteando indenização por danos materiais e compensação moral, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Embora o Tribunal de Justiça de São Paulo tenha julgado improcedente a demanda em 1ª instância, a decisão foi reformada, dando provimento a apelação interposta, para reconhecer o abandono afetivo, por parte do pai, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

A Ministra Nancy, de forma sublime, ressaltou de início a possibilidade de aplicação do dano moral na esfera do direito de família. Para ela, a obrigação dos pais em dar apoio psicológico é algo inescapável, sendo possível configurar um dano moral frente à ausência desta obrigação.

Afirmou que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”, ressaltando que a perda do poder familiar não impede a possibilidade de compensação, haja vista terem objetivos diferentes. O primeiro visa resguardar a integridade do menor, enquanto o segundo propõe-se a compensar os prejuízos advindos do malcuidado.

Destacou que “amar é faculdade. Cuidar é dever”. Para a Ministra, a configuração desse ilícito civil deve estar atrelada a comprovação do dano e do nexo de causalidade. Neste sentido, frisou a importância de laudos formulados por especialistas, demonstrando a patologia decorrente da conduta paterna.

Ao final, entendeu cabível a indenização por danos morais, contudo, reduzindo o valor para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em 2015, a 3ª Turma do STJ enfrentou mais uma vez a questão, no REsp 1557978-DF. Contudo, foi negado provimento ao recurso, em razão de ausência de comprovação entre o dano gerado e a conduta omissiva do pai, o que dificultou a demonstração de nexo causal.

Imperioso destacar ainda, recente julgado, datado de maio de 2018, em que o Ministro Lázaro Guimarães, em decisão monocrática nos autos do REsp nº

1.628.951 – SP, negou provimento ao recurso, em que a recorrente alegava abandono por parte do pai, reconhecido em ação de investigação de paternidade,

O Ministro seguiu o entendimento de que “o ordenamento jurídico, não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam os genitores aos seus filhos”, aduzindo ainda a necessidade de demonstração do ilícito civil referente ao abandono psicológico, que para que se possibilite uma compensação por danos morais por abalo psicológico cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor.

Fazendo uma análise dos julgados, verifica-se que a demandas em que a compensação por danos morais é negada, tem como principal fundamento a impossibilidade, pelo judiciário, de impor que um indivíduo ame outrem. No entanto, o que se pleiteia não é a imposição do amor, que por óbvio, condiz à subjetividade e escapa ao Direito, estando na esfera de liberdade de cada um. O ato ilícito pleiteado corresponde à afetividade do plano jurídica, e este afeto está retratado em vários de nossos dispositivos, conforme já elencado.

6 CONCLUSÃO

Mediante tudo até aqui exposto, é imprescindível concluir que é sim possível indenização por abandono afetivo. No entanto, para que esta se configure devem ser atendidos alguns requisitos, como a presença de elementos que comprovem a ocorrência do dano, se necessário por meio de perícia técnica, a omissão voluntária e o nexo de causalidade entre a conduta do genitor em se eximir do dever de cuidar de sua prole, garantindo-lhe o direito de convivência, e o resultado danoso.

Feito um estudo sobre as mudanças inerentes ao modelo de família, que emergiu a valorização do afeto como elemento basilar, e o reconhecimento deste termo com respaldo na dignidade da pessoa humana, objetivou-se diferenciar o amor e o afeto no plano jurídico, atentando-se para o fato de que o afeto aqui discutido se difere daquele significado que a psicologia e a psiquiatria lhe conferem, tendo em vista que os julgados contrários a tese de indenização por abandono afetivo, se baseiam especialmente nisso, para então examinar o instituto da responsabilidade civil em face da temática.

Desta feita, a nova denominação de pátrio poder, que no Código Civil de 1916 era pautado na figura de chefe do pai, passou a valorizar a proteção filho,

denominando-se poder familiar e atribui aos pais deveres que advieram da liberdade de gerar seus filhos.

Nesse sentido, deve haver o reconhecimento de que a omissão ou negligência quanto aos deveres sustentados pela Constituição Federal, pelo Código Civil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos princípios que norteiam o direito de família, acarretam responsabilidade civil.

Ademais, ressalta-se que a assistência material não é o bastante para suprir as necessidades de uma criança ou de um adolescente. É imprescindível o dever de zelo, de cuidado, de assistência imaterial e a existência de convívio familiar. No que concerne a esta última, insta destacar que a visita não deve ser entendida como um direito do adulto, mas um dever.

Portanto, a indenização por dano moral no abandono afetivo, partindo-se de uma análise peculiar de cada caso, busca compensar os danos gerados aos filhos, punir o genitor pela omissão de seu dever e ainda prevenir a ocorrência de casos.

Contudo, a matéria ainda não se uniformizou perante os tribunais, tendo em vista a complexidade e as peculiaridades inerentes a cada caso concreto.

Por fim, conclui-se que o afeto, a convivência, a assistência, não são opcionais, se os fossem, o ordenamento jurídico não trataria de atribuir deveres aos pais. Assim, espera-se que haja uma mudança de entendimento nos próximos julgadas, para reconhecer a possibilidade de monetarizar o afeto, como meio de compensar as vítimas e conscientizar a sociedade.

REFERÊNCIAS

A MENTE É MARAVILHOSA. Quando uma criança passa por abandono afetivo. 2016. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/crianca-abandono-emocional/>. Acesso em: 10 de nov de 2018.

AMIN, Andréia Rodrigues. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Rev. psicopedag.**, São Paulo, 2011. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 nov. 2018.

BONADESE, Paula. O dever de indenizar por abandono afetivo nas relações paterno-filiais. 2011. 81f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23 de out. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01 de nov. de 2018.

BRASIL. **Lei 8.269, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 de out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP**. Recorrente: Antonio Carlos Jarmas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Adrig, Brasília. 24 de abr. de 2012. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP**. Recorrente: Antonio Carlos Jarmas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Adrig, Brasília. 24 de abr. de 2012. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.951 - SP**.

Recorrente: M de M C. Recorrido: C J S. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Brasília. 24 de mai. de 2018. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 757.411 – MG.** Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Recorrido: Alexandre Batista Forte. Relator: Fernandes Gonçalves, Brasília. 24 de jun. de 2015. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RN – **Apelação Cível: 20150140496 RN**, Apelante: Ariana Hayelly Maciel Pinheiro e outros. Relator: Juiz Roberto Guedes (convocado), Natal/RN, 07 de abr. de 2016. **Lex:** Jurisprudência dos Tribunais de Justiça, Rio Grande do Norte.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS – **Agravo em Execução: 70064864432 RS** Agravante: Alessandra Nunes Soares. Agravado: Ministério Público Relator: Jayme Weingartner Neto, Rio Grande do Sul. 24 de jun. de 2015. **Lex:** Jurisprudência dos Tribunais de Justiça, Rio Grande do Sul.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHALITA, Gabriel. Educação: a solução está no afeto. 17. ed. São Paulo: Gente, 2004.

COSTA, Tarcício José Martins. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul, Porto Alegre, v. 26, n. 3, p. 330-336, Dec. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082004000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Direito de família brasileiro. 1ª ed. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 14. ed. Atualização de Humberto Theodoro

Junior. Rio de Janeiro: Forense 2002.

GRISARD, Waldir. Guarda compartilhada. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
 GROENINGA, Giselle Camara. Direito a convivência entre pais e filhos: análise inredisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário. 2011. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Nicole/Downloads/Giselle_Groeninga_Tese.pdf acesso em 11 de nov de 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO E GEOGRAFICO – IBGE. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-duram-em-media-14-anos-no-brasil>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
 MEDINA, Graciela e ROVEDA, Eduardo Guillermo. Derecho de Familia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

MANGLANO. Júlia A importância do pai no desenvolvimento dos filhos. **Estadão**, São Paulo, 17 de abr, 2017. Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/blogs/educar-para-a-felicidade/a-importancia-do-pai-no-desenvolvimento-dos-filhos/>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

Montgomery M. Breves comentários. In: Silveira P, ed. Exercício da paternidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Instituições de direito civil: Direito de família. 26 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. Soc. estado, Brasília, Dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 de out. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito de família. 28. ed. vol. 6. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SERRA, Leila Maria e WAQUIM, Bruna Barbieri. Revista IBDFAM: Família e Sucessões. Belo Horizonte, v. 28, p. 39-51 2018. jul/ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil v. 5: Direito de família, 12 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: FORENSE 2017

UNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica. Não basta gerar, tem que participar: um estudo sobre a ausência paterna. Psicol. cienc. prof., Brasília, Mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932014000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 Nov. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.