

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

DÉBORAH SANTOS PENHA

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL: o afeto tem preço?

São Luís
2016

DÉBORAH SANTOS PENHA

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL: o afeto tem preço?

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof.^a Esp. Maria Tereza Cabral
Costa Oliveira

São Luís
2016

Penha, Déborah Santos

Abandono afetivo e a responsabilidade civil: o afeto tem preço? /
Déborah Santos Penha. – São Luís, 2016.
51f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal
do Maranhão, 2016.

Orientadora: Prof^a Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

1. Direito de família. 2. Dano moral. I. Título

CDU347.6

DÉBORAH SANTOS PENHA

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL: o afeto tem preço?

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Profª Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (Orientadora)

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

A Deus, fonte de todo amor e justiça, e aos meus pais, meus maiores educadores.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, a Deus, pelo dom da vida, por ser meu guia e força no alcance dos meus sonhos.

À minha mãe Zelia Santos Penha, maior fonte de amor, a quem devo a minha vida e devoção. Reconheço todos os seus esforços e renúncias para oferecer a mais perfeita educação. Sou grata por sua luta e confesso que sou resultado desta.

Ao meu pai João Damasceno Campos Penha (in memoriam), maior inspiração para a escolha de minha profissão. Vivo hoje a concretude de um sonho tão desejado por este pai que se foi tão cedo desta vida, mas, que continua presente em meu coração. O que me foi ensinado será eternamente lembrado. Aos meus genitores asseguro propagar e praticar todos os dias, na minha vida pessoal e profissional, os valores e princípios aprendidos no seio da nossa família.

À minha irmã Deylanne Santos Penha, primeiro sinônimo de amiga e companheira de minha vida, de quem posso esperar a mais verdadeira lealdade e apoio.

Ao meu cunhado Ademar Costa Barros Júnior, que hoje tenho como um irmão.

Aos meus sobrinhos Alice Penha Barros e Heitor Penha Barros que, repletos de ternura e inocência de crianças, não imaginam o quanto impulsionam e motivam a minha vida.

À minha avó e madrinha Ilda da Silva Santos e a todos os meus familiares por sempre aclamarem às minhas conquistas.

Às minhas melhores-amigas, ao qual posso denominar de irmãs, Aline Kelle Ribeiro, Rayce Cutrim e Allanne Leão, pelas constantes divisões de experiências, risos, choros, carinho, provas de amizade e ajuda mútua.

Ao João Vitor que, de forma carinhosa e especial, sempre me incentiva e apoia a não desistir dos meus sonhos e projetos.

Aos amigos cultivados nos tempos de Liceu Maranhense, os quais até hoje se fazem presentes em minha vida.

Aos amigos adquiridos nos anos de vida universitária, pela convivência e trocas de experiências.

Aos professores que foram tão importantes em minha vida acadêmica, pois desempenharam com dedicação as aulas ministradas.

Às minhas supervisoras de estágios, Dra. Socorro Serra e Dra. Valdima Mendes, por me conduzirem com excelência no decorrer dos estágios, proporcionando-me a melhor prática profissional ao qual poderia vivenciar.

À minha orientadora Professora Maria Tereza, pelas contribuições valiosas a esse trabalho.

A coordenadora do Curso de Direito desta Instituição, Professora Lucylea França, por sempre transmitir confiança, dedicação e paciência nas tantas vezes que precisei de sua colaboração.

Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.

(O Pequeno Príncipe)

RESUMO

É cediço que as relações familiares sofreram inúmeras transformações no decorrer da evolução da sociedade. O Direito de Família acompanha e estuda constantemente essas transformações, adequando o ordenamento jurídico à realidade. Forçoso reconhecer que o afeto inseriu um novo conceito para a família, que não está mais atrelado apenas ao critério de consanguinidade. Assim, diante de aspirações de igualdade, proteção e afetividade de seus membros, faz-se necessário desenvolver um estudo sobre a problemática do abandono afetivo e a possibilidade de responsabilização civil do genitor em reparar o dano moral causado ao filho, tema este que se mostra um desafio para os juristas e doutrinadores. Deste modo, o presente trabalho dispõe sobre a responsabilidade civil dos pais em face do abandono afetivo, observando pontuações relevantes quanto aos aspectos da entidade familiar, dispositivos constitucionais e princípios que garantem aos filhos o direito de cuidado, criação e educação digna.

Palavras-chave: Família. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Dano moral.

ABSTRACT

It's musty family relationships suffered many changes during the evolution of society. The family law constantly monitors and studies these changes, adapting the law to reality. Must recognize that the affection inserted a new concept for the family, which is no longer tied solely to the discretion of consanguinity. Thus, faced with equal aspirations, protection and affection of its members, it is necessary to develop a study on the problem of emotional abandonment and the possibility of civil liability of the parent to repair the moral damage caused to the child, a topic that shows a challenge for lawyers and legal scholars. Thus, this paper establishes the liability of parents in the face of emotional abandonment, observing relevant scores in the matters of family authority, constitutional provisions and principles that guarantee children the right to care, creation and decent education.

Keywords: Family. Abandonment Affective. Civil responsibility. Moral damage

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
PLS	Projeto de Lei do Senado
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA E O DIREITO	15
2.1	Aspectos históricos da família no ordenamento jurídico brasileiro	16
2.2	Princípios no Direito de Família	19
2.3	Estrutura familiar	21
2.3.1	Poder familiar	21
2.3.2	Direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.....	22
3	DO ABANDONO AFETIVO	24
3.1	O afeto como valor jurídico	24
3.2	Compreendendo o abandono afetivo	27
3.2.1	Conceito e caracterização do abandono afetivo.....	28
3.2.2	Abandono afetivo x abandono material	29
4	DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
4.1	Noções de responsabilidade civil	31
4.1.1	Conceito e finalidade	31
4.1.2	Pressupostos da responsabilidade civil	32
4.1.3	Dano moral no Direito de Família	34
4.2	Dano afetivo	36
4.3.1	Da configuração do dano moral advindo do abandono afetivo.....	36
4.3.2	O afeto transformado em preço – <i>quantum</i> indenizatório.....	38
4.1.3	Posicionamentos jurisprudenciais.....	38
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	45

REFERÊNCIAS.....47

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos diante de complexas situações que envolvem conflitos nas relações familiares. Muitos destes conflitos são levados ao Poder Judiciário visando o alcance de soluções justas, sobressaindo-se os que abrangem conflitos da relação entre pais e filhos.

Um tema recente passou a ser discutido nos tribunais de forma cada vez mais frequente: a responsabilidade civil na questão do abandono afetivo. Nesta contenda surgem correntes doutrinárias que concordam ou não com a possibilidade de existir dano moral em relação à indiferença afetiva de um genitor a sua prole. O Poder Judiciário brasileiro está dividido, existindo julgados que se inclinam tanto pela condenação do genitor ausente, e outros pela impossibilidade do pedido de responsabilização.

Nascem, também, outras discussões, tais como: existindo dano em função do abandono afetivo, é justo o genitor ser obrigado a reparar este dano em forma de pecúnia? O afeto parental tem preço no ordenamento jurídico brasileiro?

Consubstanciado no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna vigente permitiu novas concepções sobre a entidade familiar, protegendo a família e seus entes da forma mais humanística possível. O Direito da Família é o ramo do direito encarregado por organizar as normas jurídicas relacionadas à família com escopo na efetiva proteção desta entidade. Desse modo, a razão pela qual esta temática foi adotada, diz respeito justamente ao grande conflito que a problemática do abandono afetivo causa diante da proteção da entidade familiar que a Constituição e o Direito da Família defendem, bem como o que diz respeito ao dever de indenizar o filho abandonado afetivamente pelo genitor, quando presentes todos os requisitos da responsabilidade civil.

Com isso, torna-se fundamental a realização de uma análise para verificar a existência ou não de dano causado pelo abandono, e se este pode vir a ser caracterizado como ato ilícito. Para isso, sopesando a importância da família na formação do indivíduo, apresentando conceitos de abandono afetivo, de forma a traçar seus paralelos, relacionando correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Neste íterim emerge o cerne deste trabalho. O questionamento sobre a possibilidade da responsabilidade civil em indenização de danos morais em face do abandono afetivo.

2 DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA E O DIREITO

A família é uma entidade simbólica nas relações sociais, visto que, por fato natural, o princípio de toda a vida inicia-se nela. Portanto, a família deve ser considerada como a mais importante instituição social diante da sua essência básica em garantir a continuidade, desenvolvimento e bem estar dos indivíduos inseridos em seu seio.

Imperioso reconhecer que extrair uma definição para família é árdua tarefa, pois, diante das constantes transformações sociais, culturais, religiosas e econômicas havidas no tempo, diversas são as interpretações que podem ser encontradas. Desse modo, a primeira tentativa conceitual deve ter aspecto amplo, para que não exista dúvida do que a família representa em sua aceitação máxima, já que conforme Gagliano (2014, p. 43):

[...] é forçoso convir que nenhuma definição nessa seara pode ser considerada absoluta ou infalível, uma vez que a família, enquanto núcleo de organização social, é sem dúvida, a mais personalizada forma de agregação intersubjetiva, não podendo, por conseguinte, ser aprioristicamente encerrada em um único standard doutrinário.

Assim sendo, em definição básica “importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar” (VENOSA, 2013, p. 02).

Nesse sentido, Nader (2011, p. 03) ressalta:

Deixando entre parêntese os elementos não essenciais, contingentes, podemos dizer que família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Também Gonçalves (2014, p. 17 e 18), ensina:

Lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. [...] Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e colateral.

Incontroverso que a família “proporciona as recompensas e punições, por cujo intermédio são adquiridas as principais respostas para os primeiros obstáculos da vida” (ALVES, 2010, p. 3), sendo o lugar no qual se desenvolve as aceções e valores de respeito, amor, liberdade e educação.

Com isso, nota-se que as tentativas conceituais dadas de forma ampla conduzem à conclusão de que a família é o agrupamento de dois ou mais indivíduos que se encontram unidos por laços consanguíneos e afetivos, sendo este último característica especial para a formação da família.

2.1 Aspectos históricos da família no ordenamento jurídico brasileiro

Os primeiros lineamentos da família no ordenamento jurídico brasileiro se deram em leis de origem portuguesa. No Brasil, o estudo da família recebeu grande influência do direito canônico, devido a sua colonização cristã, preservando-se até nos dias atuais alguns de seus princípios básicos. Gomes (2007, p.09) ensina que “a influência do direito canônico no Código Civil é poderosa, provendo deste diversos preceitos relativos à celebração do matrimônio, seus efeitos jurídicos e a sua dissolução”.

Em 1824, a Constituição do Império “não destinou normas específicas sobre a família brasileira, sua forma de constituição ou mesmo proteção” (OLIVEIRA, 2002, p. 32), restringiu-se apenas a regulamentar o casamento religioso.

Do mesmo modo, a Constituição de 1891, a primeira do Brasil República, também não destinou proteção especial à família, entretanto, reconheceu o casamento civil, afastando a concepção de casamento exclusivamente religioso, o que acarretou na distinção entre o Estado e a Igreja.

Já o Código Civil de 1916 estabeleceu que a família legítima fosse aquela constituída unicamente pelo matrimônio civil, bem como eram considerados legítimos, apenas os filhos provenientes desta união. A família caracterizava, à época, como essencialmente patriarcal, sendo o marido o chefe da sociedade conjugal (Art. 233 da Lei nº 3.071/1916).

No tocante ao assunto, Madaleno (2013, p. 31) aduz:

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um concubinato, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato.

No mesmo sentido, são as palavras de Gonçalves (2014, p. 24):

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

Quanto as Constituições de 1934, 1937 e 1946, essas seguiram sem grandes mudanças, uma vez que o casamento ainda mantinha-se como única forma de constituição familiar reconhecida. Neste cenário, a dissolução do vínculo conjugal não era admitida, aceitando-se apenas o desquite, que posteriormente foi substituído pela separação judicial e o divórcio em 1977.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 é que houve maiores transformações no Direito de Família juntamente com a ampliação da definição e importância da família em normas codificadas com base nos valores e evoluções sociais existentes na sociedade brasileira.

Inicialmente, destaca-se o estabelecimento da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, que por sua vez implicou na igualdade entre os cônjuges (Art. 226, § 5º CF).

Outra transformação significativa foi no tocante aos filhos havidos fora do casamento, pois, lhe foram conferidos os mesmos direitos e garantias dos filhos legítimos, eliminando quaisquer discriminações decorrentes de sua concepção (Art. 226, § 6º CF).

A Carta Magna de 1988 reconheceu como família aquela formada tanto pelo casamento civil ou por união estável, bem como ainda reconheceu a existência da família monoparental. Necessário se faz destacar que, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição vigente admite outros arranjos familiares.

Gonçalves (2009, p.13) assevera as importantes transformações sociais do Direito de Família introduzidas pela CF/88:

Ela alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações mono parentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando a ideia de família o pressuposto do casamento. Para a sua configuração, deixa-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, subtraiu sua finalidade a proliferação.

Ainda sobre estas transformações ocorridas no Direito de Família, Lôbo (2011, p. 57), aduz:

A partir da Constituição de 1988 essa distribuição das matérias do direito de família, que gravitava em torno do matrimônio como seu principal protagonista e da legitimidade como principal elemento de discrimine, perdeu consistência. Antes mesmo da Constituição, algumas áreas integradas ao direito de família se autonomizaram em legislação própria, a exemplo dos direitos da criança, dos direitos da mulher (principalmente da mulher casada), do reconhecimento da paternidade, do divórcio. Microsistemas jurídicos foram desenvolvidos, com a incidência concorrente de vários ramos do direito sobre a mesma situação jurídica de natureza familiar.

O Código Civil de 2002, que cuida do Direito de Família, compartilhou o mesmo entendimento da Constituição Federal de 1988 quanto à nova estrutura familiar, refletindo sua codificação nas modificações sociais ocorridas na segunda metade do século XX, bem como nos anseios da sociedade moderna. Segundo Gonçalves (2014, p. 17):

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais. As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.

O mestre Venosa (2013, p. 10), também elucida algumas considerações quanto ao CC/2002:

O Código Civil de 2002 procura fornecer uma nova compreensão da família, adaptada ao novo século, embora tenha ainda com passos tímidos nesse sentido. Seguindo o que já determinara a Constituição de 1988, o atual estatuto procura estabelecer a mais completa igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, do homem e da mulher. Da mesma forma, o

vigente diploma civil contempla o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, independentemente de sua origem.

Deste modo, pode-se concluir que o Direito de Família atravessou um período de evolução significativa com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo fortalecida, mais tarde, com a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, uma vez que o modelo de família outrora tido como mera instituição jurídica de finalidade econômica e religiosa, cedeu espaço para o atual modelo de família que se preocupa com a promoção da igualdade, proteção e da afetividade de seus membros.

2.2 Princípios no Direito de Família

Importante tecer uma breve análise de alguns princípios do Direito de Família, diante do relevante papel de alicerce que os princípios assumem nesse ramo do Direito. Tendo em vista que, conforme a sociedade vai se transformando, o ordenamento jurídico positivo não consegue acompanhar as constantes mutações sociais que a família enfrenta tão pouco consegue se adaptar a tempo de oferecer respostas, assim, cabem aos princípios apresentar interpretação aos valores sociais dominantes.

Dias (2015, p. 40) elucida que os princípios “consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”. No novo cenário de hermenêutica civil-constitucional, os princípios receberam força de normas jurídicas que se destinam a atenuar os conflitos nas relações familiares, sempre visando à pessoa humana.

Dessa forma, inicialmente, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da CF/88, sendo princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, e mais universal de todos os princípios, que tem como essência garantir a proteção da dignidade a todos os indivíduos.

Sobre este princípio, Dias (2015, p. 45) pondera:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos

institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Logo, por ser o Direito de Família o ramo jurídico considerado mais humano, o princípio da dignidade humana tem como desígnio, principalmente, a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos que compõe a família, evitando que haja violações aos direitos essenciais de cada um deles.

Nesse passo, advém o princípio da afetividade, tendo o afeto como sentimento determinante para a construção da entidade familiar. Costa (2008) elucida que “o princípio da afetividade está consubstanciado no princípio da dignidade humana (Art. 1º, inciso III, CF/88), tão perseguido pelo Estado Democrático de Direito”. Desta forma, observa-se que a partir do princípio da dignidade humana, nasce o princípio da afetividade que conduz e estrutura as relações familiares.

Ainda sobre o princípio da afetividade, Lôbo (2011, p. 71) pontua que:

[...] é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.

Dias (2015, p. 54) conclui que “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

Outro princípio é o da igualdade, que engloba tanto a igualdade jurídica concedida aos cônjuges e aos companheiros na família (Art. 226, § 5º, da CF), onde direitos e deveres devem ser exercidos de forma igualitária entre homem e mulher, bem como engloba o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, onde resta proibida qualquer diferenciação ou discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos (Art. 227, § 6º, da CF).

O princípio da paternidade/maternidade responsável se traduz no conceito de planejamento familiar, baseado na decisão de ter ou não filhos e na conscientização da importância da instituição familiar (Art. 227, § 7º da CF).

Destaca-se, por último, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que visa garantir um tratamento especial de proteção de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, no intuito de alcançar o melhor desenvolvimento desses indivíduos.

Nessa esteira, o artigo 227 da Carta Magna dispõe como 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.

Isto posto, conclui-se que a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 introduziram no ordenamento jurídico novas situações que anteriormente não eram tuteladas. As novas estruturas familiares passaram a ter um novo espaço social e diante da criação de novos direitos, os princípios cumprem papel de resguardo de valores sociais fundamentais, garantindo que o avanço social seja sempre protegido e também reformulado em normas jurídicas.

2.3 Estrutura Familiar

2.3.1 Poder familiar

Sobrevém a necessidade de analisar a questão do Poder Familiar, uma vez que se encontra intimamente atrelado à relação familiar.

Gomes (2002, p. 389), ensina que o ente humano necessita:

Durante sua infância, de quem os crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse mistério.

Dito isto, é cediço que o ser humano, desde seu nascimento até as etapas que correspondem seu crescimento, necessita de cuidados, bem como proteção e educação, a fim de que possa alcançar seu pleno desenvolvimento. Logo, de forma natural, essa incumbência compete aos pais.

Segundo Diniz (2012, p. 601):

O Poder Familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam

desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Desta forma, o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que ambos os genitores possuem em relação aos filhos, que visam garantir direitos essenciais à formação e desenvolvimento dos filhos menores, de modo a atender suas necessidades, tais como educação, sustento, carinho, afeto e cuidados.

2.3.2 Direitos e deveres dos pais em relação aos filhos

A Constituição Federal de 1988 dispõe que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores" (Art. 229 da CF/88). E de forma mais específica determina que:

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.

Com efeito, o Estatuto da Criança e Adolescente, no artigo 21, estabelece:

O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo qual pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de em caso de discordância recorrer a autoridade judicial competente para solução da divergência.

No Código Civil de 2002, o Pátrio Poder passou a ser chamado de Poder Familiar, e os dispositivos que tratam desse instituto guardam um caráter de poder-dever, enfatizando as obrigações dos pais em relação aos filhos menores e incapazes, quanto ao seu desenvolvimento, submergindo ainda a responsabilidade na administração de seus eventuais bens.

Cumprido ressaltar que, de acordo com o Código Civil Brasileiro, o poder familiar deve ser exercido igualmente tanto pelo pai como pela mãe, não havendo interferência nesse atributo, mesmo nos casos de separação ou ainda naqueles em que os pais nem chegaram a ser um casal.

Da análise do Código Civil, extrai-se que compete aos pais no exercício do pátrio poder (Art. 1634, CC):

- I – dirigir –lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III – conceder-lhe, ou negar-lhes consentimento para casarem
- IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autenticado, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou sobrevivente não puder exercer o pátrio poder.
- V – representa-los, até 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que em que forem partes, suprindo o consentimento.
- VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenham.

Acrescenta-se que os deveres intrínsecos ao poder familiar não se restringem apenas em assistência material, visto que a assistência psicológica é de suma importância na formação dos filhos, uma vez que o apoio emocional advindos dos pais torna-se essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana e formação pedagógica de um novo cidadão. Torna-se uma grande responsabilidade, pois os genitores possuem a obrigação de preparar os filhos para a vida, acrescentando-os de valores positivos, instruindo-os sobre o que é certo e o que é errado.

Nesta senda, importante salientar que o direito de educar vem ligado ao direito de corrigir. Assim, no percurso da tarefa educacional os pais podem precisar corrigir os filhos de forma disciplinar moderada, sendo necessária a constante correção para imposição necessária de limites aos filhos.

Por fim, conclui-se que o poder familiar, sendo um poder-dever, é irrenunciável, imprescritível, inalienável e indisponível, não podendo os pais abrir mão dele facultativamente. Na hipótese de descumprimento desse poder-dever, os genitores podem vir a sofrer punições do Estado, bem como do próprio filho, acarretando em responsabilidade civil dos pais perante aos filhos.

3 DO ABANDONO AFETIVO

3.1 O afeto como valor jurídico

Nos dias atuais, a família possui conceito distinto do que tinha no passado, uma vez que outrora, a família era conceituada pela formação de pai e mãe, casados oficialmente, juntamente com seus filhos legítimos. Mas, diante das constantes mudanças sociais, culturais e históricas sofridas em nossa sociedade, o conceito de família abandonou o preceito de instituição organizada. Visto que, conforme Farias (2010):

[...] em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciada pelas circunstâncias do tempo e do lugar. Isto implica reconhecer ao fenômeno familiar um permanente processo de mudança, evolução.

Com isto, atualmente, a família pode ser denominada por aquela formada essencialmente por uma estrutura afetiva, composta por indivíduos que podem estar casados ou não e, por seus filhos, consanguíneos ou não.

Neste sentido, Fachin (2007), ensina que:

No Direito de Família, o tradicional modelo familiar que instrumentalizava as relações sociais enquanto instituição erigida sobre o matrimônio, o patrimônio e o pátrio poder dá lugar à família nuclear, com foco sobre os sujeitos que nela encontram afetivamente envolvidos. Assim, não seria exagero afirmar que 'a família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental.

O autor Coelho (2012, p. 50), nesse mesmo caminho, confirma o que foi dito acima:

Além da superação do fundamento biológico dos vínculos familiares, outra forte tendência do direito de família aponta para a primazia da afeição. A família, dispensada das pesadas funções que vinha e, em certa medida, vem exercendo, tem meios para ser, enfim, o espaço da afetividade. Essa tendência tem sido chamada de despatrimonialização do direito de família

Diante disso, percebe-se, então, que as estruturas familiares são formadas pelo sentimento recíproco, contribuindo para a realização pessoal e desenvolvimento dos indivíduos pertencentes a este núcleo.

Segundo Dias (2010, p.45):

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o

elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de desenvolvimento da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Surgiu um nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista.

A Carta Magna de 1988 consolidou essas mudanças, contudo não trouxe o termo afeto insculpido explicitamente em seu texto constitucional. Dias (2015, pág. 52), cita o seguinte ensinamento de Alice de Souza Birchal:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

O Código Civil de 2002, que cuida do Direito de Família, compartilhou o mesmo entendimento da Constituição Federal de 1988 quanto à nova estrutura familiar. Segundo Costa (2008, p. 368), quanto ao Código Civil Brasileiro, observa que:

Em alguns de seus dispositivos se consiga visualizar o afeto como elemento merecedor de guarda, como por exemplo, quando valoriza o laço de afetividade para definir a guarda de filhos e quando permite a criação de vínculos de filiação não só natural (consangüinidade) ou civil (adoção), mas também por qualquer outra origem. Isso, dito de outra forma, é admitir o afeto como forma de constituir a filiação (socioafetiva).

É notório que o Direito de Família, nos dias atuais, se tornou efetivamente mais humanizado. Nesse sentido, Gonçalves (2013, p.17), preleciona:

O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha Pereira, “é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania”.

Dias (2015, p. 53) ainda destaca:

Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família,

atribuindo valor jurídico ao afeto. Inclusive a Lei Maria da Penha define família como uma relação íntima de afeto.

Cumpra destacar também a importância que o Estatuto da Criança e do Adolescente deu ao afeto, inserindo-o como requisito para escolha da família substituta a qual a criança será inserida. Vejamos:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

Ressalte-se ainda que o afeto tornou-se lugar de estudo e discussão por doutrinadores e juristas, sobretudo em hipóteses não aventadas por nossa legislação pátria. Nesse diapasão, o doutrinador Tartuce conclui que o afeto possui valor jurídico ao debruçar-se num julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Do mesmo modo, concluindo que o afeto tem valor jurídico, aponta a Ministra Nancy Andrighi, em brilhante julgado de sua lavra: “A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas do mesmo sexo, sejam entre homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideias de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso” (STJ, Resp. 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010) (TARTUCE, 2014, p. 832).

Dessa forma, nota-se a grande importância que a afetividade possui na construção da entidade familiar, tornando-se pressuposto necessário para a existência da mesma, pois o afeto, sendo subprincípio extraído do princípio da dignidade humana, tornou-se base para outros diferentes institutos constantes na Constituição e no Código Civil.

Com isso, no cenário contemporâneo, perfilha-se a afetividade como valor jurídico, notadamente no tocante às relações familiares, visto que o afeto tornou-se principal fundamento para o reconhecimento da mesma.

3.2 Compreendendo o abandono afetivo

Como já elucidado anteriormente, o afeto é elemento fundamental na caracterização da entidade familiar. Debruçado nas relações parentais, o afeto surge como aporte essencial na formação da família e quanto aos filhos, especificamente, liga-se como elemento contributivo na moldura da personalidade dos filhos, colaborando consideravelmente na forma como esse indivíduo em crescimento se comportará no meio social.

A importância da existência de afeto na convivência familiar é bem explicada por Costa (2008, p. 56-57) ao afirmar que:

A principal função da família é, sem dúvida, a de criar as condições para o desenvolvimento dos filhos para que se tornem dignos integrantes da sociedade, [...]. Daí a importância de a família ser instituída com fundamento na afetividade, sendo o afeto indispensável na convivência da família contemporânea, vivam ou não os seus componentes sob o mesmo teto.

Destarte, os pais carregam consigo não só a responsabilidade de oferecer assistência material, mas como também de cuidar do desenvolvimento psíquico e moral de seus filhos, para que estes possam se desenvolver em um ambiente melhor estruturado envolto de assistência afetiva.

Mas, e quando um dos genitores se torna ausente afetivamente na criação e formação do filho? Tanto em decorrência da dissolução do matrimônio pelos pais, tanto pela ocorrência de família monoparental de genitor solteiro, como o ordenamento jurídico se comporta diante dessa espécie de abandono?

Nesse panorama o afeto ganha discussão doutrinária e repercussão nos tribunais em casos de abandono afetivo parental. Surgem cada vez mais demandas na justiça, de filhos que alegam conduta negligente por parte de seu genitor no tocante ao afeto, buscando indenização compensatória em vista disso.

3.2.1 Conceito e caracterização do abandono afetivo

O abandono afetivo constitui-se na ausência e omissão de um dos genitores na formação educacional, psíquica e moral de seus filhos.

Neste aspecto, Hironaka (2006, p. 136) conceitua que:

O abandono afetivo configura-se pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo. [...] os pais devem assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana.

Dito isso, conclui-se que abandonar afetivamente o filho é conceitualmente descumprir o dever de criação, zelo, educação, cuidado e companhia, devidos a uma criança ou adolescente, obrigação esta decorrente do poder familiar. Assim, os pais têm o dever de serem presentes em cada etapa do desenvolvimento dos filhos, para oferecer uma completa educação pautada em referências e ensinamentos dos valores adequados a serem adotados por seus filhos na sociedade. Logo, ao negligenciar essa obrigação, conseqüentemente restará prejudicado o desenvolvimento e crescimento sadio e equilibrado do menor.

É comum encontrar indivíduos que carregam prejuízos advindos do abandono afetivo, ocorrido quando da separação dos pais, tanto na dissolução do casamento ou união estável, bem como nos casos de família monoparental, formadas por mãe solteira ou pai solteiro. Nesses casos, a criação afetiva do filho fica sob a responsabilidade exclusiva de um dos pais, na maioria das vezes, da mãe. E, o outro genitor ausenta-se afetivamente, deixando de cumprir com sua obrigação moral em relação ao filho.

Nessa hipótese, podem-se vislumbrar os inumeráveis prejuízos trazidos a formação de um indivíduo carente de afetividade de um dos pais, quais sejam, prejuízo psíquico, moral, educacional, sentimental e etc.

Preleciana Dias (2015, p. 97-98) sobre este aspecto:

Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

Nessa linha, o descaso proposital na assistência ao desenvolvimento do filho, causam graves danos ao menor, pois, “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável” (DIAS, 2015, p. 97).

Com isso, a educação do filho se baseia na disposição emocional dos genitores, conseqüentemente, ausente a emoção, difícil se tornará o desenvolvimento das habilidades cognitivas e sociais da criança.

3.2.2 Abandono afetivo x abandono material

É importante salientar que abandono afetivo não se confunde com abandono material, este último tipificado no artigo 244 do nosso Código Penal, o qual dispõe:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Nesse evento, pune-se o sujeito ativo deste tipo penal quando pratica omissão de assistência material à família, ou seja, deixa de prover a subsistência de caráter alimentar do cônjuge ou filho menor de 18 anos, pela falta de pagamento da pensão alimentícia judicialmente acordada.

Em determinados casos, o genitor acredita que cumprindo com seu papel quanto ao sustento material já terá contribuído suficientemente para o pleno desenvolvimento da criança e, em face disso, descuida-se das aspirações de cunho moral e afetivo que o menor necessita receber da figura dos pais.

Assim, ressalte-se que mesmo o genitor proporcionando todos os meios materiais para o progresso físico e intelectual do filho, ainda sim não se pode olvidar do sentimento de afetividade que deve ter para com seu filho.

Ainda cumpre destacar que a obrigação alimentar é instituto de cunho material e a obrigação afetiva encontra-se ligada a noção de moral.

Explica Dias (2015, p. 96):

O reconhecimento da obrigação alimentar não é condenação por danos morais. Trata-se de encargo que tem como causa a necessidade, a ausência de condições de prover por si à própria subsistência. Ao depois, os alimentos estão sujeitos à revisão e à exoneração, possibilidade que não se coaduna com a responsabilidade civil.

O abandono afetivo do filho abrange situações nas quais o genitor, independentemente de desempenhar sua obrigação alimentícia corretamente, não procura ter uma proximidade física com o filho, abstenendo-o do convívio afetivo parental.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Noções de responsabilidade civil

4.1.1 Conceito e finalidade

Ensina Gonçalves (apud FERREIRA, 2008, p. 59), que “a palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria de tal forma o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

A natureza jurídica da obrigação de indenizar pode ser tanto voluntária como legal, em outras palavras, a responsabilidade civil configura-se no momento em que o agente descumpre uma obrigação, seja por desobediência a uma regra estabelecida em um contrato, seja por deixar de observar um preceito normativo que regula a vida em sociedade.

A regra contida no artigo 186 do Código Civil estabelece com maestria o que vem a ser responsabilidade civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, dos dispositivos acima mencionados, podemos avaliar que a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem em consequência de prática de ato ilícito. Bem como, nota-se que o Código Civil Brasileiro adotou a regra da responsabilidade civil subjetiva que, em resumo, é aquela em que o dano nasce em função de um ato doloso ou culposo do agente.

Tartuce (2015, p.) define responsabilidade civil da seguinte forma:

O ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

Nos ensinamentos de Begalli *apud* Bonfim (2008, p. 29):

O prejuízo que deve ser ressarcido é aquele que se origina de um ato ilícito, considerado como toda ação ou omissão voluntária, ou decorre de negligência ou imprudência, ocasionando prejuízo alheio ou violação de direito, sintetizada na diminuição ou subtração causada por outrem de um bem jurídico, de ordem patrimonial ou moral, tal seja a possibilidade de redução de uma quantia pecuniária.

De acordo com Coelho (2012, p. 284):

A função da responsabilidade civil, assim, é compensar o credor do vínculo obrigacional, seja recompondo prejuízos patrimoniais na mesma medida, seja assegurando-lhe aumento no patrimônio em contrapartida à dor moral experimentada.

A partir das definições supracitadas, tem-se que a finalidade da compensação pecuniária em vista da responsabilidade civil encontra-se no objetivo de restabelecer o equilíbrio, restaurar, restituir e compensar alguém pela conduta que o outro lesou, ou seja, está estritamente ligada ao sentimento de justiça na sociedade, pois quando uma ação ilícita resulta em dano, existe um rompimento do equilíbrio jurídico-econômico entre o ofendido e o ofensor.

O dever de indenizar se faz necessário não só para minimizar o abalo instaurado, proporcionando a promoção de ações relacionadas à garantia dos direitos dos indivíduos, mas como também pelo seu caráter punitivo-pedagógico, exemplificando para toda sociedade que determinadas condutas geram graves prejuízos e como tal devem ser severamente punidas.

4.1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Para que se configurem as hipóteses de responsabilidade civil, se faz necessário que o agente causador do dano incorra em determinados pressupostos, contudo não há unanimidade na doutrina quanto a estes elementos.

Diniz (2005, p. 42) aponta a existência de três elementos:

- a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco;
- b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima;

- c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Venosa (2010, p. 839), por sua vez, ensina que são quatro elementos:

- a) ação ou omissão voluntária;
- b) relação de causalidade ou nexos causal;
- c) dano e;
- d) culpa.

Já Gonçalves (2005, p. 32) aduz que são quatro os pressupostos:

- a) ação ou omissão;
- b) culpa ou dolo do agente;
- c) relação de causalidade;
- d) dano.

Segundo Tartuce (2015, p.382), são quatro elementos:

- a) conduta humana
- b) culpa genérica ou *lato sensu*;
- c) nexos de causalidade;
- d) dano ou prejuízo.

Contudo, cumpre lembrar que o cerne do abandono afetivo se circunscreve no campo da subjetividade, em vista disso, forçoso analisar os pressupostos da responsabilidade civil nos moldes subjetivo, exigindo-se a conduta, o nexos causal, a culpa do agente e o resultado danoso.

De conduta, resume-se que, para que haja violação de um direito, faz-se necessário que tenha ocorrido uma conduta humana voluntária e contrária à norma, pois atos ilícitos nascem das ações ou omissões do indivíduo, que violam direitos e causam dano (GAGLIANO; FILHO, 2008).

Já por nexos causal, entende-se como o liame, vínculo, conexão, que une a conduta culposa ou dolosa do agente e o dano sofrido pela vítima, pois o comportamento do agente deve estar diretamente ligado ao dano cometido (STOCO, 2005, p. 145).

Quanto à culpa, o ordenamento jurídico pátrio, ao consagrar como regra a responsabilidade civil subjetiva, colocou-a como centro da responsabilidade, impondo a vítima o encargo de prová-la. Em “sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar” (VENOSA, 2005, p. 32).

A noção de dano acha-se ligada a noção de prejuízo sofrido pelo agente, podendo ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico (VENOSA, 2005, p. 40). É o principal pressuposto para a configuração da responsabilidade civil. Se ausentes provas que fundamentem o dever de indenizar, ninguém poderá ser responsabilizado pelo suposto dano.

Temos assim nas palavras de Filho (2014):

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

4.1.3 Dano moral no Direito de Família

Por um extenso lapso temporal, a responsabilidade civil só se produzia nas obrigações de indenizações de danos de cunho patrimonial, conseqüentemente, difícil tornava-se a sua aplicação no Direito de Família. A dificuldade residia no embaraço de se atribuir um preço à dor, bem como na verificação da existência e extensão do dano sofrido.

Contudo, a Carta Magna de 1988 modificou significativamente o ordenamento jurídico nesse sentido, vez que permitiu a transformação do senso de justiça ansiado pela coletividade. Em vista disso, tornou-se intolerável que uma vítima de dano moral permanecesse sem ressarcimento.

O autor Filho (2012, p. 82) explana que:

[...] todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos.

Nessa linha que a CF/88, no inciso X do art. 5º, estabeleceu que: “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”.

Atualmente, nota-se maior incidência da possibilidade de configuração de dano moral no âmbito do Direito de Família, em face da evolução dos conceitos de família. Os conflitos familiares reúnem-se numa singularidade especial, sendo necessário lançar um olhar particular a cada caso.

Ensina Venosa (2005, p. 277) que “o dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.

Nos ensinamentos de Stolze (2011, p.97):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Assim, à luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por um dano que atinge uma seara que envolve a dignidade humana e sua esfera personalíssima.

Ressalte-se que os sentimentos personalíssimos são tidos como incalculáveis já que, como partes integrantes da vida pessoal e social do ser humano, não se pode medir de fato o valor da lesão moral. Contudo, sua reparação quando solicitada judicialmente deverá avaliar o ato cometido e o patrimônio do autor da ação danosa, havendo uma justa ponderação entre a ação e seus resultados, para fins desse estabelecer um valor.

Ainda nessa esteira, Filho (2012, p.93) orienta que:

Nesta linha de principio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”

Assim, configurado o dano moral, observar-se-á os mecanismos de tutela da dignidade da pessoa humana, criados por nosso ordenamento jurídico, a fim de que se possa restituir o equilíbrio psicológico da vítima.

4.2 Dano afetivo

4.2.1 Da configuração do dano moral advindo do abandono afetivo

Conforme pormenorizado nos capítulos anteriores, diversos são os institutos e dispositivos que resguardam e protegem os direitos da criança e do adolescente, sobretudo na figura dos filhos. Todavia, infelizmente de forma corriqueira, um número significativo de pais negligenciam obrigações de seu Poder Familiar, ao se mostrarem ausentes afetivamente na vida de seus filhos.

É cediço que o abandono afetivo causa dor e frustração ao filho e os danos psicológicos oriundos dessa negligência dificilmente serão superados ou revertidos na fase adulta.

Diante disso, são numerosos os processos judiciais advindos de conflitos dessa natureza: pais que abandonam afetivamente sua prole e filhos que sem respostas ou avaliando-as como exíguas, procuram o Poder Judiciário com o escopo de receber uma compensação pelos danos experimentados.

A reparação nesses casos tem como objetivo amenizar o sofrimento psíquico do filho causado pela falta do afeto e do convívio permanente do genitor durante o seu processo de formação.

Hironaka (2006, p. 141) esclarece que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Gera reflexos na vida pessoal daquele que o sofre, destacando-se os de ordem psicológica e moral, uma vez que macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Assim, o dano moral advindo do abandono afetivo origina-se no prejuízo psíquico e moral causado ao filho, pois forçoso admitir que no seio familiar torna-se essencial que haja manifestação de afeto.

Na Constituição Federal de 1988 restam protegidos direitos dos menores em diversos dispositivos, a saber, no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da CF/88, no direito a convivência familiar,

assegurado no artigo 227 da CF/88, bem como através da paternidade responsável e planejamento familiar, garantido no artigo 226, § 7º da CF/88.

Temos nas palavras de Hironaka (2006, p.141), que:

A ausência injustificada do pai origina - em situações corriqueiras evidentes - dor psíquica e conseqüentemente prejuízo a formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

A carência resultante da ausência do genitor durante o período de crescimento do filho causa grande dano psíquico, que se arrastam durante toda vida. A fase adulta é o momento em que a lesão, na maior parte dos casos, já gerou danos irreversíveis.

Nesta linha de raciocínio, cabem perfeitamente as palavras de Nader (2010, p. 262):

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência [...] Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

Neste mesmo lado, temos as palavras do autor, Madaleno (2013, p. 385):

Além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo este acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai, não obstante exista corrente claramente contrária ao dano moral por abandono afetivo.

Elucubrando sobre o assunto Dias (2015, p. 97), afirma que:

O conceito atual de família é centrada no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. [...] Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. 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.

O abandono afetivo ainda não possui legislação específica e, em razão disso, alguns doutrinadores consideram que os mecanismos de punição devem se limitar na perda ou destituição do poder familiar (Arts. 1637 e 1638 do CC).

Em vista de solucionar este conflito e regulamentar a matéria, alguns projetos de lei tramitam no Congresso. Destacando-se o Projeto de Lei nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que tem como objetivo alterar o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

A Comissão de Direitos Humanos aprovou o PLS nº 700/2007 em setembro de 2015, acatando a mudança no ECA, para impor a obrigação de reparação de danos ao pai ou à mãe que deixar de prestar assistência afetiva a seus filhos, seja pela convivência, seja por visitação periódica. Atualmente, o PLS 700/2007 encontra-se na Câmara dos Deputados para apreciação.

4.2.2 O afeto transformado em preço – prova e *quantum* indenizatório

Inicialmente, cumpre destacar que, embora o abandono afetivo possa ser tido como ilícito civil, ele por si só não consegue fundamentar a indenização por danos morais. É necessário que o ilícito provenha de dano existencialmente provado.

Tal comprovação do dano deve se dar por meio de: laudos periciais atestados por especialistas, tais como psicólogos, assistentes sociais, entre outros; prova documental como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, assim como interrogatório da vítima colhido de forma detalhada pelo Juiz competente (SOUZA, 2012).

Comprovado o abandono e confirmado o prejuízo, a fixação do *quantum* indenizatório será determinada com base na apreciação de vários fatores, tais como: a expansão do sofrimento na vida do filho; o período que se perdurou; as sequelas psicológicas decorrentes do abandono, entre outras.

Além disso, deve ser levada em consideração a capacidade financeira do genitor ausente, de modo que a condenação possa ser razoável e proporcional, cuidando para que não haja enriquecimento ilícito da outra parte.

Deve ainda o juiz sentenciante valer-se da regra insculpida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que orienta: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Desse modo, não há como estabelecer um valor definido, devendo cada caso ser analisado em particular.

4.2.3 Posicionamentos jurisprudenciais

O tema da responsabilidade civil na questão do abandono afetivo passou a ser discutido nos tribunais de forma cada vez mais frequente. E as recentes decisões judiciais tornam esta contenda cada vez mais instigada e contraditória.

O primeiro caso a discutir o tema teve origem na cidade de Capão de Canoa, no Rio Grande do Sul, em 2003, tendo o Juiz Mário Romano Maggioni, decidido pela condenação do pai ao pagamento de indenização por abandono moral e afetivo no valor estipulado de 200 (duzentos) salários mínimos. Eis o fundamento da sentença:

(...) a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autofirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. (Processo nº 1.030.012.032-0, 2ª Vara da Comarca de Capão de Canoa, RS, Juiz Mario Romano)

A partir deste julgado, inúmeras foram as decisões que buscaram solucionar lides nesse sentido.

Destacam-se como decisões favoráveis, os seguintes julgados:

EMENTA: [...] APELAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO. PRECEDENTES DO STJ. DISPENSABILIDADE DE PRÉVIO REGISTRO CIVIL OU DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE PARA

CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO. [...] 1. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral. Precedentes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. 2. A ausência do nome do pai ou da mãe no registro de nascimento do autor ou a ausência de prévio reconhecimento judicial da paternidade não constitui óbice ao reconhecimento do abandono afetivo, notadamente diante da natureza declaratória d (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00288066720138150011, - Não possui -, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 18-01-2016) (TJ-PB - APL: 00288066720138150011 0028806-67.2013.815.0011, Relator: DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/01/2016, 4A CIVEL,)

EMENTA: I APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. II CERTIDÃO NO DISTRIBUIDOR ONDE CONSTA DIVERSAS AÇÕES DE ALIMENTOS AJUIZADAS PELA AUTORA. III ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. V VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$5.000,00. VI - RECURSO PROVIDO. (TJ-PR 7685249 PR 768524-9 (Acórdão), Relator: Jorge de Oliveira Vargas, Data de Julgamento: 26/01/2012, 8ª Câmara Cível)

EMENTA: PROCESSO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - GENITOR - ABANDONO MORAL E FALTA DE AFETO - PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL - SENTENÇA ANULADA - PROSSEGUIMENTO REGULAR DO FEITO - RECURSO PROVIDO. 1. O pedido de reparação por danos morais sofridos é um pedido juridicamente possível e reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico. 2. No caso de pedido de indenização por danos moral em decorrência de abandono moral e falta de afeto por parte do genitor, é necessária a caracterização dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam, o dano experimentado pelo filho, o ato ilícito praticado pelo pai, e liame causal que conecta os referidos elementos. 3. Impõe-se a remessa dos autos à instância de origem, a fim de propiciar a angularização do processo, citando-se o réu/apelado para exercer o contraditório e a ampla defesa, bem como proceder a dilação probatória necessária ao deslinde da questão. 4. Recurso conhecido e provido. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, anulando a sentença objurgada e determinando o retorno dos autos à instância de origem, para o seu regular processamento. (TJES, Classe: Apelação Cível, 15096006794, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON - Relator Substituto: FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 21/09/2010, Data da Publicação no Diário: 11/11/2010) (TJ-ES - AC: 15096006794 ES 15096006794, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Data de Julgamento: 21/09/2010, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/11/2010).

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão favorável ao dever de indenizar em casos de abandono afetivo, obrigando um pai a pagar uma indenização de duzentos mil reais à sua filha. No Recurso Especial de nº 1.159.242-SP, a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ confirmou a possibilidade de responsabilização civil por dano moral de abandono afetivo pelos pais com a seguinte frase: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. Eis a ementa:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

No entanto, ainda são maioria decisões nos tribunais que afastam a responsabilidade civil diante do abandono afetivo, garantindo aos pais o direito de não oferecer afeto aos filhos.

Os que desaprovam a possibilidade da indenização argumentam, em resumo, que não é possível estabelecer um valor para o afeto. Afirmam ainda que o Poder Judiciário não pode obrigar o genitor a amar sua prole, em outras palavras, acreditam que não existe dever jurídico de amar, bem como não configura ato ilícito não fazê-lo.

Destacam-se como decisões não favoráveis, os seguintes julgados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO À FILHA. DESCABIMENTO. No Direito

de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. O distanciamento do varão em relação à filha não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja plausível que a autora tenha sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. Ademais, em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064744196, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015). (TJ-RS - AC: 70064744196 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015)

EMENTA: DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. 1. A responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade. 2. Ausente o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do genitor e o abalo psíquico causado ao filho, não há que se falar em indenização por danos morais, porque não restaram violados quaisquer direitos da personalidade. 3. Ademais, não há falar em abandono afetivo, pois que impossível se exigir indenização de quem nem sequer sabia que era pai. 4. Recurso improvido. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, Apc: 20090110466999, Relator: Getulio de Moraes Oliveira, 2013, grifo do autor).

EMENTA: INDENIZAÇÃO. Danos morais. Abandono afetivo. Filho que afirma ter sofrido graves transtornos psicológicos ante a falta da figura paterna. Ordenamento jurídico que não prevê a obrigatoriedade do pai em amar seu filho. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 9199720772009826 SP 9199720-77.2009.8.26.0000, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 16/02/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/02/2012)

Existem muitos julgados no Superior Tribunal de Justiça que afastam a responsabilidade civil, fundamentados na tese de ser incabível a indenização por abandono afetivo. Eis jurisprudência nesse sentido:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 514350 SP 2003/0020955-3, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 28/04/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 25/05/2009)

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA . VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM . VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. 3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexa causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (STJ - REsp: 1.493.125 - SP 2014/0131352-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/02/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 01/03/2016)

Os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015) “recomendaram muita prudência aos magistrados de todo o País quando forem julgar casos de abandono afetivo”, sob a alegação que o reconhecimento do dano moral por abandono afetivo é uma situação excepcionalíssima, devendo o julgador analisar o caso cuidadosamente, a fim de evitar que o Poder Judiciário se transforme numa indústria indenizatória.

Necessário se faz mencionar que a pretensão de indenização por abandono afetivo é reparatória, em vista disso, obedece aos prazos prescricionais estipulados no Código Civil. Em conflitos dessa natureza, o marco inicial para a contagem prescricional é a maioridade do filho, por este ser o momento o qual cessa o poder familiar.

Para exemplificar, tem-se os julgados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO. MAIORIDADE. 1. O poder familiar, com seus consectários de dever de cuidado e vigilância, cessa quando da ocorrência da maioridade do filho, de modo que as indenizações de ordem moral devem circunscrever a este período, razão esta que a prescrição para pretender indenizações por abandono afetivo, começa a contar da maioridade, ainda que o reconhecimento da paternidade seja em data posterior. 2. Apelação improvida. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, Apc: 20120510075984, Relator: Getulio de Moraes Oliveira)

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. 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. Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB/2002. 2. O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. 3. 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. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70056484413, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/10/2013) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ac: 70056484413, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 2013).

Tais julgados convalidam a pertinência dessa discussão, observando-se a importância do tema, num cenário no qual o dano moral advindo do abandono afetivo vem ganhando cada vez mais destaque.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instituição familiar experimentou numerosas transformações no decorrer dos anos até atingir a atual concepção de família composta pelos laços afetivos. A relação de consanguinidade exigida deu lugar às relações familiares criadas pelo sentimento e pelo afeto.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família se encontra mais atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da convivência familiar, entre outros. Contudo, o reconhecimento da unidade familiar pautada nesses princípios, não fez com que deixassem de haver filhos e filhas abandonados afetivamente por seus pais ou mães e nem que deixassem de sofrer abalo psíquico em vista disso.

Na ocorrência de abuso na esfera familiar nesse sentido, o Direito tem que atuar para encontrar formas de impedir e punir os genitores que não cumprem com os deveres a eles conferidos pela Constituição, como o de convivência familiar.

O Poder Legislativo já discute o tema e busca uma forma de regularizar o abandono afetivo como ilícito, a fim de por termo a dúvida e caracterizar a ausência afetiva do genitor causam danos ao filho, tanto na esfera civil e criminal.

Enquanto a questão é debatida no Congresso, o Poder Judiciário precisa dar uma resposta aos conflitos que já bate à porta da Justiça. Dessa forma, entra em jogo o instituto da Responsabilidade Civil atuante também no Direito de Família, para se combater, bem como penalizar atos contrários aos princípios do âmbito familiar.

Destarte, ocorrendo prova por parte do filho do dano oriundo do descumprimento do pai com o dever de convivência e de assistência moral a afetiva, será cabível a indenização. Mas, para isso, exige-se que estejam presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.

A indenização por dano moral serve como uma forma de compensar todo o prejuízo sofrido por esse indivíduo na infância, cujos reflexos, possivelmente, se perdurarão na fase adulta. Assim como surte efeitos de punição para o genitor ausente, de forma a desestimular práticas dessa natureza.

Filhos que crescem em ambiente rodeado de cuidado e afeto desenvolvem-se melhor, tornando-se adultos mais aptos a coexistirem no meio social. Desse modo, o ordenamento jurídico passou a enxergar a

paternidade/maternidade como um múnus público dos genitores, tendo como escopo a melhor proteção da criança.

O art. 227 da Carta Magna estabelece que é dever dos pais oferecer ao filho a vida, educação, saúde, alimentação, proteção, convivência familiar. Assim, a partir de análise em construções doutrinárias que tratam do tema, conclui-se pela possibilidade de responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, entretanto, a obrigação de indenizar o dano moral nesses casos só se legitima quando existir a efetiva lesão no que tange aos direitos abrangidos pela dignidade humana, tais como trauma psicológico, dificuldade de relacionamento social etc. comprovados nos autos fatidicamente pelo filho abandonado, o nexos de causalidade entre o ato cometido e os danos advindos, bem como a culpa do genitor ausente. Quando não existir os pressupostos necessários para fins de caracterizar a responsabilidade civil pelo dano moral, não haverá a possibilidade de acolhimento por parte do Poder Judiciário o pedido da ação de indenização ingressada pelo filho.

Pensando nisso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça completou pela possibilidade de indenização por abandono afetivo, contudo alegou que o reconhecimento do dano moral nestes casos é uma situação excepcionalíssima, por isso se faz necessário prudência na análise de conflitos dessa natureza, para se evitar que o Poder Judiciário se transforme numa indústria indenizatória.

A indenização, quando configurado o dano moral, advinda de abandono afetivo parental, não visa o total esquecimento do ato para o filho que foi abandonado, mas sim uma forma que amenizar a dor e sofrimento vivenciado por este e uma punição, mesmo que monetária, para aquele que transgrediu direitos conferidos aos filhos, atribuídos à entidade familiar, levando em consideração, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Temas atuais de Direito de Família: Atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. **Código Civil de 1916 e legislação em vigor:** organização, seleção e notas por Theotonio Negrão, com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. **Código Civil de 2002 e legislação em vigor:** organização, seleção e notas por Theotonio Negrão, com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. **Constituição (1988):** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990:** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.
- BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões. volume 5 / 5.** ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- COSTA, Maria Isabel Pereira. **A responsabilidade Civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos.** Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 56, nº 368, Porto Alegre: Notadez, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 7, p. 42.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - vl. 5 - Direito de Família.** 27. ed. São Paulo - Saraiva, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática.** in Revista de Direito das Famílias e Sucessões. v. 23 Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007 Bimestral, 2007.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14 ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 32.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** vol. V. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 06: Direito de Família.** 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves.** — 11. ed. — São Paulo : Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho.** – 4. ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, Elementos e Limites ao Dever de Indenizar por Abandono Afetivo.** In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias / Paulo Lôbo.** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Direito civil).

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** - 51 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Vol. 7: Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 5: Direito de Família.** 5. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2011

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável:** Disponível em: <http://www.iunib.com/revistajuridica>. Acesso em: 29 de fevereiro 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil.** 5ª.ed. – São Paulo: Atlas, 2005

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010. P. 839.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Abandono Afetivo: Ministros recomendam cautela no julgamento. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Abandono-afetivo:-Ministros-recomendam-cautela-no-julgamento>. Acesso em: 28 de março de 2016.

_____. 2ª Vara da Comarca de Capão de Canoa, RS. Processo nº 1.030.012.032-0, Juiz Mario Romano.

_____. Tribunal de Justiça da Paraíba. 4º Câmara Cível. Acórdão/Decisão do Processo nº 00288066720138150011, Relator: Des Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, julgado em 18 de jan. de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7º Câmara Cível, Comarca de São Leopoldo, Apelação Cível nº 70016276735, Relatora: Maria Berenice Dias, julgado em 18 de out. de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível 7685249 PR. Oitava Câmara Cível. Relator: Jorge de Oliveira Vargas. Data do Julgamento: 26 de jan. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Cível 015096006794. Segunda Câmara Cível. Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Data do Julgamento: 21 de set. de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília-DF. Data do Julgamento: 08 de mar. de 2012. Data de Publicação: 09 de mar. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70064744196 RS. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Oitava Câmara Cível. Data de Julgamento: 16 de jul. de 2015. Data de Publicação: 22 de jul. de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 20090110466999 DF. Relator: Getulio de Moraes Oliveira. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 9199720772009826 SP 9199720-77.2009.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. Data do Julgamento: 16 de fev. de 2012. Data de Publicação: 24 de mar. de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 514350 SP 2003/0020955-3. Relatora Min. Aldir Passarinho Junior. Data de Julgamento: 28/04/2009. Quarta Turma. Brasília-DF. Data de Julgamento: 25 de mai. de 2009. Data de Publicação: 25 de mai. de 2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.493.125 - SP 2014/0131352-4. Relatora Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 28/04/2009. Terceira Turma. Brasília-DF. Data de Julgamento: 23 de fev. de 2016. Data de Publicação: 01 de mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 20120510075984. Relator: Getulio de Moraes Oliveira. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70056484413. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data do Julgamento: 23 de out. de 2013.

_____. PROJETO DE LEI DO SENADO nº 700, de 2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>> Acessado em 28 de março de 2016.