



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES
INTERNACIONAIS NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

ABANDONO AFETIVO

AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER.

ORIENTANDA – ANA CAROLINA CARDOSO DO PRADO

ORIENTADOR – PROF. MS. MARISVALDO CORTEZ

AMADO

GOIÂNIA
2021

ANA CAROLINA CARDOSO DO PRADO

ABANDONO AFETIVO

AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER.

Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Professor Orientador - MS. Marisvaldo Cortez Amado

GOIÂNIA
2021

ANA CAROLINA CARDOSO DO PRADO

ABANDONO AFETIVO

AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER.

Data da Defesa: _____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. MS. Marisvaldo Cortez Amado

nota:

Examinador Convidado:

nota:

Este trabalho é dedicado às pessoas que em minha vida tem grande significado, importância e participação. Que me deram tudo que é discutido neste texto, amor, afeto e família.

Dedico a minha mãe Sandra Cardoso da Silva Prado, meu pai Gilberto Borges do Prado, meus irmãos Victor Hugo Cardoso do Prado e Gilberto Borges do Prado Junior, meu marido Juliano Augusto de Castro e ao meu Filho Gabriel Prado de Castro. Minha base, minha personificação de amor e afeto, que tornaram possível a realização deste sonho, sem eles nada seria possível.

Agradeço a todos os professores que ajudaram a construir meu conhecimento ate aqui, e principalmente, ao meu orientador Marisvaldo Cortez Amado, e também a Professora Fatima de Paula Ferreira, que com suas orientações foram essenciais para o desenvolvimento da minha monografia. Este trabalho é dedicado às pessoas que em minha vida tem grande significado, importância e participação. Que me deram tudo que é discutido neste texto, amor, afeto e família.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – PODER FAMILIAR.	7
1.1 ORIGENS DA FAMÍLIA NA HUMANIDADE.....	7
1.2. CONCEITO	9
1.3 CARACTERÍSTICAS.....	11
1.4. DIREITOS E DEVERES DO PODER FAMILIAR.....	13
1.5. DESTITUIÇÃO OU PERDA DO PODER FAMILIAR.	16
CAPÍTULO II – DO ABANDONO AFETIVO.	18
2.1 DEVER E CUIDADO – CARACTERIZAÇÃO.	20
2.2. EMBASAMENTO LEGAL.....	23
2.3 ABANDONO AFETIVO E SUA NÃO CORRELAÇÃO.....	26
CAPÍTULO III – ABANDONO AFETIVO E DANOS MORAIS	29
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL	29
3.2 POSSIBILIDADE DE CONDENAR OS PAIS AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO.....	30
3.3 INAPLICABILIDADE DA CONDENAÇÃO DOS PAIS AO PAGAMENTO SE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO.....	35
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

RESUMO

O presente estudo trata da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, mais especificamente dos genitores em relação aos filhos menores quando constatado omissão no dever de cuidado, analisando o poder familiar, os princípios que norteiam as relações familiares, pois são a base da fundamentação da família tratando dos deveres e cuidados dos pais para com os filhos, sendo assim, demonstrando o embasamento legal que norteiam esse tema, discorrendo sobre o que consiste o dever de cuidado, bem como a subsunção deste dever à norma, que mesmo implicitamente o prevê em diversos artigos na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressaltando também, a relação do abandono afetivo com a pensão alimentícia, e que a constatação de alienação parental pode ser causa de excludente de ilicitude. Retratando a responsabilização civil do abandono afetivo, com a finalidade retratar a possibilidade de compensação pecuniária aplicada ao direito de família em casos de abandono afetivo, no que diz respeito à omissão no dever de cuidado. Assim, diante de toda a análise feita nesta monografia, conclui-se que a reparação civil origina do descumprimento de uma obrigação com o intuito de compensar o dano sofrido pela vítima e alertar possíveis casos que possam vir acontecer.

Palavras-chaves: Abandono afetivo; Genitores; Família

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, mais especificamente dos genitores em relação aos filhos menores quando constatado omissão no dever de cuidado. O abandono afetivo, apesar de estar presente no ordenamento jurídico desde a Constituição Federal, é um tema relativamente novo, visto que ganhou enfoque jurisprudencial recentemente, e também de muita relevância para o direito de família, disciplina responsável pelos temas do âmbito familiar e suas ramificações envolvendo os membros da família, sejam eles consanguíneos ou adotivos, a qual sofreu, e ainda sofre, significativa transformação ao longo dos anos.

O capítulo 1 analisa o poder familiar, os princípios que norteiam as relações familiares, pois são a base da fundamentação da família. Assim, de maneira relevante para o tema, será abordada a afetividade, a convivência familiar, a solidariedade familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e da maternidade/paternidade responsável.

O Capítulo 2 consiste no abandono afetivo em geral, tratando dos deveres e cuidados dos pais para com os filhos, sendo assim, demonstrando o embasamento legal que norteiam esse tema, discorrendo sobre o que consiste o dever de cuidado, bem como a subsunção deste dever à norma, que mesmo implicitamente o prevê em diversos artigos na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressaltando também, a relação do abandono afetivo com a pensão alimentícia, e que a constatação de alienação parental pode ser causa de exclusão de ilicitude.

E o capítulo 3 retrata a responsabilização civil do abandono afetivo, com a finalidade retratar a possibilidade de compensação pecuniária aplicada ao direito de família em casos de abandono afetivo, no que diz respeito à omissão no dever de cuidado. O propósito deste estudo é demonstrar os aspectos jurídicos do tema, em especial, a situação dos pais que arcam com o pagamento em dia da pensão alimentícia, mas negligenciam o afeto e cuidado aos filhos.

Sendo assim, como método de estudo foi utilizado pesquisas bibliográficas e jurisprudências, como livros, artigos científicos, sites e decisões dos tribunais, a fim de esclarecer conceitos e confirmá-los pela incidência de casos práticos.

CAPÍTULO I - O PODER FAMILIAR

1.1 ORIGENS DA FAMÍLIA NA HUMANIDADE

A origem da família está diretamente ligada à da civilização, uma vez que surgiu como um fenômeno natural, fruto da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável.

Pois bem, deixando de lado a família da antiguidade, em sua forma primitiva, é possível afirmar que a família brasileira tem como base a sistematização formulada pelo direito romano e pelo direito canônico.

A família romana era formada por um conjunto de pessoas e coisas que estavam submetidas a um chefe: o pater famílias. Esta sociedade primitiva era conhecida como a família patriarcal que reunia todos os seus membros em função do culto religioso, para fins políticos e econômicos.

Assim descreve Aurea Pimentel Pereira a estrutura da família romana neste estágio:

Sob a auctoritas do pater famílias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (jus vitae et necis), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia. (PEREIRA, 1991, p.23)

O direito romano teve o mérito de estruturar, por meio de princípios normativos, a família. Isto porque até então a família era formada por meio dos costumes, sem regramentos jurídicos. Assim, a base da família passou a ser o casamento, uma vez que somente haveria família caso houvesse casamento.

Pois bem, com a ascensão do Cristianismo, a Igreja Católica assumiu a função de estabelecer a disciplina do casamento, considerando-o um sacramento. Assim, passou a ser incumbência do Direito Canônico reger o casamento, fonte única do surgimento da família.

Engels (1979, p.48) acredita que, na Família Punaluana, possivelmente, já havia a união por pares, ou seja: homem e mulher, dentro de um mesmo grupo, possuíam, respectivamente, sua esposa e seu marido principal (não necessariamente

podendo-se dizer que o principal era o favorito). Contudo, a proibição do matrimônio entre parentes criou diversos empecilhos ao matrimônio grupal, resultando na Família Sindiásmica.

Nesse tipo familiar, o autor destacou a ocorrência da solidificação da união por pares, fundada nos costumes. Tem-se aqui o homem vivendo com uma mulher, devendo essa ser fiel, enquanto àquele ainda era permitida a infidelidade. Engels salienta também que o vínculo conjugal dessa entidade familiar pode ser facilmente dissolvido por qualquer uma das partes, continuando o filho a pertencer exclusivamente à mãe (1979, p. 49).

A transformação desse modelo familiar se dá, em especial, devido à domesticação dos animais, à criação do gado, à lapidação dos metais, ao manuseio dos tecidos e ao surgimento da agricultura, engendrando no seio social a noção de propriedade familiar, mudando a ordem hereditária: o filho que antes pertencia à gens materna passa a pertencer à gens paterna, recebendo do pai a sua herança. Ocorre, dessa maneira, a supremacia do direito paterno sobre o direito materno, reduzindo o papel da mulher ao de simples reprodutora (ENGELS, 1979, p.57-61).

As modificações supracitadas desencadeiam a formação da Família Monogâmica. Nesse modelo familiar, o homem assume o comando. A função da família é a reprodução, havendo a necessidade do reconhecimento indiscutível da paternidade dos filhos, os quais agora herdam os bens advindos do pai. Não há aqui a possibilidade de desfazimento dos laços conjugais por qualquer das partes, cabendo apenas ao homem rompê-los (ENGELS, 1979, p.66). Conclui o autor a respeito da origem da família monogâmica:

De modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum, já que os casamentos, antes como agora, permaneceram casamentos por conveniência. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originária espontaneamente. (ENGELS, 1979, p.70).

A noção de família patriarcal, hierarquizada, constituída de homem, mulher e filhos entrou em declínio na maioria das civilizações pelo somatório de uma série de fatores, tais como: a revolução industrial, a introdução da mulher no mercado de trabalho, o desenvolvimento econômico, a revolução feminista, a revolução sexual e a divisão sexual do trabalho. A ideia de família unicamente traçada pela sacra mentalização do casamento, aos poucos vai cedendo lugar às relações advindas dos laços afetivos.

1.2 CONCEITO

O termo Poder familiar, disposto nos artigos 1.630 ao 1.638 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tolerou grandes evoluções no decorrer dos anos. Outrora, durante a vigência do Código Civil de 1916, era titulado como Pátrio Poder. Este vocábulo foi criado na Roma Antiga, e estava correlacionado a figura do pater, ou seja, um chefe de família, no qual tinha poderes ilimitados sobre os filhos, e a mãe era totalmente submissa, nada podendo decidir em se tratando da educação dos filhos, assimilando-se, pois, a um direito de propriedade, sobre os filhos e sua esposa.

A Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que promulgou o Código Civil Brasileiro, dispõe em seu artigo 233 que o exercício do pátrio poder era privativo do pai, e que a mãe era apenas uma ajudante e submissa do esposo.

Vejamos tal artigo mencionado, em conjunto com o artigo 240 também do Código Civil de 1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce coma colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.
[...] Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Eram poucas as situações que a mãe podia exercer pátrio poder, como a disposição elencada no artigo 382 e 383 do Código Civil de 1916:

Art. 382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente.
[...] Art. 382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente.

Já nos artigos 379 e 380, parágrafo único ressalta que os filhos enquanto menores eram submetidos ao pátrio poder e o desejo do pai predominava perante a vontade da mãe:

Art. 379. Os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.
Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

É notória a desigualdade quando se tratava da vontade da mãe na criação de seus filhos, sendo que o desejo desta só prevalecia se os filhos não fossem reconhecidos pelo pai ou se tal falecesse.

Com o cristianismo, a imagem do homem, propriamente dito, como chefe de família foi perdendo o valor, e assim, devido ao reconhecimento dos filhos como seres humanos cabidos de dignidade, que passou a reconhecer seus direitos, principalmente o direito de convívio com ambos os pais. Neste tempo procurou-se identificar a igualdade dos cônjuges e estipular como obrigação dos pais, os cuidados com a educação dos filhos, nos termos em geral. Assim, com tais mudanças, tornou-se necessário a alteração da expressão “Pátrio Poder” para “Poder Familiar”, sabido que o dever pessoal e patrimonial dos filhos pertencia a ambos os pais, passando a ser um munus público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos.

No Brasil, este conceito mudou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil — CRFB/1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, igualando, portanto, as responsabilidades dos genitores para com seus filhos pondo um fim ao antigo e defasado pátrio poder.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 atribuiu igualdade a ambos os sexos, assegurando-lhes então os direitos e deveres igualitários em se tratando da sociedade conjugal e a relação com seus filhos.

Ao que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21 estabeleceu que “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução de divergência”.

Assim, com as mudanças e vigências de novas legislações o Pátrio Poder foi substituído pelo Poder Familiar, dando poderes a ambos os pais na vida de seus filhos.

Em termos de conceito, de acordo com o autor Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.133), “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Percebe-se que os pais não só têm direitos e deveres com os filhos, como também aos bens destes. Este poder é composto pelo interesse dos filhos e dos pais,

e não só do interesse dos genitores, tendo que pensar sempre na melhor decisão para o filho menor.

Destaca-se também o conceito dado por Casabona (2006):

[...] o poder familiar deve ser compreendido como uma função que é constituída de direito e deveres. Ao direito dos pais corresponde o dever do filho e vice-versa, sempre tendo por finalidade básica a tutela dos interesses deste último. Em suma: são direitos e deveres que se ajustam, combinam-se, adaptam-se, para a satisfação de fins que transcendem a interesses puramente individualistas. (CASABONA,2006, p.47)

A origem do Poder Familiar está na compreensão natural de os filhos carecerem dos cuidados e da proteção dos pais, com plena dependência desde o seu nascimento, só diminuindo essa dependência na proporção do tempo e de seu crescimento, até atingirem a maioridade civil, ou até mesmo através da sua emancipação pelos pais ou pelo juiz.

Deste modo, é de entendimento que é a partir do Poder Familiar que os pais têm o dever de proteger seus filhos e seus bens, mesmo que os genitores não sejam e casados, pois o que conta é relação dos direitos e deveres de pai e mãe paracom o filho.

1.3 CARACTERISTICAS DO PODER FAMILIAR

O poder familiar segundo o Código Civil de 2002, possui um caráter protetivo em que, a par de uns poucos direitos, encontram-se muitos deveres a cargo de seu titular. Pode-se perceber que é de interesse do Estado assegurar a proteção das novas gerações, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. Então o poder familiar nada mais é do que um múnus público, imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.

Ishida (2004) ressalta que:

O pátrio poder apresenta características bem marcantes: a) é um munus público, uma espécie de função correspondente a um cargo privado (poder-dever); b) é irrenunciável: dele os pais não podem abrir mão; c) é inalienável: não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; todavia, os respectivos atributos podem, em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa (ou seja, na adoção e na suspensão do poder dos pais); d) é imprescritível: dele não decai o genitor

pelo simples fato de deixar de exercê-lo; somente poderá o genitor perde-lo nos casos previstos em lei; e) é incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do artigo 36 do Estatuto da Criança e do adolescente.(ISHIDA, 2004, p. 50)

Nesse sentido, pode-se afirmar que o pátrio poder é desenvolvido e organizado para exercer um determinado fim especial, ou seja, corresponde a um exercício de uma função específica e predestinada aos genitores para o desempenho de um encargo totalmente personalíssimo, atentando-se a observância de que são direitos e deveres, e pelo fato de serem deveres, não podem ser renunciados.

Afirma Rodrigues (2002, p. 347) que “o fato de a lei impor deveres aos pais, com fim de proteger os filhos, realça o caráter de múnus público do pátrio poder. E o torna irrenunciável.”

De acordo com a ideia de Carvalho (1995) sobre o instituto do pátrio poder no processo, este diz que:

Seja filho sob pátrio poder, seja órfão, ou seja interdito, toda pessoa que não exercer os atos da vida civil por si mesma é um incapaz, total ou parcialmente. Para tornar efetiva e concreta a proteção a que todos eles fazem jus, a lei consagra procedimentos adequados.(...) A criança e o adolescente que, embora submetidos ao pátrio poder, não tenham seus direitos respeitados, poderão se desvencilhar do mau exercício do múnus paterno através de “provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”, consoante artigo 155 da Lei nº 8.069/90.(Carvalho,1995, p.207)

Ainda com relação às características do poder familiar, Diniz (2003, p. 448) afirma que, constitui um múnus público, sendo uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo, é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele, é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso.

Diniz (2003, p. 448) continua dizendo que, outra característica do poder familiar é a de ser imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei e também a de ser incompatível com a tutela, pois, não pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar.Como

características do poder familiar, Lisboa (2004, p. 269) diz que, este é alienável e, em

princípio intransferível, indisponível e que apesar da irrenunciabilidade do múnus advindo do poder familiar, este torna-se possível de suspensão ou a destituição.

Ishida (2004, p.239) traz as características do poder familiar como sendo; “um múnus público; irrenunciável, não podendo aos pais abrir mão dele; indisponível; inalienável, não podendo ser transferido pelos pais; imprescritível; e é incompatível com a tutela”.

Diz Carvalho (1995, p.180) que o pátrio poder deve ser indelegável, não podendo ser transferido por vontade própria dos pais para outras pessoas.

Ainda no pensamento de Carvalho (1995, p.181), “os pais são responsáveis pela criação dos filhos e essa responsabilidade é indelegável, enquanto estiverem ambos no exercício do pátrio poder.”

Rizzardo (1994) traz que:

O pátrio poder é indispensável para o próprio desempenho ou cumprimento das obrigações que têm os pais de sustento, criação e educação dos filhos. Assim, impossível admitir-se o dever de educar e cuidar do filho, ou de prepará-lo para a vida, se tolhido o exercício de certos atos, o cerceamento da autoridade, da imposição ao estudo, do afastamento de ambientes impróprios. Daí a íntima relação no desempenho das funções derivadas da paternidade com o exercício do pátrio poder. (Rizzardo 1994, p.901)

Então como vale perceber, as características do poder familiar constituem um conjunto muito importante dos pais perante seus filhos.

1.4 DIREITOS E DEVERES DO PODER FAMILIAR

Os direitos e deveres dos pais para com seus filhos é um direito irrenunciável e ao exercer este Poder Familiar eles cumprem um poder-dever, não podendo abrir mão deste e nem transferir esta responsabilidade a outrem.

Este poder-dever é do mesmo modo permanente, na medida em que ele não acaba só pelo fato de não ser exercido, e é apenas extinto nos casos pressupostos em lei. O poder também é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor, se a mãe ou o pai não for extinto ou suspenso do poder familiar.

O Poder Familiar dispõe de uma relação de autoridade, por ter certa subordinação entre pais e filhos, uma vez que é dado aos pais o controle sobre os filhos, devendo os filhos obedecer a seus genitores.

No Código Civil dispõe sobre o exercício do Poder Familiar, em seu artigo 1.634 e incisos, conforme citado abaixo:

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:

I – dirigir-lhes a criação e a educação

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art.

1.584III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

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;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;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Ademais, é essencial aos pais conceder aos seus filhos meios precisos para a sobrevivência e sustentação, para prepará-los para a vida, sendo necessário também, assegurar-lhes os direitos fundamentais que um humano precisa.

Os artigos 1º, 3º, 4º e 15º do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, prevê que é obrigação dos pais proporcionar aos filhos desenvolvimento físico, moral, espiritual, mental, e social, sendo essas, condições de liberdade e dignidade.

Apesar de o Estatuto expor com transparência os direitos e deveres inerentes aos pais, tal norma jurídica não estabelece normas no qual indica como os filhos devem ser criados, muito menos como deve ser a distribuição dos afazeres parentais. Isto depende de cada convivência familiar e do modo em que as decisões familiares devem ser tomadas, uma vez que a vida íntima da família se desenvolve naturalmente, sendo que sua estrutura deve ser voltada pela sensatez.

É propício aos pais o direito à correção do filho como medida de lição do dever educacional, desde que essa punição seja moderada, pois se for uma penalidade exagerada, os genitores poderão perder o Poder Familiar, sendo sujeitados à responsabilidade criminal, com base no art. 1.638, I, CC; e art. 136, CP.

Destarte dispõe Antônio César Lima da Fonseca (2003, p. 287-288) sobre este caso:

O que a lei visa proteger não é a palmada, o castigo físico em si mesmo, veda-se a agressão pura e simples, a agressão gratuita, exagerada, a brutalidade, a estupidez. O castigo é lícito, pelo que o pai pode aplicar ao filho, com o propósito de emendá-lo, mas se for excessivo, caracteriza-se a infração do dever. (FONSECA, 2003, p. 287-288)

O direito de guarda não somente é um direito dos pais, como também é um poder-dever ao se tratar dos filhos, sendo este dever este de guardar e criar. O poder dado aos pais de velar pela guarda dos filhos acarreta tomar decisões que permitem ou proíbem os filhos de fazer ou deixar de fazer algo, com quem pode ou não pode conviver. Isso esclarece o dever de ver quem é mais confiável à guarda dos filhos, visto que a vida moral e material dos filhos está em jogo. É notório esclarecer que se a pessoa a quem os pais confiarem a guarda dos filhos prejudicar a vida dos mesmos, poderá os pais ser punidos por isso a luz do artigo 245 do Código Penal, do mesmo modo que também são responsáveis pela reparação civil objetiva, baseada no artigo 932 do Código Civil.

Os pais são responsáveis civilmente pelas ações dos filhos menores, por estarem sob sua guarda, por conseguinte, dentro deste comprometimento, envolvesse também a responsabilidade da vigilância, tornando efetivo o poder de administrar a formação moral do menor, devendo sempre observar a dignidade e proteção total do interesse do menor.

A guarda é um dever de ambos os pais, mesmo estes sendo separados. A guarda dos filhos é apenas uma característica no exercício do poder familiar. Posto isso, mesmo que a guarda seja destinada à mãe, não haverá ofensa ao poder familiar, uma vez que o direito à guarda é da natureza e não da essência do poder familiar, por isso pode ser confiado a outrem. É importante especificar que o direito a guarda não desobriga ao outro cônjuge do poder familiar, bem como a criação e educação dos filhos.

Além disso, é pertinente aos filhos o dever de obedecer e de respeitar seus pais, como também prestar-lhes serviços compatíveis, quer seja por meio de participação no sustento da família ou na realização de pequenas tarefas remuneradas, desde que respeite as restrições da lei trabalhista ao se tratar de menores não arriscando o desenvolvimento moral, físico, psíquico e educacional deste, ou até mesmo tarefas domésticas.

Enfim, em que se tratam direitos e deveres referentes aos pais, caberá ainda à administração dos bens e usufruto dos filhos, não podendo ser alienados,

hipotecados ou gravar ônus reais nos imóveis dos filhos, nem sequer assumir obrigações que ultrapassem os limites de tal administração, exceto quando a administração dos bens dos filhos estiver em fulcro no artigo 1.693 do CC.

1.5 DESTITUIÇÃO OU PERDA DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar como dito anteriormente, se trata de um dever mútuo dos pais para com seus filhos, sempre para o melhor benefício deste e não só em proveito dos genitores. Todavia, se os genitores não cumprirem com seus deveres, e essa atitude chegar a prejudicar o filho, o Estado tem o direito de interferir, sendo capaz desuspender, e até mesmo excluir o Poder Familiar.

A suspensão e a destituição do Poder Familiar são medidas punitivas empregadas aos pais que não cumprem com os deveres relativos ao Poder Familiar, resumindo esses deveres em dar aos filhos criação adequada e educação e criação, devendo representá-los até que estes completem dezesseis anos de idade e assisti-los até os dezoito, criando-os em sua guarda, e em sua falta, nomear tutor, e também dar ou negar permissão para casarem e reclamá-los de quem o detenha ilegalmente, todos estes deveres estabelecidos no artigo 1.634 do Código Civil de 2002.

A perda ou a destituição do Poder Familiar é uma providência extrema, e ocorre nos casos em que atos gravíssimos transgridam os deveres parentais, incluindo todos os filhos que a família tiver, mesmo que estes atos gravíssimos ocorram apenas com um. Poderá atingir somente um dos pais, e acontecendo isso, os direitos e deveres será passado unicamente para o outro, e se este não ter condições de contrair essa responsabilidade, o juiz nomeará um tutor ao menor.

Na maioria dos casos a perda do Poder Familiar é definitivo, em concordância com o art. 1.635, V, do Código Civil. Porém, há uma exceção de ser reestabelecido o Poder Familiar, desde que comprove a mudança genitor ou se sumida a razão que gerou a perda.

No entanto, o artigo 1.638 do Código Civil salienta que o pai ou mãe será destituído do poder familiar, por ato judicial se:

- Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
- I – castigar imoderadamente o filho;
 - II – deixar o filho em abandono;

- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 - IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
 - V — entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
- Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
- I — praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;
 - II — praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

De acordo com os artigos mencionados, em se tratando do primeiro inciso não há dúvidas, sendo este bem explicado. No segundo inciso, “deixar o filho em abandono”, não se trata de deixar o filho sem assistência material como a maioria pensa, como ficar abandonado nas ruas ou coisa do tipo, mas sim o desprezo intencional por sua criação, moralidade e educação. Sobre o inciso III, “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”, significa que é necessário evitar práticas que possam contaminar a formação moral dos filhos. As palavras de Venosa (2007, p. 301-302) explica que:

Os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinquência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição etc., são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz. Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos. (Venosa (2007, p. 301-302)

A maior parte da doutrina menciona a destituição do Poder Familiar como uma penalidade aos pais e também objetivando o melhor interesse do menor. Sendo assim, a destituição do poder familiar é uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei.

Já o autor Antônio Cezar Lima da Fonseca (2000, p. 261-279) ainda sobre esse tema, começa seu ponto de vista sobre a destituição sustentando a ideia de que a destituição do Poder familiar somente pode ser empregada tendo como objetivo o melhor interesse da criança e do adolescente, visto que o que se vê no dia a dia é uma distorção da finalidade de tal ação, a qual às vezes no curso do procedimento acaba se afastando o melhor interesse do menor para se resolver as intrigas que surgem no desenvolver do processo, o que não é viável.

CAPÍTULO II - ABANDONO AFETIVO

Este capítulo tratará do abandono afetivo em si, demonstrando os aspectos que o envolvem, como a caracterização do tema, ensejando na possibilidade de re- paração cível por dano moral em decorrência do abandono afetivo, de acordo com o posicionamento favorável da jurisprudência brasileira.

Vale ressaltar que este é um tema um tanto quanto novo para o direito, levando em conta que o primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça que ensejou a discussão a respeito disso foi o Recurso Especial nº 757.411/ MG de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 2005, o qual entendia pela impossibilidade da reparação pecuniária face ao abandono afetivo, por não compreender o afeto em seu sentido jurídico e não concordar com a reparação cível como meio punitivo dessa vertente. Assim, a maioria dos ministros entendeu pela inexistência do ato ilícito, em prol da “não monetarização do amor ”, afastando a possibilidade de reparação nos moldes do artigo 159 do Código Civil de 1916:

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

1. 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.**
2. Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)

Em 28 de abril de 2009 o entendimento acima foi confirmado pelo Ministro relator Aldir Passarinho Júnior, o qual ao se deparar com um recurso especial, afirmou que seu entendimento se combinara com o voto do Ministro Fernando Gonçalves, e assim o recurso não foi conhecido por aquela Turma.

Contudo, essa posição jurisprudencial se tornou inconsistente pelo julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP em 2012, quando a Terceira Turma entendeu pela possibilidade de indenização face ao abandono afetivo. Neste argumento a relatora entendeu que abandono afetivo é um problema real, expresso no ordenamento jurídico e diz respeito à obrigação de cuidado e não ao sentimento em si. E por isso, e por não contemplar imposição legal

para não aplicação de responsabilidade civil no direito de família, é passível de compensação pecuniária.

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

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

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227da 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 provido¹¹⁶. (grifo nosso)

Uma outra decisão recente concordando com a jurisprudência favorável do Superior Tribunal de Justiça, foi o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, julgado em 2014, de Relatoria do Getúlio de Moraes Oliveira, o qual exarou posicionamento com a possibilidade de condenação por dano moral devido ao abandono afetivo, por entender este instituto como ato ilícito.

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. MENOR. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO GENITOR. DANO MORAL. CONFIGURADO. VALOR. MAJORAÇÃO.

1. A responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexó de causalidade.

2. Por abandono afetivo entende-se a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.

3. In casu, o relatório psicológico, bem como a conduta do Réu demonstrada nos autos, apontam para um comprometimento no comportamento do menor.

4. Tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, bem como a lesividade da conduta ofensiva do Réu, tem-se que o valor fixado na r. sentença atende

aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da compensação pelo dano moral, notadamente o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade.

5. Recurso improvido.

Sendo assim, com base na precursora decisão da Ministra Nancy Andrighi que repercutiu para a sociedade uma matéria clara do ordenamento jurídico, abrindo espaço ao posicionamento positivo quanto ao cabimento do dano moral em decorrência do abandono afetivo dos pais ou de um deles, e com o respaldo nas demais pesquisas realizadas, passa-se agora para a sintetização do que é o dever de cuidado e como o abandono afetivo se caracteriza.

2.1 DEVER DE CUIDADO E CARACTERIZAÇÃO

A evolução no conceito de família, propiciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fez com que o afeto se tornasse o indispensável das relações familiares, e então o princípio da afetividade judicariaizou o afeto ao reconhecer sua importância no desenvolvimento dos membros da família, e assim introduziu o dever de cuidado na ordem jurídica. Isso porque esse princípio preza, de forma responsável, pela convivência familiar, a qual por sua vez deve ser regada de solidariedade e deve priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente através das funções parentais.

Percebe-se que o abandono afetivo se estrutura com base dos princípios, pois foram estes que impulsionaram a nova estrutura da família pautada no poder familiar, o qual representa um conjunto de direitos e deveres dos pais para com os filhos, e dentre estes, a obrigação de cuidado.

Nesse sentido, Nancy Andrighi especifica o cuidado e sua importância ao esclarecer:

[...] entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

Dessa forma, o cuidado assumiu valor jurídico na medida em que passou a significar as obrigações dos pais quanto a sua prole, no que diz respeito à criação, educação, convivência e assistência, tanto pela adoção quanto pela concepção, que vão além das necessidades vitais, mas concorrem igualmente para a sua formação. Isso se dá, porque além do básico como alimentação, moradia e saúde, existem outros elementos imateriais que devem ser prestados pelos pais para construir a personalidade do infante.

A obrigação de cuidado surge quando os pais, exercendo sua liberdade, resolvem procriar ou adotar um filho, pois a partir do momento que a pessoa resolve ter um filho ela se responsabiliza pela sua criação. Assim, ainda que o pai ou a mãe não desenvolva sentimento em relação ao filho, subsistirá como consequência o dever de cuidado, posto que “emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole”.

Vale ressaltar, que o poder familiar deve ser exercido por ambos os genitores independentemente da situação conjugal em que se encontram, assim, mesmo que se trate de pais divorciados, a convivência deve ser mantida, e aquele que não detém a guarda deve sempre se fazer presente perante o filho, como por meio da regulamentação de visitas. A maioria das situações de abandono decorre de pais que não conseguem separar a conjugabilidade da parentalidade — deve ficar claro que a separação é da esposa/do marido e não do filho.

Em decorrência do exposto, constata-se que a conduta caracterizadora do abandono afetivo é voluntária e diz respeito à omissão de cuidado, a qual perfaz ato ilícito na medida em que esse dever se tornou imprescindível ao sadio desenvolvimento do infante:

[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Com a observação da conduta, nota-se a exclusão do afeto como mensuração do amor e a sua objetivação como cuidado, que pode ser analisado através do convívio – presença e contatos –, da educação, do favorecimento de algum filho em detrimento do abandonado etc.:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos - quando existirem -, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

No entanto, para que seja possível a reparação é necessária que o instituto seja analisado pelos pressupostos da responsabilidade civil, que além da conduta,

neste caso culposa, por se tratar de responsabilidade civil subjetiva, deve identificar também onexo causal e o dano.

Onexo causal é a verificação do dano como resultado da não prestação do dever de cuidado. Ou seja, trata-se claramente do nexo entre a conduta e o dano, que por sua vez retrata aos problemas nocivos de cunho psicológico, moral e comportamental causado no filho.

Vale frisar que a conduta ensejadora do dano não é um simples abandono, mas sim o abandono de uma vida inteira, é o desprezo, a rejeição, é a vontade deliberada de não reconhecer aquela criança como filho.

No que diz respeito ao dano moral em casos de abandono afetivo, as doutrinas e jurisprudências não consolidaram o entendimento se este é presumido ou deve ser comprovado. O dano *in re ipsa* é aquele em que demonstrado o fato (de grande dimensão), decorre o dano automaticamente, defendido por aqueles que acreditam que a ausência de um pai (ou mãe) obviamente acarretará danos, pois mesmo que a pessoa adulta construa (ou reconstrua) sua vida, trata-se de um sentimento jamais esquecido. Já os que defendem a comprovação do dano sofrido alegam que estamos falando de seres humanos e cada um reage de uma forma diferente diante as dificuldades e adversidades da vida e por isso a necessidade de laudos psicológicos ou médicos e declarações escolares.

Fato é que considerando que a formação da identidade do ser humano depende essencialmente da influência familiar, e que os pais são os protagonistas dessa formação, é importante que tenha um ônus quando o vínculo afetivo paternal ou materno é rompido ou até mesmo não é estabelecido causando consequências negativas para o desenvolvimento e/ou para o futuro da criança, qual seja, a reparação por dano moral.

Logo, abandono afetivo consiste no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, é o ato ilícito da omissão de cuidado dos pais ou de um deles em relação aos filhos, tanto adotivos quanto biológicos, seja na infância e/ou na adolescência. Isso é, o abandono afetivo se caracteriza quando o genitor (geralmente) não assume seu dever de cuidado com sua prole, causando-lhe dano em virtude desta omissão.

E esse descumprimento tem natureza objetiva e não subjetiva, justamente por não se referir a questões sentimentais. Nesse sentido pauta a Ministra Nancy Andrighi que “a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação

entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto — casos de adoção —, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas”.

Isso é, não obstante a relação familiar ser pautada em questões subjetivas e as consequências do abandono afetivo também, o dever de cuidado é objetivo visto que está previsto em lei.

2.2 EMBASAMENTO LEGAL

Pelo exposto no tópico anterior, torna-se claro que a discussão não é sobre o sentimento em si, sendo que amar não é um direito e por isso o desamor não é ato ilícito e não gera reparação. Mas sim sobre omissão do dever legal de cuidar, proveniente do poder familiar, que é imposto dos pais para os filhos.

Esse dever é legal porque encontra base legislativa na Constituição Federal (CF), em seus artigos 227, caput e 229, como também no Código Civil (CC) no artigo 1634, inciso I e do mesmo modo no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seus artigos 3, 4, 19 e 22 principalmente. Dispositivos esses que estão correlacionados ao passo que se complementam e se reafirmam com o mesmo intuito, qual seja, demonstrar que o dever de cuidado está implicitamente incurso no ordenamento jurídico.

Visto que a constitucionalização da família vem desde a Constituição Federal de 1934, a qual criou um título exclusivo para família, educação e cultura, e já sustentava em seu artigo 144 a ideia de que a família está sob a proteção especial do Estado e determinava no artigo 149 que a educação é um direito de todos, devendo ser ministrada pela família e pelos poderes públicos.

E então foram reforçadas na Constituição Federal de 1988, que logo no primeiro artigo do Capítulo VII — Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, determinou a especial proteção da família pelo Estado por ser a base da sociedade, afinal é a principal formadora de indivíduos. E inclusive ressaltou no parágrafo 7º a importância do planejamento familiar, o qual deve se basear nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, até porque a irresponsabilidade na observação destes possui mais chances de acarretar abandonos.

Dessa forma, afim complementar o dispositivo 226 (parágrafo anterior), a CF estabeleceu direitos que visam resguardar a criação e formação do infante. E nesse sentido afirma a Ministra Nancy Andrighi “negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor eadolescente [...]”.

Assim, o artigo 227 da Constituição Federal descreve que é obrigação tanto dos pais, quanto da sociedade e do Estado assegurar ao menor seus direitos, como também zelar contra qualquer forma de negligência:

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. (grifo nosso)

Com a exposição desses direitos nota-se que além do expresso princípio da convivência familiar, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também está implicitamente presente, na medida em que privilegiam e protegem o direito do menor. Assim esse dispositivo elenca o cuidado como valor jurídico. Isso porque garante que o cuidado envolve assegurar ao menor o emocional saudável, criação, educação, companhia, enfim, deveres essenciais que a pessoa em formação deve receber.

Desta forma, assim como a falta de cuidados dos pais afeta este artigo, a ausência de previsão para tal conduta também afetaria, visto que não salvaria os filhos da negligência daqueles. E então, como existe norma especificando esses deveres, é razoável que o descumprimento destas obrigações ocasione punições.

Já o artigo 229 da Constituição Federal, além de enfatizar e sintetizar o dever de cuidado dos pais que consiste em assistir, criar e educar os filhos ainda menores, prevê também o abandono afetivo inverso (dos filhos para com os pais), quando, ao atingir a maioridade, aqueles não prestam a devida assistência a estes na velhice, carência ou enfermidade. Ou seja, o ponto principal deste artigo é a reciprocidade, pois se refere ao conjunto de direitos e obrigações dos pais com os filhos menores, mas também dos filhos, quando maiores, para com os seus pais: “Art. 229.

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”. (grifo nosso)

Em relação ao Código Civil, o artigo 1634 deixa claro que, independentemente da situação conjugal dos pais, eles devem exercer seu poder familiar, que é justamente o conjunto de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho menor, não emancipado, atribuído aos pais para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe. Assim, dentre as competências deste instituto, tem-se o inciso I que está intimamente ligado ao tema em questão, pois relaciona o exercício do poder familiar ao dever de criar e educar o filho, o que se configura dentro do cuidado mencionado no primeiro parágrafo:

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:**

I - **dirigir-lhes a criação e a educação**¹³⁹. (grifo nosso)

E finalmente, porém não menos importante, tem-se o ECA, estatuto criado excepcionalmente para a defesa integral dos direitos e deveres, ou seja, proteção de forma geral, da criança e do adolescente.

O artigo 3º do presente estatuto diz que os direitos fundamentais garantidos às crianças e aos adolescentes são o que possibilitam o seu desenvolvimento, o que nos remete ao óbvio — a ausência de assistência dos pais acarreta danos que comprometem a formação dos filhos.

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

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem¹⁴⁰. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, o artigo 4º do ECA dispõe sobre o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar a efetivação dos direitos dos menores. Esse artigo reafirma o artigo 227 da Constituição Federal, como posto acima, pois invoca a consonância do dever da família e também da sociedade e do Estado em assegurar com prioridade os direitos da criança e do adolescente.

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. (grifo nosso)

Por fim, o artigo 22 da lei 8.069/90 demonstra quase que explicitamente o instituto em questão, dentre inúmeros outros artigos desse estatuto que, mesmo implicitamente, elencam os deveres e direitos dos pais e dos filhos: “Art. 22. **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”. (grifo nosso)

Este dispositivo aduz o dever exclusivo dos pais, isso porque em que pese o dever do Estado citado em outros artigos, é importante e conveniente reafirmar que a partir do momento em que um criança nasce ou é adotada, nasce também nos seios dos pais obrigações que irão compor a vida desses menores quando se tornarem maiores e capazes, e por isso, a responsabilidade é em primeiro lugar dos pais, cabendo ao Estado dispor dos meios que facilitem o exercício desses deveres, ou ainda, assegurem proteção à criança quando estes não são cumpridos.

Ao discorrer sobre os artigos destacados observa-se a ênfase, mesmo que implícita, aos deveres dos pais, bem como o direito dos filhos em receberem os cuidados necessários para seu desenvolvimento. Cuidado este que, diferente do afeto, está previsto no ordenamento jurídico e vai além da questão material, como foi possível analisar.

Portanto, caso os pais se furtem dessa obrigação e fique comprovado que a ausência disso causou algum dano, ou seja, se houver o nexo causal entre o dano e a negligência dos pais, fica caracterizado o abandono afetivo e surge a possibilidade de responsabilidade civil pelo prejuízo provocado, uma vez que o cuidado é responsabilidade civil independente do afeto, apesar de muitas vezes o cuidado ser a base originária do afeto.

2.3 ABANDONO AFETIVO E SUA (NÃO) CORRELAÇÃO

Para esclarecer, é importante citar que o abandono afetivo possui relação de independência com a pensão alimentícia, e que a constatação de alienação parental pode ser causa de excludente de ilicitude.

Como foi constatado anteriormente, o abandono afetivo não trata de questões sentimentais, porém nem tampouco está ligado a questões meramente financeiras, e por isso o simples pagamento de pensão alimentícia não é fundamento para descaracterizar o abandono afetivo.

Diversos pais acham que o fato de pagar pensão alimentícia já é o suficiente para suprir as necessidades da criança e/ou do adolescente, e assim já cumprem com o seu dever de cuidado. Mas isso não é verdade, pois a pensão cumpre apenas com as obrigações do ponto de vista material (alimentação, escola, saúde, lazer), conquanto a questão da atenção e da criação se dá pela convivência, muitas vezes dada pela regulamentação de visitas, que deve ser seguida a risca.

Isso é, durante o processo de desenvolvimento do menor, além do apoio material para questões essenciais, é fundamental também a participação e orientação dos pais. E o abandono afetivo é independente da pensão alimentícia na medida em que se vincula apenas a falta dos elementos que caracterizam o dever de cuidado, ocasionando bloqueios ou transtornos psicológicos no infante que pode afetá-los desse logo na infância ou sobressair só na fase adulta.

Sendo assim, pagar pensão não exclui o dever de convívio com aquela criança, até porque muitas vezes a criança nem sabe que está recebendo este dinheiro, sendo que ele está destinado a quitação de suas despesas. Assim, um pai que paga pensão pode deixar o filho em abandono afetivo, como também aquele que não possui condições financeiras para tal, pode ser extremamente presente afastando qualquer possibilidade deste abandono.

Dessa forma, a pensão alimentícia está relacionada ao valor pago para suprir questões primárias de ordem material, a reparação por abandono afetivo retrata o valor pago por não prestar o objetivo dever de cuidado, trata de uma compensação e não ajuda de custo.

Quanto à alienação parental, importante esclarecer que, esse instituto infere-se quando um dos genitores impede o filho construa vínculos com o outro, de modo a impossibilitar o filho de viver seu direito de convivência:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

[...]

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar [...]

E justamente por isso pode ser aduzida como excludente de ilicitude quando o genitor processado por abandono afetivo demonstrar que não conseguiu manter contato ou ter o filho em sua companhia por conta do (a) alienador (a). E nesse sentido a Ministra Nancy Andrichi menciona que “não caracteriza vulneração do dever de cuidado a impossibilidade prática de sua prestação”.

Isso é, se ficar comprovado caso de alienação parental não haverá responsabilidade civil, visto que não estará presente o ilícito, pelo contrário restará comprovado que o genitor (a) foi impedido de fazer parte da vida do filho, mesmo querendo. E isso se difere do abandono afetivo, que, como foi visto, retrata a escolha deliberada do genitor em não acompanhar o filho, que se omite/negligência o dever de cuidado, prejudicando seu sadio desenvolvimento.

CAPÍTULO III - ABANDONO AFETIVO E DANOS MORAIS

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Uma das principais consequências da Responsabilidade Civil é reparar o dano, realizar a contraprestação e exprimir a ideia de restauração de equilíbrio. Sendo diversa as espécies de responsabilidade civil, uma vez que devem se relacionar com todos os ramos do Direito. Para Fabio Ulhoa Coelho:

A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Classifica-se como obrigação não negocial, porque sua constituição não deriva de negócio jurídico, isto é, de manifestação de vontade das partes (contrato) ou de uma delas (ato unilateral). Origina-se, ao contrário, de ato ilícito ou de fato jurídico. O motorista que desobedece às regras de trânsito e dá ensejo a acidente torna-se devedor da indenização pelos prejuízos causados: o ato ilícito (desobediência às regras de trânsito) gera sua responsabilidade civil. A seu turno, o empresário que fornece ao mercado produto ou serviço defeituoso deve indenizar os prejuízos derivados de acidente de consumo: o fato jurídico (explorar atividade econômica de fornecimento de produtos ou serviços) origina, aqui, a responsabilidade civil. (COELHO, 2012, p. 511)

A diferença entre obrigação e responsabilidade é que na obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, e a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Sílvio de Salvo Venosa aborda a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio, patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral. O que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há por que responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido. (VENOSA, 2013, p.22)

Nesse viés, de acordo com o artigo 186 do Código 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.”, devendo então repará-lo.

Para a configuração da responsabilidade civil é necessário que estejam presentes todos os seus elementos, assim, quando um fato causa um dano, este dano deve ser necessariamente reparado. Sendo então, a ação, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, em alguns momentos desnecessária.

3.2 POSSIBILIDADE DE CONDENAR OS PAIS AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

A possibilidade de condenar os pais por dano moral decorrente de abandono afetivo é polêmico, há os que defendem essa possibilidade. Os que defendem a tese de que é possível responsabilizar os pais por abandonar afetivamente seus filhos, acreditam numa paternidade e maternidade responsável, e uma vez sendo negado o afeto, gera diversas consequências psicológicas aos filhos, caracterizando um ato contrário ao ordenamento jurídico, sendo cabível a sanção no campo da responsabilidade civil.

Sendo assim, aqueles que defendem que deve responsabilizar os pais pelo abandono afetivo, entendem de que seria possível a indenização por abandono afetivo, uma vez que os pais que praticaram a conduta de abandonar afetivamente seu filho, estaria violando o artigo 227 da Constituição Federal de 1998, assim como os artigos 3º, 4º, 5º, 7º e 22º do ECA.

Cabe ressaltar que a criança é um ser incapaz de proteger-se de forma adequada, portanto, necessitam da figura de um pai ou de uma mãe presente, portanto, cabe aos pais seja biológico ou socioafetivo, dar total amparo aos seus filhos.

É com base nessa idéia de que parte da doutrina e jurisprudência afirmam que os pais cometem um ilícito civil no momento em que deixam de garantir todos os

direitos elencados nos referidos artigos, podendo gerar um abalo psicológico na criança que não teve o convívio familiar.

Para que uma criança e um adolescente se desenvolvam de forma correta, é necessária a presença de uma família estruturada, abarcada pelo afeto uns com os outros. Sabe-se que promover a educação é dever do Estado, mas é um dever, principalmente, da família, é ela a base para construção do caráter do indivíduo.

Neste sentido, o abandono afetivo ao ser concretizado, seria um ato ilícito, gerando assim consequências muitas vezes irreversíveis às crianças e adolescentes, pois estes se tornam indivíduos melindrosos, receosos e em muitos casos revoltados com essa situação.

A doutrina que afirma a possibilidade de indenização por abandono afetivo assevera que o dano moral se configurara pelo fato de um pai ou uma mãe abandonar o filho, privando-o de afeto, à vivência doméstica. Nesse tipo de situação não se trata de ausência de recursos financeiros, isto porque, a obrigação de pagar alimentos já é assegurada por lei.

Nesse sentido os autores Pamplona e Gagliano asseveram que (2012,p.747):

“Uma importante ponderação deve ser feita. Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo de sua vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.”

Ainda nesse sentido, como bem elucida Giselda Maria Fernandes Hirónaka:

“Tem me sensibilizado, igualmente, nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade, este viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”

É notório que hoje a família está pautada nesses preceitos básicos citados pelo professor, demonstrando novamente, que ao analisar o contexto do abandono afetivo, quer se discutir os direitos violados das crianças e adolescentes, as consequências dessa conduta lesiva e, acima de tudo, tentar reparar o dano causado.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná é possível encontrar decisões amparadas na possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo:

“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 DESTES TRIBUNAL. V VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$5.000,00. VI – RECURSO PROVIDO. (TJPR – 8ª C. Cível – AC 768524-9 – Foz do Iguaçu – Rel.: Jorge de Oliveira Vargas – Unânime – J. 26.01.2012). RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. “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. 2. Recurso especial conhecido e provido. Por sua vez, outra corrente defende que não existe obrigação legal de companhia e afeto”. (STJ Resp nº 757411/MG Rel. Ministro Fernando Gonçalves Quarta Turma DJ 27.3.2006) APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (TJPR – 10ª C. Cível – AC 639544-4 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Nilson Mizuta – Unânime – J. 04.03.2010).”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem reconhecido a possibilidade de reparação de danos por abandono afetivo, ressaltando que ela exige uma interpretação restritiva e uma avaliação criteriosa de cada caso:

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO NÃO DEMONSTRADO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem reconhecido, de pronto, o filho. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041619511, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 02/04/2012). APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um

vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. RECURSO DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70045481207, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012)."

Nas palavras de Pamplona e Gagliano (2012, p.747) defendem a possibilidade de indenização por abandono afetivo:

“Uma importante ponderação deve ser feita. Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo de sua vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.”

Os autores ressaltam que a indenização tem caráter punitivo e pedagógico e que somente aplicar a perda do poder familiar para o genitor que abandonou afetivamente um filho isso seria muito benéfico, enquanto o filho abandonado não teria nenhum tipo de ressarcimento pela falta de afeto.

Aqueles que defendem a possibilidade de indenização por abandono afetivo afirmam que não se busca a compra do amor, busca-se um reparo ao dano causado, alertando outros pais para que não haja dessa forma danosa com seus filhos.

As obrigações parentais para com seus filhos, como dito exaustivamente, vai além do dinheiro, é dever dos pais dar amor, afeto, educação à seus filhos, sendo estes direitos de todo e qualquer filho, seja ele legítimo ou não.

Com base nas palavras de Roselaine (2008, p. 237) ela afirma que a responsabilidade é uma tarefa que envolve uma constante atuação dos pais em benefício de seus filhos. Entre tantos exemplos, ela cita tais como: negligência nos deveres de assistência moral dos filhos, que significa não acompanhamento do desempenho dos filhos na escola e o não envolvimento com a sua formação moral e intelectual.

De fato, a problemática envolvendo o abandono afetivo é bastante polêmica, ainda mais no que diz respeito ao papel do Poder Judiciário, pois aqueles que são contra a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, afirmam que o Estado estaria interferindo nas relações familiares além do permitido.

Ocorre que o Poder Judiciário deve garantir efetivamente os direitos e deveres que envolvem as relações familiares, para impedir que ações de pais que abandonam seus filhos voluntariamente, lhes causando muitas vezes danos irreparáveis à sua personalidade.

Ressalta-se que para a formação da sociedade seja mais harmônica e saudável se faz com a criação e educação de sujeitos amparados na base primordial de uma sociedade, qual seja, a família.

Dessa forma, é interesse do Estado em garantir que a entidade familiar nasça, cresça e se forme com base em ensinamentos saudáveis, observando a dignidade humana de todos os envolvidos no núcleo familiar.

A autora Roselaine Sarmiento aborda questionamentos importantíssimos sobre o assunto (2088, p. 241):

“As relações familiares devem ser entendidas e vistas como possibilidades de crescimento do ser humano. E o desenvolvimento emocional dos filhos é dever constitucional dos pais, a ausência de afeto, que resulta quase sempre no abandono moral, enseja ação de responsabilidade civil e reparação de danos morais. Os pais devem ter a exata consciência de seu papel como provedores e educadores dos cidadãos do futuro, além de terem ciência de que os atos danosos por eles praticados poderão gerar sérios prejuízos aos seus filhos.”

Não se pode admitir que pais, simplesmente, não amparem moralmente seus filhos, estes necessitam mais do que qualquer outro membro familiar, de apoio, de amparo, de atenção, pois são hipossuficientes no âmbito familiar. Negar-lhes afeto, amparo e proteção é uma afronta aos seus direitos básicos e essenciais.

Ademais, a decisão prolatada no dia 24/042012, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, um pai foi condenado a indenizar a filha por tê-la abandonado no valor de R\$ 200.000. Entretanto, a decisão não foi unânime.

O min. O Min. Paulo de Tarso Sanseverino, a sua vez, “pontuou que o reconhecimento do dano moral em matéria de Direito de Família deve ser excepcional, tendo em vista que as frustrações no âmbito familiar são próprias da vida e contribuem para o crescimento pessoal do indivíduo.”

Desse modo, o ministro defendeu o entendimento de que apenas o abandono total e flagrante do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

No mesmo recurso o ministro, o Min. Massami Uyeda, divergiu do voto da relatora, justificou que “a posição adotada pela Min. Nancy Andrichi representaria uma potencialização, pelo Judiciário, das mágoas íntimas decorrentes do convívio familiar”. Afirmando que “a tese pioneira adotada pela relatora repercutirá no país como parâmetro de unificação jurisprudencial, causando instabilidade dentro da instituição familiar”.

Quando se trata do Direito de Família, sabe-se que serão abordadas questões muitas vezes difíceis de questionar ou analisar, uma vez que estão envolvidos sentimentos, emoções, ou seja, questões pessoais. Dessa forma, o abandono afetivo vem sendo discutido por juristas, doutrinadores, acadêmicos de direito, justamente, por ser um tema que vem tendo grande repercussão no mundo jurídico e no meio social.

3.3 INAPLICABILIDADE DA CONDENAÇÃO DOS PAIS AO PAGAMENTO SE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

A possibilidade de responsabilizar os pais por abandono afetivo é polêmica e, dessa forma, gera opiniões divergentes no meio jurídico. Há defensores de duas correntes, os que afirmam que existe a possibilidade de indenizar os pais por abandono afetivo e, contrapondo, existem os não defensores dessa possibilidade de indenização.

O direito como ciência prevê essas discussões, reflexões sobre as problemáticas as quais a sociedade está inserida, portanto, de outra forma não seria, a problemática do abandono afetivo traz divergências que merecem ser estudadas com cuidado.

Em que pese a evolução das relações familiares, hoje ainda não se prevê juridicamente a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais, dessa forma,

existem doutrinadores e jurisprudências que discordam completamente dessa possibilidade.

Nesse sentido, a jurisprudência não está pacificada quanto a possibilidade de indenização por abandono afetivo, conforme se observa nas jurisprudências abaixo:

“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 amarseu filho. Recurso desprovido.

(Brasil. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9199720772009826 SP 9199720-77.2009.8.26.0000. , 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. São Paulo, SP, data de Julgamento: 16/02/2012, data de Publicação: 24/02/2012).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE VISITA PATERNA COM CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A paternidade pressupõe a manifestação natural e espontânea de afetividade, convivência, proteção, amor e respeito entre pais e filhos, não havendo previsão legal para obrigar o pai visitar o filho ou manter laços de afetividade com o mesmo. Também não há ilicitude na conduta do genitor, mesmo desprovida de amparo moral, que enseje dever de indenizar. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70044341360. Sétima Câmara Cível. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, RS, data de Julgamento: 23/11/2011, data de Publicação: 28/11/2011)”

Observa-se que os argumentos utilizados para não condenar os pais ao pagamento de indenização é de que no ordenamento jurídico não há previsão legal que obrigue um pai a amar seu filho, manter laços de afetividade ou visitá-lo.

Dessa forma, a corrente que é contrária a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo argumenta, justamente, de que o amor não se com- pra, não é possível quantificar esse sentimento que deve ocorrer de forma natural.

Autores como Carlos Roberto Gonçalves, são contrários à possibilidade de indenização por abandono afetivo, afirmando que uma vez aceita essa alegação, estaria ocorrendo uma “monetarização do afeto”, sendo o afeto impossível de ser aferido quantitativamente e que ninguém pode obrigar alguém a amar outrem, já que o amor deve ser sempre natural e espontâneo.

Alegando, ainda, que o Judiciário não poderia intervir dessa forma nas relações entre pais e filhos, e que nada se ganharia com uma possível indenização, a não ser afastar ainda mais uma relação já desgastada.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao analisar questão, vem se posicionando no sentido de que o abalo moral causado por abandono afetivo dos pais não é motivo de gerar responsabilidade civil, pois não configura ato ilícito passível de reparação:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MORAL E MATERIAL – REVELIA – EFEITOS – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE – COMPENSAÇÃO REQUERIDA PELO FILHO AO PAI – MANIFESTAÇÃO DE AMOR E RESPEITO ENTRE PAI E FILHO – SENTIMENTOS IMENSURÁVEIS – AUSÊNCIA DE ILICITUDE -NÃO CABIMENTO. – Revela-se incontestante a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; entendo, no entanto, que a reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento, ou suprir a falta de amor paterno poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida em que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento. (Acórdão nº 1014508475498-8, Relator: Osmando Almeida, 30.01.2012)”

A decisão aduz que a indenização não é capaz de acabar com o sofrimento daquele que foi abandonado afetivamente, e mais, agravaria a situação de uma relação já desgastada por um processo e uma possível indenização não possibilitaria uma aproximação entre pais e filhos, ao contrário isso ficaria ainda mais distante.

Nesse sentido, os professores Cláudia Viegas e Leonardo Poli, segue o raciocínio de que o ato ilícito passível de indenização é aquele em desacordo ao direito e, como não há previsão normativa sobre a responsabilidade dos pais por abandono afetivo, não é possível impor uma indenização por essa conduta, não há possibilidade de responsabilizar os pais por não darem afeto aos seus filhos (Revista Síntese Abr-Maio/2013, p. 82).

Ainda nos ensinamentos dos professores citados, asseveram que:

“Outro aspecto que justifica a não configuração da responsabilidade civil por abandono moral: deduz-se que a conduta de quem não dá afeto ao filho seria omissiva e, considerando que a conduta omissiva configuradora do dano afetivo deve ser culposa, na modalidade negligência, torna-se ademais subjetiva a sua configuração. Ora, a falta de afeto pode em tese ser justificada por inúmeros fatores íntimos e até pela provocação da outra parte que detém a guarda do menor. Mostra-se temerária a atribuição exclusiva a alguém pela falta de amor, e a prova da conduta culposa configura-se de difícil ou impossível verificação.”

Depreende-se que autor levanta outros motivos capazes de justificar o abandono afetivo e, que é a prova da culpa na conduta é de difícil ou impossível reparação. Portanto, mostrando-se ineficaz a indenização em decorrência do abandono afetivo.

Ademais, o posicionamento contrário a possibilidade de indenização por abandono afetivo, parte do pressuposto que o afeto é um valor moral e, portanto, é um sentimento que não pode ser imposto, ninguém pode obrigar outrem a amá-lo. E o Estado por sua vez, estaria intervindo demasiadamente no Direito de Família.

Esta corrente afirma que existem outros meios de se punir um pai ou uma mãe que abandono afetivamente seus filhos, como a perda, destituição do poder familiar.

Como bem assevera Venancio (2012, p. 25) que a penalização dos pais já estaria amparada pelo direito de família, através da sanção denominada suspensão ou mesmo destituição do poder familiar, a qual já teria função punitiva suficiente contra os pais.

Cláudia Viegas e Leonardo Poli afirmam que uma conduta não exteriorizada, que consiste em simples omissão, não pode ensejar ato ilícito passível de indenização civil, por ausência do conteúdo e do alcance normativo dessa conduta (Re- vista Síntese, Abr-Maio/2013, p. 90).

Diante do exposto, estes são os argumentos desta corrente desfavorável a possibilidade de indenização por abandono afetivo pelos pais em relação aos seus filhos.

CONCLUSÃO

Como demonstra o estudo da presente monografia, o abandono afetivo se estrutura com base nos princípios tratados, visto que trata da responsabilidade dos pais sobre o afeto e na convivência familiar, frisando o melhor interesse da criança e do adolescente. E todos esses princípios são decorrentes da dignidade da pessoa humana, o qual, direciona o novo direito de família por ser o embasamento da nova estrutura familiar.

A Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu artigo 227, a proteção integral da criança e do adolescente, salvaguardando seus direitos integralmente, inclusive de toda a forma de negligência, tanto pelo Estado quanto pela família. Corroborando o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê princípios reguladores das relações familiares, em especial o convívio entre pais e filhos, o direito de possuírem desenvolvimento sadio e harmonioso e de serem criados e educados pela sua própria família.

O abandono afetivo consiste na omissão de cuidado, de criação, de educação, de companhia e de assistência moral, psíquica e social que o pai e a mãe devem ao filho quando criança ou adolescente. Com tal abstenção, tem-se a configuração de dano na formação psicológica da prole, fato violador do princípio da dignidade da pessoa humana, passível de compensação por dano moral.

É fato que o valor da compensação trará o tempo perdido, nem mesmo o amor de volta. Por isso a reparação é forma de asseverar que o tribunal não estará julgando o sentimento, mas sim a omissão de um dever que vai além e que é de extrema importância para o desenvolvimento do menor, demonstrando que esse comportamento é reprovável. É um meio para alertar outros pais sobre a seriedade e consequências que este abandono causa, evitando que eles incorram na conduta omissiva e ainda, compensar o filho por todo o dano sofrido durante esse tempo. E por isso, a reparação neste caso é pedagógica.

Assim, com a finalidade de confirmar o cabimento do dano moral em face à negligência dos pais demonstra-se a quebra dos paradigmas encontrados pela jurisprudência contrária e a reafirmação do posicionamento favorável ao tema.

Toda a tese supracitada embasa fortemente a argumentação da necessidade de responsabilizar os pais, sejam estes biológicos ou socioafetivos, pelos danos eventualmente provocados à saúde física e mental da criança, o dever de cuidado e assistência sobre sai sobre a escorregadia afirmativa que o “amor” não é forçado judicialmente.

A reparação do dano afetivo não é uma via de vingança ou uma forma de adquirir o amor de outrem, mas uma forma de responsabilizar quem comete o dano e fazer notar a importância do afeto no desenvolvimento social, psicológico e emocional.

Dessa forma, diante de toda a análise feita nesta monografia, conclui-se que a reparação civil origina do descumprimento de uma obrigação com o intuito de compensar o dano sofrido pela vítima e alertar possíveis casos que possam vir acontecer. Assim, a correlação destes institutos demonstra a possibilidade de reparação pecuniária em face da omissão no dever de cuidado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mai.2021.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIS, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Antônio Cezar Lima. *Da Ação de destituição do pátrio poder*. Revista de informação Legislativa do Senado Federal, v. 37, n.146, p. 261-279, abr./jun. de 2000. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/597>>. Acesso em 25 de maio de 2021.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 31.

SCHREIBER, Anderson (autor). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 3, p. 32-33.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido*. Revista Brasileira de Direito de Família, publicada no ano de 2006. p. 67.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários Jurídicos e Sociais*. 12ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Meditadores, 2013. p. 17-18.

SILVA, Giselle Miranda Ratton. *Responsabilidade Contratual e Extracontratual*. DireitoNet, artigos, 13 de setembro de 2002. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual>>. Acesso em 26 fev. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. TV Atualidades do Direito. *STJ Condena Pai por Abandono Afetivo/ Amar é Faculdade, Cuidar é Dever*. Entrevistador: Anderson Roque. Publicado no dia: 04 de maio de 2012. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=TFTwzSSlr6Q>>. Acesso em: 09 mar 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. apud ALMEIDA, Renata de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

[TJDFT]. Publicado no dia 21 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/pai-e-condenado-a-7indenizar-filho-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 27 mar. 2017

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.