

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

GABRIELA TAVARES CEZAR DE ARAÚJO

**A COMPENSAÇÃO PATRIMONIAL PELA FALTA DE AFETO:
UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NA RELAÇÃO PATERNO FILIAL**

RIO DE JANEIRO

2015

GABRIELA TAVARES CEZAR DE ARAÚJO

**A COMPENSAÇÃO PATRIMONIAL PELA FALTA DE AFETO:
UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL NA RELAÇÃO PATERNO FILIAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Domingues

RIO DE JANEIRO

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me permitido chegar até aqui. Apesar de todos os percalços que tive que atravessar em meu caminho, sempre tive Nele a certeza de que tudo tinha um propósito e que ao final eu conseguiria chegar lá.

Aos meus pais, por nunca ter faltado afeto em minha criação. Graças a eles, pude escrever meu futuro com tanta segurança e serenidade, pois tenho neles os pilares que me acompanham, me guiam, orientam e apoiam. Ao meu pai, onde quer que esteja, deixo o meu agradecimento.

Em especial agradeço à minha mãe, pelo esforço conjunto ao longo de toda a minha formação e, principalmente, no deslinde desta monografia. Suas reflexões, opiniões, críticas e elogios se materializaram nesta escrita. Obrigada.

Agradeço aos demais familiares e colegas por todo o apoio fornecido na construção do presente trabalho e durante toda a graduação.

Aos mestres que tive ao longo da vida e que foram essenciais para a minha formação.

Agradeço também aos erros que cometi, todos foram revestidos de aprendizado, e com eles amadureci.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Domingues, pelo auxílio disponibilizado na condução deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho analisa o abandono afetivo e sua repercussão na esfera da Responsabilidade Civil. É cada vez mais frequente a utilização do judiciário para solução de conflitos dentro da seara da família, especialmente no tocante à busca pela compensação por danos morais oriundos da falta de convivência paterno-filial. O dever do afeto se encontra presente em diversas passagens de nosso ordenamento jurídico, bem como diversos estudos comprovam que a sua ausência causa danos a dignidade da pessoa humana que são carregados ao longo da vida de quem sofre. Por outro lado, é latente a dificuldade da valoração patrimonial do referido dano, e mais ainda, o dever de induzir um pai a agir com afeto. Nesta perspectiva, propõe-se analisar o instituto da responsabilidade civil, sua finalidade e limites de incidência, aliado ao dever de afeto em relação à prole, através do posicionamento da doutrina e jurisprudência atual em relação ao tema.

Palavras-chave: Afeto. Responsabilidade Civil. Dano. Convivência Familiar. Abandono.

ABSTRACT

This paper analyzes the emotional abandonment and its impact on the Civil Liability sphere. It is increasingly common to use the judiciary to solve conflicts within the family of the harvest , especially with regard to the search for compensation for moral damages arising from the lack of paternal - filial coexistence. The affection of duty is present in several passages of our legal system , as well as several studies have shown that their absence causes damage to human dignity that are loaded over the life of the sufferer. On the other hand, latent is the difficulty the equity valuation of such damage , and even more so , the duty to induce a parent to act with affection. In this perspective , it is proposed to analyze the liability institute, its purpose and effect limits, coupled with the affection of duty in relation to offspring , through the positioning of doctrine and current jurisprudence in this regard.

Keywords: *Affection . Civil Responsibility. Damage. Family coexistence. Abandonment.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O Instituto da Responsabilidade Civil.....	10
1.1 Elementos da Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo	13
1.2 Os Limites ao dever de indenizar	18
2. A Compensação pela falta de afeto.....	21
2.1 O Afeto como dever legal.....	24
2.2 A Importância do Afeto na relação Paterno-Filial	28
2.3 Divergências quanto à possibilidade do pleito indenizatório	29
2.4 Os projetos de lei 700/07, 4294/08 e 470/13 “Estatuto das Famílias” ...	35
3. O posicionamento da jurisprudência.....	38
3.1 A evolução dos processos que versam sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça	39
3.2 O posicionamento dos Tribunais Superiores.....	41
4. CONCLUSÃO.....	44
5. REFERÊNCIAS	47
ANEXO A – Projeto de Lei do Senado Federal 700/07	50
ANEXO B – Projeto de Lei 4294/08.....	58

INTRODUÇÃO

As relações familiares vêm sofrendo constantes mudanças ao longo do tempo, o que facilmente pode ser observado pelos novos tipos de família, pelo conceito de igualdade entre a prole e pelo fim do pátrio poder, o qual conferia maiores poderes ao homem /pai, tendo cedido espaço para o poder familiar, ou seja, mesmo deveres e obrigações a serem desempenhados pelos pais, com o advento do Código Civil de 2002.

Nesta esteira, é possível identificar dentre um dos deveres dos pais, enquanto detentores do poder familiar, o dever de guarda e companhia aos filhos menores¹, o que em sentido amplo demonstra o dever destes de se mostrarem presentes e participarem ativamente da vida dos seus filhos, mesmo quando a guarda for exercida unilateralmente.

Tal dever visa assegurar a proteção integral da criança frente à dissolução da sociedade conjugal, garantindo assim, que o seu melhor interesse será respeitado.

É certo que em tempos passados, a preocupação era exclusivamente com a valoração patrimonial e biológica da prole, ou seja, bastava ao filho que lhe fosse reconhecida a consaguinidade e o direito a alimentos aliados a possibilidade futura de herdar, sem qualquer preocupação com a afetividade.²

Assim, com a recente concepção do papel que devem desempenhar os pais, notadamente com a dignidade da pessoa humana no centro da ordem jurídica, estes não devem somente prestar os alimentos necessários à subsistência física do menor, como também devem oferecer subsídios de ordem moral e psíquica necessários à formação do indivíduo.

Partindo desta premissa, quando os pais não cumprirem com o dever de guarda e companhia, deixando o menor em situação de desgaste emocional, o que deve ser feito? Sendo os pais presentes fisicamente, e prestadores de alimentos, ainda assim, o menor pode compeli-los a prestar afeto?

¹ Tal dever se encontra positivado no Artigo 1634, II do Código Civil de 2002.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material. São Paulo. 2005.

Para tentar sanar tal omissão, a doutrina e a jurisprudência atuais não são pacíficas no sentido de cabimento da indenização à título de danos morais. Uma corrente justifica que não é possível compelir alguém a ter afeto para com o outro, visto que tal se comportamento se mostra eminentemente subjetivo. Por tal razão, sustentam ainda que a indenização nestas hipóteses não seria passível de cálculo, posto que impossível a reparação do dano “falta de amor” através de pecúnia.

Prosseguem ainda salientando que em caso de violação de deveres decorrentes do poder familiar, a sanção a ser imposta deve ser aquela positivada na seara da família, a fim de atender à disposição legal. Desta forma, a punição deve ser tão somente a perda do poder familiar.

Outra corrente, em sentido diametralmente diverso, assevera que o filho não é uma mera coisa, que deva ser apenas “alimentada” pelos pais, que muitas vezes lhe garante todo tipo de bem material, mas não lhe oferecem amparo ou afeto, o que indubitavelmente prejudica o seu desenvolvimento enquanto indivíduo, devendo por tal motivo, ser indenizado o filho que foi privado de tal, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, não é uma questão de transformar o amor em algo patrimonial, ou de transformá-lo em causa de enriquecimento ao filho abandonado, mas sim, de alertar aos pais que a sua responsabilidade não está adstrita à contribuição material.

Tal questão é de fato complexa e atual, devendo ser ressaltado que os pedidos de indenização aos pais, pelo abandono afetivo, têm sido cada vez maiores em nossos tribunais, o que implica na necessidade de um estudo mais aprofundado, a fim de se analisar a pertinência da compensação nestes casos.

Por tal razão, o presente trabalho pretende analisar o instituto da Responsabilidade Civil através de seu histórico, finalidade e elementos ensejadores de sua aplicação, além de verificar os seus limites, ou seja, até onde é possível a sua aplicação.

Em outra fase, restará abrangida a temática do afeto propriamente dita, incluída a sua importância para a formação do indivíduo, e o que a sua falta pode acarretar para o mesmo, a localização do dever de afeto na legislação vigente e ainda, a finalidade da compensação patrimonial pela sua ausência.

Serão trazidos à baila os projetos de lei que estão em tramitação e pretendem pacificar o entendimento acerca da questão, haja vista o aumento significativo de processos que versam sobre o mesmo tema e a divergência entre os operadores do Direito.

Por fim, restará demonstrado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, e ainda as razões contrárias e favoráveis à indenização em decorrência da ausência de afeto.

1. O Instituto da Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil é um instituto que visa assegurar o direito de quem teve um dever jurídico primário violado, e por consequência, sofreu uma espécie de dano, fazendo com que o ofensor seja condenado a reparar o injusto praticado. Desta forma, os princípios da responsabilidade civil tentam reestabelecer o equilíbrio patrimonial e moral violado.³

Tal instituto está positivado no Código Civil 2002, no artigo 927 e seguintes que diz: “Aquele que por ato ilícito (artigos 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. É certo que a norma mencionada faz referência a dois outros artigos constantes no Código, os quais descrevem as condutas que são consideradas atos ilícitos, ou seja, as condutas comissiva ou omissiva que violem direito alheio e causem dano a terceiro.

É certo que a Responsabilidade Civil na atualidade é fruto de uma evolução histórica, na qual inicialmente cabia ao ofendido reagir ao dano de maneira imediata, como uma espécie de vingança social pelo mal que lhe havia sido causado, sem qualquer tipo de proporcionalidade entre a sua reparação e o dano. Nesta fase não havia intervenção do poder público, era a própria vítima que se encarregava de combater o injusto sofrido.

Vigorava então a Lei de Talião, onde era necessário apenas que restasse configurado o dano para que a vítima reagisse contra o ofendido, desta forma, não havia qualquer menção ao elemento culpa.

Neste período o Poder Público por vezes permanecia inerte, intervindo apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no ofensor um dano idêntico ao que experimentou. Portanto, prevalecia no direito romano a responsabilidade objetiva, fundada no princípio da equidade.⁴

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. 13. ed. vol 4. São Paulo. Editora Atlas, 2013

⁴ PENAFIEL, Fernando. Evolução Histórica e Pressupostos da Responsabilidade Civil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110. Acesso em 03/02/2015.

Foi com o surgimento da Lei de Aquilia que se fundou a responsabilidade extracontratual fundada na culpa, razão pela qual, tal modalidade é também denominada responsabilidade aquiliana.

Silvio Venosa ensina que:

A Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.e., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.⁵

Apenas nos séculos posteriores à Idade Média é que houve a total ruptura entre a responsabilidade civil, voltada para a reparação de danos no âmbito privado e a penal, com imposição de penas pelo Estado.

O eminente jurista Sérgio Cavalieri conceitua o referido instituto da seguinte forma: “Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁶. Infere-se, portanto, que o dever de indenizar nasce a partir da violação de um direito, seja ele de ordem moral ou material.

Rui Stoco, define a Responsabilidade Civil como “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar”⁷.

Por outro lado, além de compelir o ofensor a reparar o dano causado, a responsabilidade civil visa fazer com que a sua conduta não siga impune, e sua prática seja desestimulada. Este é o caráter tríplice da indenização e é esta a justificativa para a sua aplicação nos casos em que o dano seja de origem exclusivamente moral.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. op. cit, p,19.

⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil., 10 ed. São Paulo. Atlas. 2012, p. 2

⁷ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

Antes, acreditava-se que o dano moral não seria passível de indenização, posto que impossível ser restabelecida a situação anterior. Todavia, fruto de construção histórica e cultural, a concepção atual culminou na posituação da reparação do dano moral.

A este respeito, Carlos Alberto Bitar, sustenta que um dos óbices enfrentados por parte da doutrina foi a crença na imoralidade do pleito indenizatório, quando o dano atingia somente a esfera moral. Acreditavam que o pedido visava dar preço à dor.⁸

Paulatinamente o pensamento estritamente patrimonialista da reparação civil foi rebatido, baseando-se na ideia de que a compensação em tais casos serve para minimizar o dano sofrido, e ser como espécie de consolo para a vítima.

Com base no caráter tríplice da indenização, é possível fundamentar a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil inclusive nos casos em que a vítima goze de boa situação financeira. Nesta hipótese, a função da reparação será dotada do caráter especialmente punitivo, posto que o ofensor será responsabilizado pelo injusto praticado; compensatório, na medida em que a vítima permanecerá com o senso de que foi feita justiça, tendo em vista que o dano acarretado não ficou impune; bem como o pedagógico.

A respeito da função punitiva, merece destaque o fato de muitas vítimas ingressarem com o pedido compensatório e ao final, doarem todo o montante ganho na condenação para instituições de caridade. O que a vítima buscou não foi receber o valor propriamente dito, e sim, ver o seu direito tutelado pelo Estado, na medida em que a justiça foi aplicada.

Embutido no caráter pedagógico está presente a função preventiva da indenização. A condenação do ofensor servirá de estímulo para que qualquer outro cidadão não a pratique, bem como o mesmo não volte a repeti-la.

Por tal razão, o instituto vem sendo utilizado inúmeras vezes pelas vítimas de abandono afetivo, casos em que a tutela estatal adentra a seara da família.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

Considerando a interligação dos ramos do direito, a maior parte da doutrina conclui pela possibilidade de aplicação deste instituto no direito de família, entendimento este demonstrado no posicionamento do magistrado Alexandre Miguel, quando afirma que é inegável a importância da responsabilidade civil, a qual invade todas as searas do domínio jurídico, notadamente nas relações privadas, de família, em que igualmente devem ser aplicados os seus princípios.⁹

Posicionamento desfavorável à utilização do instituto na família não merece guarida, pois não há no ordenamento qualquer óbice para o mesmo, bem como a todo o momento o Estado tutela as relações na família, impondo-lhes deveres e obrigações. Nada mais justo do que interferir também quando o particular não os cumpre.

Passa-se então à análise de seus requisitos.

1.1 Elementos da responsabilidade civil no abandono afetivo

O dever de indenizar é uma espécie de consequência do ato ilícito praticado pelo ofensor, como se extrai do disposto no artigo 927 do Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A este respeito, Ana Carolina Brochado Teixeira, sustenta que:

A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos arts. 22 do Estatuto da Criança e Adolescente-1566, IV e 1634, I e II do Código Civil.¹⁰

⁹ MIGUEL, Alexandre. Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM. 2005. número 32. p. 153.

Para que reste configurado o dever de indenizar, é necessária a conjugação de conduta culposa, nexo de causalidade e dano.

A conduta, ensejadora de reparação na hipótese de abandono afetivo é aquela que depende da incidência da culpa, responsabilidade subjetiva, ou seja, o genitor tem que agir de forma negligente com a prole, para que se possa falar na possibilidade de indenização.

Neste sentido, Giselda Hironaka, afirma que a conduta do genitor negligente com a sua prole e descumpridor do dever imaterial, contém a infração aos deveres que lhe são impostos em decorrência do poder familiar.¹¹

Ademais, a sua modalidade é a omissiva, sendo a mesma relevante juridicamente devido a posição de garante do genitor, que se abstém de agir com cuidado devido em relação a sua prole.

O nexo causal é a ponte que liga a conduta ao dano. É preciso que o dano esteja diretamente relacionado com a conduta do agente, para que a ele possa ser imputada qualquer tipo de sanção, eis que impossível haver responsabilidade sem nexo causal.

Diversas são as teorias que gravitam em torno do nexo causal, sendo certo que grande parte da doutrina, tais como Aguiar Dias, Sérgio Cavalieri Filho e Caio Mário, entre outros, defendem que foi acolhida pelo nosso direito a denominada Teoria da Causalidade Adequada.

Segundo a referida teoria, a causa é o antecedente necessário e adequado a produzir o resultado, assim, deve-se eliminar hipoteticamente os demais fatores, até que reste uma causa, sem a qual não seria possível obter-se o resultado danoso.

Neste sentido, afirma Caio Mário da Silva:

Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites ao dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em : 17/02/2015.

Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria.¹²

Em sede de abandono afetivo, a demonstração do nexo causal dependerá de perícia¹³, a fim de que esta estabeleça a causa do dano. Somente a partir do laudo que será elaborado por um profissional da área de psicologia, indicado pelo juízo é que poderá haver a imputação do genitor ao dever de indenizar.

O dano é o prejuízo suportado pela vítima, seja ele de ordem material ou moral que fora causado pela conduta do ofensor. A partir dele nasce o dever de indenizar, que nada mais é do que uma tentativa de recompor o injusto praticado, reestabelecendo o estado anterior das partes. Sendo assim, sem dano não há que se falar em reparação.

Sérgio Cavalieri Filho o conceitua da seguinte forma:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial quanto moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹⁴

Tal é o entendimento extraído do artigo 927 do Código Civil “ Aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” .

¹² SILVA, Caio Mário, Responsabilidade Civil, 9ª edição, Rio de Janeiro. Forense, 1998, p.79.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op.cit. p. 9.

¹⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p. 77.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, preza pela inviolabilidade da honra e imagem das pessoas e assegura a indenização por dano material ou moral dela decorrente.

Ainda no plano Constitucional, deve ser destacado o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pelo qual nenhum ser humano pode ser submetido à situação degradante, desumana, que atentem contra a sua condição como ser merecedor de respeito pela coletividade e pelo Estado.¹⁵

Nesta seara, verifica-se que o filho abandonado pelo pai sofre dano moral, na medida em que não tem a sua dignidade enquanto pessoa humana respeitada. A conduta do pai prejudica a formação pessoal e provoca imensa dor psíquica¹⁶, posto que somente com o ensinamento dos limites da vida e transmissão dos valores éticos e morais é que se formará uma pessoa equilibrada e preparada para as intempéries futuras.

Com a finalidade de comprovar o exposto, Susane Abreu, em pesquisa realizada com crianças e adolescentes residentes em orfanatos, constatou que estas crianças apresentam seis vezes mais chances de desenvolver transtornos psiquiátricos do que aqueles que vivem com suas famílias. Observou que os transtornos mais comuns foram depressão e deficiência mental.¹⁷

Portanto, verifica-se que o abandono reflete no desenvolvimento do filho, bem como as suas sequelas podem permanecer ao longo de toda a vida, sendo inquestionável o dano.

A respeito da sua comprovação, Paulo Lôbo sustenta que o dano moral por ser um dano à personalidade, seria presumido, sendo necessária apenas a comprovação do nexo de causalidade.¹⁸

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado, 2001.

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op.cit.

¹⁷ ABREU, S. Estudo associa vida em orfanato a maior risco de problema psiquiátrico. Universidade Federal de São Paulo. Escola de Medicina. São Paulo, jan. 2001.

¹⁸ LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 27/03/2015.

Posição divergente é adotada por Giselda Hironaka, a qual afirma que deve restar comprovada a nocividade do abandono por meio de perícia técnica, com o intuito de se analisar o dano real e a sua extensão.¹⁹

O desafio está justamente no arbitramento da indenização pelo julgador do caso, o qual deve estar atento à possibilidade econômica do condenado, aliado à necessidade e extensão do dano sofrido pela vítima, através das provas colhidas que apontem para a dor sofrida pela vítima, aliada às suas experiências pessoais e de outros casos análogos.

É necessário ainda que o magistrado considere a duração do dano experimentado pela vítima, o que nos casos de abandono afetivo, significa dizer que serão carregados ao longo de toda a vida, bem como grau de culpa entre as partes e é claro, a razoabilidade.

Ademais, se a omissão dos genitores tiver atingido o desenvolvimento da personalidade do filho, o valor arbitrado deverá ser suficiente para amenizar o seu prejuízo, como acompanhamento psicológico e demais tratamentos terapêuticos.

Verifica-se que o juiz deve fazer uma ponderação no caso concreto, a fim de evitar que o valor a ser ressarcido seja ínfimo e conseqüentemente não atinja o seu fim, que é o do reequilíbrio entre as partes, e tampouco arbitre uma quantia excessiva, na qual o ofensor não terá condições de arcar e será motivo de enriquecimento sem causa para a vítima, continuando com o desequilíbrio na relação de ambos.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri:

(...) Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes²⁰

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

²⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit. p. 105.

Logo, a análise do magistrado no arbitramento da indenização deve levar em conta todos os aspectos que envolvem o caso concreto, não há uma fórmula matemática capaz de calcular o montante da indenização, nem tampouco um valor fixo a ser utilizado em todos os pleitos. Todas as circunstâncias que envolvem a relação paterno filial serão consideradas pelo julgador, devendo ser preenchidos todos os requisitos acima apontados para que possa incidir a Responsabilidade Civil no caso em tela.

1.2 Os Limites ao dever de indenizar

Conforme mencionado, o dever de indenizar deve obedecer a certos requisitos como os elementos da responsabilidade civil. Assim, pode ocorrer do genitor não ser compelido a indenizar, mesmo restando configurado o dano, como é o caso do genitor que não age com culpa.

A culpa é um dos requisitos para que seja configurada a responsabilidade civil no abandono afetivo, sendo assim, não há que se falar em culpa do genitor que não possui a guarda do filho e fatores externos impedem a convivência de ambos.²¹

Desse modo, é necessário que o genitor se furte à convivência com o filho e que, assentadamente, se omita de cumprir o papel de educador e autoridade familiar que lhe é devido, deixando de participar do desenvolvimento da personalidade da prole.²²

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

²² PORTUGAL, Manuela Botelho. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. EMERJ. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/manuelabotelhoportugal.pdf. Acesso em: 27/03/2015

Para ilustrar tal afirmação é possível citar o exemplo de um pai que reside em lugar distante do filho e não possui condições financeiras de visitá-lo com frequência, ou de um pai que desconhece a existência da prole. Embora este filho possa, eventualmente, sofrer dano pela ausência física do genitor, não pode ser imputado a este o dever de indenizar, posto que não foi negligente ou imprudente, não agiu com culpa, e sim, foram circunstâncias externas que dificultaram a convivência.

A este respeito, o texto denominado “Nó do Afeto”, de autor desconhecido, citado por Giselda Hironaka em seu artigo²³, ilustra tal situação, contando a história de uma criança, cujo pai sai muito cedo para trabalhar todos os dias e retorna tarde à residência, sempre em horários que o filho está dormindo. Para tentar se redimir, faz um nó na ponta do lençol todas as noites, momento em que também beijava o menino.

A referida criança era uma das melhores alunas de seu colégio, e não havia desenvolvido nenhum transtorno pela falta física de seu pai, pois conseguia identificar no sinal desenvolvido, o afeto que lhe era demonstrado.

Outro limite que se apresenta é o prazo prescricional para o pleito indenizatório. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o prazo para intentar a ação em face do genitor, deve respeitar a regra contida no artigo 206, §3º, V do Código Civil, que prevê o prazo trienal para ações que versam sobre reparação civil.

A corte também entende que o referido prazo só começa a ser computado quando o filho/autor adquire a maioridade, isto porque só a partir de então ocorre a extinção do poder familiar.²⁴

Importante frisar que a jurisprudência dos tribunais estaduais reconhece a existência de tal prazo ainda que a paternidade não tenha sido ainda reconhecida, eis que o seu reconhecimento é imprescritível, e apenas

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos- Além da Obrigação Legal de Caráter Material- Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc , acesso em 10/01/2015.

²⁴ Prescrição das ações por abandono afetivo conta da maioridade do interessado. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107099. Acesso em 10/04/2015.

declaratório de um direito já existente²⁵. Tal entendimento denota a importância da cumulação do pedido de investigação de paternidade ao de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo, haja vista que o pleito indenizatório provavelmente será declarado improcedente, sem que haja a comprovação da paternidade, o que só será possível por meio de investigação de paternidade.

Atendidos os requisitos acima é necessário que o magistrado analise cada caso concreto com a finalidade de verificar a procedência de cada pleito, afinal, não se trata de uma fórmula aplicável a todos. A sensibilidade do juiz é de fundamental importância para diferenciar em cada pedido, a real angústia do filho, de interesses puramente mercenários.

Assim, o perigo da banalização da indenização reside no fato de se desconhecer o real sentido de abandono afetivo, o que ocorre em casos mal intencionados.²⁶

²⁵ Tal é o entendimento dos seguintes julgados, entre outros: BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Cível, Acórdão n.755476, 20131210027535APC, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/01/2014, Publicado no DJE: 04/02/2014. Pág.: 188; BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Cível, Acórdão n.687539, 20120510075984APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: OTÁVIO AUGUSTO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/06/2013, Publicado no DJE: 28/06/2013. Pág.: 87.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

2. A Compensação pela Falta de Afeto

A falta de afeto dos genitores ocasiona inúmeros danos à filiação, como restou demonstrado, que inclusive podem ser carregados ao longo de toda a vida de quem sofre com tal ausência, tendo em vista que a presença e o cuidado do pai são essenciais para a formação do indivíduo, como reconhece a psicologia.

O pai que não é atento com a educação da prole, não a orienta sobre os caminhos da vida, não se preocupa com os seus anseios e dúvidas, não cumpre com o dever de cuidado que lhe é imposto legalmente, eis que o poder familiar gera para os pais uma série de responsabilidade e deveres, dentre eles o dever de afeto.

Embora não seja passível de compensação moral, já que é impossível voltar no tempo e apagar completamente os danos provocados, só resta ao filho pleitear a compensação patrimonial através do instituto da responsabilidade civil, mesmo tendo ciência de que nenhuma quantia é capaz de suprir totalmente o transtorno sofrido.

Porque então requer tal compensação?

A doutrina e a jurisprudência apontam um caráter triplo da indenização, ou seja, além do cunho compensatório, o seu objetivo também está baseado no caráter punitivo e pedagógico tendo em vista que muitas vezes o dano moral sofrido, não é passível de reparação.

Neste sentido, o juiz e professor André Gustavo Corrêa de Andrade, citando Roberto de Abreu e Silva entende que:

A reparação, embora nem sempre indenize, integralmente, os prejuízos morais ou extrapatrimoniais, esparge efeitos sancionatórios, compensatórios e pedagógicos, causando uma

satisfação ao lesado, previne a reincidência do lesante e a prática de ato ilícito por outrem.²⁷

A este respeito, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, sustenta que embora muitas vezes a condenação não modifique a conduta do pai, é necessária para puni-lo pela prática, bem como sinalizar a todos os cidadãos de que devem evitá-la por ser reprovável sob o aspecto ético-jurídico.²⁸

Ademais, a compensação patrimonial pela falta de afeto faz com que a vítima não suporte sozinha o peso do abandono, visto que as consequências do dano não serão carregadas exclusivamente por ela.

A condenação, além de tentar compensar o dano injusto sofrido, visa inibir ações semelhantes e evitar que o mesmo mal seja causado a outros filhos, em outras relações. Não se trata de 'monetizar o afeto' expressão já corriqueira na seara, mas sim de punir a falta de cumprimento das obrigações parentais, de compensar o dano causado e de desestimular ações semelhantes no futuro.²⁹

Ana Carolina Brochado Teixeira, afirma, manifestando-se a respeito da aplicação da compensação patrimonial pela ausência de afeto, através do instituto da Responsabilidade Civil:

(...) diante do aparecimento de novos interesses dignos de tutela, deve-se buscar formas de proteção pelo ordenamento jurídico.

²⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf. Acesso em 20/03/2015.

²⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pais, filhos e danos. 2004. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5294,101048-Pais+filhos+e+danos>. Acesso em 24/04/2015.

²⁹ LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Victor Ugo. O dano moral decorrente do abandono afetivo: uma história de dois lados. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo. Síntese. v.15, n. 81, pp. 126-141, Jan/2014.

Por enquanto, o instrumento que encontramos para tutelar interesses existenciais, como o que expusemos, é a responsabilidade civil. Talvez, encontremos meios mais funcionais de proteção e promoção à criança e ao adolescente, de modo a resguardar seu crescimento saudável, para incentivar a efetivação do conteúdo da autoridade parental. Como um compromisso ético e jurídico dos pais.³⁰

Assim, é possível verificar que o genitor não pode deixar de ser punido pelo abandono de sua prole, sob o pretexto de que a relação entre ambos não mudará com a sua condenação, ou que isto afastará ainda mais qualquer possibilidade de aproximação.

Nos casos em que de fato há a ocorrência do dano, o filho que pleiteia a indenização no judiciário, é porque não logrou êxito em estabelecer o vínculo afetivo com o genitor durante anos, ou seja, a impunidade do pai também não reestabelecerá a afetividade.

Não se trata de impor uma obrigação de fazer de cunho subjetivo, no sentido de determinar que o pai ame o filho, e sim, que assuma a sua responsabilidade, ainda que tardia, e arque com os prejuízos dela decorrente. Tudo isso para amenizar o mal já causado, porque ter filhos deve ser visualizado também como um encargo, não só material, mas sobretudo moral.

Desta forma, a compensação patrimonial visa minimizar os efeitos do abandono, punir e educar a coletividade de uma forma geral, afinal somente partindo de uma realidade em que filhos são completamente alimentados, tem-se uma sociedade melhor. Como bem salientou Conrado Paulino da Rosa, “por ora, o único caminho é o que tenhamos que exigir um pouco mais, mesmo que seja dos nossos pais.”³¹

³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM. Porto Alegre, ano VII. n. 32. pp. 155. Out/2005

³¹ ROSA, Conrado Paulino; CARVALHO, Dimas Messias; FRETAS, Douglas Phillips. Dano Moral e Direito das Famílias. 2ª edição. São Paulo. Del Rey. p.124. 2012

2.1 O Afeto como Dever Legal

O conceito e o papel desempenhado pela família estão em constante mudança.

Inicialmente, quando vigorava o pátrio poder, a família era hierarquizada e não atentava aos anseios da prole, havia tremendo temor reverencial aos mais velhos, e nada se contestava destes. Foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948³² que a perspectiva da família começou a se modificar.³³

Com as novas regras ditadas pelos Direitos Humanos na ordem internacional, o grande avanço brasileiro veio com a Constituição Federal de 1988, momento em que a dignidade da pessoa humana passou a integrar os fundamentos do Estado.

Significativa alteração é notada no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, o qual contém a seguinte redação:

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

³² Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao>. Acesso em: 20/04/2015.

³³ Hideliza Cabral afirma que : “ A partir de então, a afetividade e o respeito à pessoa humana, rumo à promoção de sua dignidade, assumem novos contornos ditados pelos direitos humanos.” CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como Fundamento na Parentalidade Responsável. 2009. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamilia/artigos/01.afetividade.comofundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf>. Acesso em 20/04/2015

Ademais, nela estão presentes fundamentos essenciais para o princípio da afetividade, dentre eles, a extinção do pátrio poder, que deu lugar ao poder familiar, a ser exercido conjuntamente pelos pais, cabendo a ambos o dever de administrar, cuidar, educar e conviver com os filhos; a igualdade da prole, independente de sua origem; a adoção como escolha afetiva; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e o supracitado direito à convivência familiar como prioridade da criança e do adolescente.

Nota-se que as alterações legais ocorridas contribuem para um olhar mais humanizado voltado para o próximo. Todos os integrantes da família têm a sua importância e devem ter a sua dignidade respeitada, ou seja, a concepção gera para os genitores uma série de deveres daí decorrentes, dentre eles o de cuidado, de convivência familiar e de deixar a prole a salvo de qualquer forma de negligência.

Com fundamento na Lei Maior, os ramos do direito foram progressivamente se adequando a esta nova realidade, o que é percebido pela leitura do novo Código Civil, quando em seu artigo 1566, IV, dispõe que um dos deveres conjugais é o de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como mostra a importância do vínculo da afetividade, quando, em seu artigo 1584, §5º, dispõe o seguinte:

Art. 1584

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

O Estatuto da Criança e Adolescente, também demonstra a importância do afeto. Em seu artigo 19, ratifica o direito da criança e do adolescente a ser criado e educado no seio de sua família, bem como, elenca no artigo 22, o dever dos genitores de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Desta forma, é notória a ideia contida nos diplomas legais acima mencionados no sentido de impor aos genitores o dever de cuidado e convívio com a prole, além de evitar toda forma de negligência com estes, a fim de que possam crescer em um lar sadio e harmonioso, capaz de propiciar-lhes boa formação enquanto indivíduos.

O desembargador Luiz Felipe Santos, sustenta que o papel dos pais não é limitado ao dever material de sustento e, pelo contrário, deve abranger a função psicopedagógica e emocional, de assistência em geral.³⁴

Flávio Tartuce demonstra que apesar do dever de afeto não estar expresso na legislação, a afetividade é um princípio norteador do direito brasileiro:

Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. (...) Eles estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas que a afetividade constitui um *código forte* no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira.³⁵

Para ratificar o alegado, o autor cita como exemplos a união homoafetiva e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, com base na importância da afetividade, reconheceu, em decisão unânime, a possibilidade de alteração do sobrenome do pai, pelo da avó. O pedido foi feito pelo filho, após completar a maioridade, em razão de ter sido abandonado pelo genitor, com quem não

³⁴SANTOS, Luiz Felipe. Pais, filhos e danos. 2004. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5294,101048-Pais+filhos+e+danos>. Acesso em: 05/05/2015.

³⁵ TARTUCE, Flávio. Direito de Família e Afetividade no século XXI. Revista Consulex, n. 378. 2012. p. 28.

teve qualquer contato, requerendo que fosse retirado o sobrenome de seu pai e no lugar, acrescentado o de sua avó, que o criou.³⁶ O relator deste caso, entendeu que o direito da pessoa de portar um nome que não lhe remeta às angústias do abandono sofrido, se sobrepõe ao interesse público de imutabilidade do nome.

Outra decisão, desta vez pelo Tribunal de Goiás, motivada pelo princípio da afetividade, permitiu a um menor, que incluísse em sua assinatura o sobrenome do padrasto, com quem convive como se seu pai fosse. Na decisão, a juíza Maria Luiza Póvoa Cruz, titular da 2ª Vara de Família, Sucessões e Cível, salientou o seguinte:

O direito de usar o patronímico do padrasto é reflexo da afetividade existente, que se materializa no compromisso 'paterno' de bem cuidar dos interesses do menor. Nada mais justo que resguardar o melhor interesse da menor em ter em seu nome o patronímico daquele que escolheu para ser seu verdadeiro pai.³⁷

Verifica-se, portanto, que o vínculo afetivo encontra-se, atualmente, ocupando alta posição hierárquica no núcleo da família, o qual, nos dizeres de Alcyvânia Pinheiro, tem-se atribuído o caráter de primazia do direito fundamental.³⁸

Isto posto, ante as transformações de caráter legal e na composição da família brasileira ocorridas no início do século XXI, ocorreram, concomitantemente, modificações nos valores éticos que a permeiam. Daí a

³⁶ Número de processo não fornecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Informação disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217497,11049-Filho+abandonado+podera+trocar+sobrenome+do+pai+pelo+da+avo+que+o>. Acesso em 05/05/2015.

³⁷ Número de Processo não fornecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Informação disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI89943,81042-TJGO+Menor+ganha+direito+de+ter+sobrenome+do+padrasto>. Acesso em: 05/05/2015.

³⁸ PINHEIRO, Alcyvânia Maria Cavalcanti de Brito. Ave sem ninho: O princípio da afetividade no direito à convivência familiar. Universidade de Fortaleza. 2009. 97f. Dissertação (Pós-graduação em Direito). Universidade de Fortaleza. Fortaleza-CE.

ascensão do afeto a valor principiológico na esfera do Direito de Família, afinal “nem só de pão vive o homem”.

2.2 A importância do afeto na relação paterno filial

Para melhor compreensão da aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, torna-se necessário que reste demonstrada a importância do vínculo de afeto que deve ser construído entre pais e filhos.

O homem que tem no seio familiar um lar sadio e harmonioso terá uma melhor formação de sua personalidade, e em consequência, um melhor desempenho ao longo da vida.

Hildeliza Cabral salienta que o afeto se materializa nas condutas de respeito e de cuidado, propiciando um ambiente sadio capaz de desenvolver satisfatoriamente as potencialidades individuais, bem como facilitar a estrutura do caráter do filho.³⁹

Cleber Angeluci, sustenta que: “O afeto é elemento relevante, a ser observado na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴⁰

Heleno da Silva, dissertando sobre o afeto visto pela psicanálise, conclui o seguinte:

A formação da personalidade humana e, conseqüentemente, a efetivação da dignidade da pessoa humana, passa pelo relacionamento humano-afetivo entre os indivíduos, em sua primeira infância – crianças – e

³⁹ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como Fundamento na Parentalidade Responsável. 2009. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamilia/artigos/01.afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf>. Acesso em 20/04/2015.

⁴⁰ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono Afetivo: Considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Revista CEJ. Brasília, n 33, p.43-53, abr/jun. 2006.

seus pais. A falta dessa relação afetiva poderá, segundo se demonstrou, ocasionar problemas de identificação e de relacionamento humano no futuro dessa criança, o que, conforme visto acima, consubstancia um prejuízo à personalidade humana sem possibilidade de reconfiguração, haja vista o fato dos psicanalistas não conseguirem reconstruir a estrutura afetiva do paciente⁴¹

Bruna Razerra, ao discorrer sobre a importância do afeto na formação da criança, compara a constituição do ser humano, com a construção de uma casa, salientando que diferente dos outros animais que precisam adquirir rápida autonomia, os humanos dependem de uma base sólida em seus primeiros tempos, pois isto é determinante em sua formação.⁴²

A ausência do afeto acarreta danos e compromete o pleno desenvolvimento do indivíduo, podendo ocorrer aumento da agressividade, uso de drogas, insegurança, aumento da criminalidade, entre outros.

A este respeito o magistrado Mario Maggioni, ao julgar um pleito indenizacional oriundo do abandono afetivo, fundamentou que a ausência e o descaso do pai em relação ao filho violam a sua honra e a imagem, e que grande parte dos jovens drogados e criminosos, tiveram um histórico de abandono familiar.⁴³

A afetividade facilita a convivência e o trato nas relações humanas ao longo de toda a vida, eliminando a agressividade e tornando o lar um ambiente seguro, de amizade, confiança e apoio para o enfrentamento das adversidades.

A família não deve ser lugar somente de sobrevivência do humano, mas, de formação de sua personalidade, já que somente em um ambiente familiar que os filhos recebam atenção e afeição, formarão mais facilmente novas

⁴¹ SILVA, Heleno Florindo da. A Família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. Nomos: Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC. 2012. p.212. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/download/358/340. Acesso em: 05/05/2015.

⁴² RAZERRA, Bruna. O afeto nas relações familiares: Construindo os alicerces de uma nova casa. 2011. 66f. Monografia (Bacharel em ciências jurídicas e sociais). Curso de Direito, Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo- RS,2011.

⁴³ BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Ação Indenizatória número: 141/1030012032-0, titular Mario Romano Maggioni, 15-set-2003.

relações ao longo da vida, afinal, “a criança precisa e depende de seu criador”.⁴⁴

Ressalte-se que o afeto não necessariamente está ligado ao amor, este não pode ser imposto, apenas sentido, já àquele diz respeito as responsabilidades que os genitores devem desempenhar em consequência do poder familiar. O cuidado e a convivência podem e devem ser impostos, pois somente com crianças sadias, haverão adultos bem formados para uma sociedade melhor.

Desta forma o afeto mostra-se como integrante fundamental para a criação e saúde dos filhos, independente do genitor residir ou não no mesmo lar que estes.

Indubitavelmente o desenvolvimento da pessoa, enquanto ser dotado de dignidade, só é possível com os vínculos afetivos estabelecidos desde o nascimento na convivência familiar.

2.3 Divergências quanto à possibilidade do pleito indenizatório

Há corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo a reparação do dano causado ao filho destituído de afeto, através de condenação ao pagamento de eficaz tratamento psicológico ou psiquiátrico somente para restituir a saúde emocional do filho abandonado.

Sustentam que desta forma é acolhida a tese de reparação pelo uso abusivo de um direito, e ainda evita-se a mercantilização do afeto.

A este respeito, o juiz Luis Fernando Cirillo, condenou um pai, a indenizar sua filha em virtude de danos morais, fundamentando que a

⁴⁴ SILVA, Claudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho, p.132.

paternidade não gera apenas deveres de assistência material, mas que, além da guarda existe um dever do pai, de ter o filho em sua companhia⁴⁵.

Restou concluso nos autos que a filha apresentava conflitos de identidade, em virtude do abandono, uma vez que seu pai não demonstrava afeto, nem interesse por seu estado emocional, precisando de cuidados médicos e psicológicos por longo tempo, para amenizar as sequelas do abandono.

Em decorrência, o Magistrado entendeu que havia a necessidade de tratamento psicológico de forma continuada e que a quantia de cinquenta mil reais era suficiente para proporcionar à filha um benefício econômico relevante, ao mesmo tempo em que imputou ao réu uma perda patrimonial significativa.

A corrente doutrinária que não vislumbra a possibilidade de incidência da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, aponta uma série de fatores que, segundo ela, a impedem.

Assim, sustenta que o legislador já se encarregou de estipular a sanção própria dentro do direito de família, qual seja, a perda do poder familiar. Afirmam que a doutrina e a jurisprudência têm construído penalidade diversa da determinada pela lei infraconstitucional.

Leonardo Castro defende esta tese, salientando que pela leitura do artigo 1589 do Código Civil é possível aferir que a companhia dos pais é prevista de forma facultativa, sempre observando os interesses do menor. Considera ainda um retrocesso pensar que sua companhia é indispensável ao desenvolvimento da criança, visto que a mesma pode viver de forma saudável sob a guarda de apenas um dos pais sem qualquer prejuízo.⁴⁶

Solange Matzenbacher afirma que o psicológico da criança pode até ser afetado, porém não em decorrência da conduta do genitor de ter contrariado norma legal, tendo em vista que a referida norma não expressa o dever de afeto, amor, e, ao contrário, faculta a visitação e convivência ao bem-estar da

⁴⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo 31ª Vara Cível. Ação Indenizatória nº 01.036747-0. São Paulo. Autora: Melka Medga. Réu: Maurício Medga. Juiz Luiz Fernando Cirillo. 05 jun. 2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.151-160, ago/set. 2004.

⁴⁶ CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. RDF, v.9, n 46, fev/mar.2008, p.17.

criança e do adolescente, demonstrando que os deveres expressos são somente materiais.⁴⁷

Prossegue a referida autora argumentando que em casos de abandono material e intelectual toda a família é vítima, não havendo meios de se apontar um culpado. Ademais, as causas do abandono decorrem de inúmeras fontes, não se podendo imputar a culpa ao genitor, o que conseqüentemente implica em não poder estabelecer o nexo causal, elemento fundamental para caracterização do dever de indenizar na Responsabilidade Civil.

No que tange à dignidade do filho enquanto pessoa humana, os defensores da tese contrária salientam que desrespeito seria obrigar o filho ou o pai a um convívio indesejado, o que seria prejudicial. Ainda, o resultado de uma demanda indenizacional seria a impossibilidade de restabelecimento da relação paterno filial. Justamente o contrário do que o filho buscou, que é o afeto.

Acerca disto, transcreve-se o entendimento do ministro Fernando Gonçalves, o qual considera o pagamento da indenização como o afastamento de qualquer chance de aproximação entre pai e filho tanto no presente, quanto no futuro:

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice buscar o amparo e amor dos filhos.⁴⁸

Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentar a jurisprudência, ressalta que não há amparo legal que assegure ao filho indenização por falta de afeto e

⁴⁷ MATZENBACHER, Solange Regina dos Santos. Reflexão acerca da Responsabilidade Civil no Direito de Família: Filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família?. Direito e Justiça, Porto Alegre, v.35, n.1, jan/jun2009, p.61-69.

⁴⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso Especial nº 757.411 MG (2005/0085464-3), p. 8-9. Disponível em: www.stj.gov.br/documento595269. Acesso em: 10/05/2015.

vai além ao afirmar que entendimento diverso é uma verdadeira porta aberta às aventuras mercantilistas.⁴⁹

Prossegue sustentando que o aumento das concessões dos pedidos de indenização aliados à valores descriteriosos, culminam na banalização do dano moral. Em decorrência, culpa a doutrina por falhar na identificação do dano moral, o fazendo de maneira rudimentar, já que se satisfaz com a ideia ampla e genérica de admitir todo o sofrimento humano.

A ausência de rigor científico e de objetividade na conceituação do dano moral tem gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil, além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados. Portanto, o ressarcimento do dano moral deve ser tratado com maior seriedade, tanto científica quanto metodológica, visto que séria também é a exigência de proteger eficazmente a pessoa humana e seus direitos fundamentais.⁵⁰

Portanto, verifica-se claramente que os juristas contrários à concessão de indenização, creem que a ausência de afeto na relação paterno filial não conduz ao dever de indenizar.

Posicionamento também presente no voto da desembargadora Liselena Ribeiro do Tribunal do Rio Grande do Sul quando do julgamento de uma apelação, em que fundamentou que o pagamento regular de pensão alimentícia supre lacunas sentimentais, tendo em vista que o pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras, o que por si só é um ato de afeto/respeito.⁵¹

Segundo a desembargadora, o laço sentimental não pode ser alterado por uma decisão judicial, sendo certo que o genitor que cumpre suas obrigações patrimoniais não pode ser penalizado por danos afetivos, haja vista

⁴⁹ MORAES. Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005.

⁵⁰ Ibidem, p.51.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70060154150, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, em 02- jul- 2014.

que aquele que dá amor ao longo da vida aos filhos, mas não paga pensão alimentícia vai preso.

Nota-se em tal pensamento o menosprezo da importância do afeto frente às questões estritamente patrimoniais, que parecem estar sempre à frente do sentimento, ignorando o fato de que seres humanos para terem saúde, precisam não só de alimentos para o corpo, ao contrário, a alma e a mente precisam ser igualmente alimentadas.

Negar a realidade, não reconhecendo direitos, deixarão os filhos à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica, bem como livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança, é deixá-la em total desamparo.

Ademais, no decorrer de todo o trabalho, foram plenamente rebatidos todos os argumentos contrários ao pleito indenizatório, demonstrando que tal entendimento não deve prevalecer em uma sociedade que evoluiu para entender o conceito de família como algo além dos deveres de cunho somente objetivo, e que o afeto é quem define os laços familiares.

2.4 Os projetos de lei 700/07, 4294/ 08 e 6583/13 “Estatuto da Família”

O senador Marcelo Crivella elaborou o Projeto de Lei 700/07, que visa caracterizar o abandono afetivo como conduta ilícita, através de alterações no Estatuto da Criança e adolescente, tipificando o abandono afetivo e cominando-lhe sanção de cunho civil, podendo o juiz determinar em caráter cautelar o afastamento do denunciado do lar, e penal, cuja pena seria detenção de um a seis meses.

Tal projeto define a assistência afetiva devida aos filhos menores de idade como a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; a solidariedade nos momentos de dificuldade e sofrimento, bem como a presença física espontaneamente solicitada pelo filho e possível de ser atendida.

No corpo da justificação do referido projeto, o senador esclarece o seguinte:

(...) Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal. (...) Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas.⁵²

Nota-se que a preocupação versa sobre a subjetividade com que o afeto é tratado atualmente em nossa legislação, por se tratar de um princípio sem normatividade clara.

Fato é que o objetivo do referido projeto de lei é trazer maior segurança jurídica à população, tirando do arbítrio do julgador o dever de conceituar o abandono afetivo, bem como decidir se ele é indenizável ou não.

A sanção de cunho penal elevaria o status do abandono imaterial ao patamar do abandono material/alimentar, o qual permite a prisão civil em caso de inadimplência, servindo como forma de prevenção à negligência paterna e repressão, nos casos de desrespeito à lei.

Também versando sobre o tema abandono afetivo, tramita desta vez no Congresso Nacional, por iniciativa do deputado Carlos Bezerra, o projeto de lei número 4294/08, que busca alterar o Código Civil e o Estatuto do Idoso, para que nele conste que o abandono afetivo é passível de indenização pelos pais, ou em sendo este idoso, o seu abandono pelo filho também o seja.

Na justificação do projeto, o deputado argumenta o seguinte:

(...) No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no

⁵² Projeto de Lei constante no Anexo A.

comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. (...) Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.⁵³

Verifica-se que tal projeto também visa oferecer segurança à população, na medida em que será unificado o entendimento de que a ausência do afeto seja, sem sombra de dúvidas, passível de compensação patrimonial.

Ambos já receberam pareceres favoráveis, mas estão em tramitação por cerca de oito anos, possivelmente motivado pela polêmica que que gravita em torno da questão.

Por fim, o projeto de lei 470/13, popularmente conhecido como Estatuto das Famílias, também inova na área, na medida em que conceitua o abandono afetivo como a prática de qualquer ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança ou do adolescente, entre eles a convivência familiar saudável e o caracteriza como conduta ilícita.

O texto classifica ainda como dever de afeto, a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; a solidariedade e o apoio nos momentos de necessidade ou dificuldade; e o cuidado, a responsabilização e o envolvimento com o filho, o que se assemelha bastante ao conceito contido no supracitado projeto de lei 700/07.

Vê-se que o tema começa a ser colocado em pauta pelo legislativo brasileiro, devido aos novos olhares e contornos que estão sendo tomados pelo judiciário, dado o aumento quantitativo dos pleitos neste sentido.

É cada vez mais notória a real necessidade dos filhos de conviverem em um ambiente envolto de carinho, atenção, convivência familiar, devendo o Estado fornecer instrumentos de tutela para estimular tal ação e coibir qualquer situação adversa que lhes cause transtorno.

⁵³ Projeto de Lei número 4294/08, constante no Anexo B.

Enquanto perdurar essa lacuna legislativa haverá um longo e árduo caminho a ser travado todos os dias no judiciário, a fim de demonstrar que o abandono afetivo existe e deve ser combatido.

3. O Posicionamento da Jurisprudência

Devido à ausência de previsão expressa sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo, cabe ao julgador, retirar das palavras contidas na lei a real intenção do legislador, sem esquecer, é claro, dos princípios que o norteiam, e dos valores éticos da sociedade em que está inserido.

Trata-se de um exercício interpretativo, o que em consequência faz com que a jurisprudência que trata do tema não seja unânime.

É certo que a sociedade evolui em velocidade muito maior do que as leis que a regulam, fato que leva os julgadores a realizarem o exercício de adequá-las à realidade vigente. Os juízes não são e nem podem ser meros aplicadores da lei, ao contrário, devem buscar nela o seu verdadeiro sentido e alcance, ajustando-as a cada caso concreto.

A este respeito, Paulo Nader salienta o seguinte:

Ao fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, o intérprete não atua como um autômato, fazendo simples constatações. Seu papel não é revelar algo que já existia com todos os seus elementos e contornos. (...) Ao interpretar os textos jurídicos, o intérprete não se vincula à vontade do legislador, pois o moto-contínuo da vida cria a necessidade de se adaptar as velhas fórmulas aos tempos modernos.⁵⁴

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência deve atuar de modo a evitar a banalização da figura dos pais dentro do contexto da família. Neste sentido, os Tribunais começam a entender pela possibilidade de indenização.

⁵⁴ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 32 ed, Forense, 2010, p. 264.

Insta salientar ainda, que as decisões tomadas no presente influenciam as próximas que versarão sobre o mesmo tema, demonstrando de forma inequívoca a importância da jurisprudência como fonte do Direito.

Em suma, o que se quer dizer é que a jurisprudência é a ponte de ligação entre o ideal abstrato da lei e a realidade prática da vida.

Nesta esteira, embora o tema tenha que ser utilizado com cautela, sempre atentando para a razoabilidade de cada caso, o medo de ousar não pode ser um fator ameaçador para os julgadores, afinal as instituições devem se adequar para atender às necessidades do homem e não o contrário.

3.1 A evolução dos processos que versam sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça

Com a finalidade de demonstrar que o tema é recorrente nos Tribunais, realiza-se, aqui, uma análise das demandas a partir do ano de 1988, época em que a indenização por dano moral passou a ser constitucionalmente aceita.

Para tanto, a pesquisa foi feita no próprio sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, por meio das palavras-chave “abandono afetivo” e “abandono moral”.

Foi selecionado o filtro de busca partindo do ano de 1988 até 2015, a fim de saber o número de processos existentes ao longo de todo este período, sendo encontrados o total de cinco processos relacionados ao tema.

Destes autos, verificou-se que o julgamento do primeiro deles data do ano de 2004, no qual restou configurado o abandono, sendo o genitor punido somente com a perda do poder familiar sobre o menor. Sequer foi requerido que o ofensor arcasse com o pagamento de indenização.

Nos próximos processos, cujos julgamentos datam do ano de 2005 até o ano de 2012, o Tribunal começa a discutir a possibilidade do filho ser indenizado ou não, e ainda limitações a tal direito, eis que em um dos casos, cujo julgamento ocorreu em 2012, entendeu-se pela ocorrência da prescrição.

Assim, o posicionamento da Corte foi alterado com o passar dos anos. Os primeiros processos em que o filho pleiteava a indenização, segundo a pesquisa realizada, datam de 2005 e 2009, quando os ministros entenderam que o dano era incapaz de reparação pecuniária.

A mudança veio no ano de 2012, quando a ministra Nancy Andrighi, relatora dos autos, entendeu que há possibilidade de requerer indenização pelo abandono moral.

Logo, é possível concluir que o exercício de compreensão das normas levou os ministros a mudarem o seu conceito ao longo dos anos, fruto da evolução na sociedade, e das transformações de seus padrões éticos e morais.

Antes, acreditava-se que somente poderia ser aplicada ao genitor ausente a perda do familiar, por ser sanção própria do direito de família na hipótese do genitor deixar o filho em abandono, como elenca o artigo 1638, II do Código Civil.

Não é difícil perceber que para o genitor que abandona afetivamente a prole a perda do poder familiar é uma espécie de prêmio ou compensação para ele próprio. Este pai nunca cumpriu com os deveres que o referido poder lhe impõe, e, o perdendo, continuará na mesma situação, agirá da mesma maneira com seu filho, com o único diferencial: agora, sem nenhuma obrigação de cuidado, atenção, afeto.

Acreditar que a única sanção possível é a perda do poder familiar constitui um estímulo ao abandono afetivo, eis que o ofensor seria despojado de suas responsabilidades e de arcar com o pagamento da indenização.

Por sua vez, o filho que foi vítima do dano, nada receberia em troca, o Estado não o ajudaria a se recompor, tampouco despertaria neste ser a crença na justiça.

Assim, constatada tal problemática, o judiciário não pode permanecer inerte, alheio aos acontecimentos ao seu redor. As transformações nos entendimentos obtidos a partir dos julgados, inegavelmente constituem um grande avanço que se teve nos últimos anos, principalmente quando a partir do

polêmico julgado do Superior Tribunal de Justiça restou consignado que “amar é faculdade e cuidar é dever”.⁵⁵

3.2 O Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Restou demonstrado que o entendimento do Tribunal se modificou ao longo dos anos. Antes as decisões eram no sentido de impossibilidade de reconhecimento do pleito indenizatório e atualmente são diametralmente opostas.

A mudança começou com a fundamentação da ministra Nancy Andrichi, quando da ocasião do julgamento do Recurso Especial⁵⁶ famoso por ser o marco da mudança no entendimento da Corte.

O julgado relata o caso de uma filha que foi reconhecida por sentença proferida em ação de investigação da paternidade, onde após o reconhecimento forçado da paternidade, a filha promoveu ação indenizatória em face de seu pai, em razão do abandono afetivo.

Em primeira instância, o pedido foi indeferido, sob o fundamento de que o afastamento era decorrente da atitude agressiva da mãe, ou seja, de suposta alienação parental. Já em Segunda Instância, o Tribunal reformou a decisão de primeiro grau, considerando-se o abandono moral e material.

Em decorrência, o pai alegou no Recurso Especial que não havia abandonado a filha e que, mesmo que houvesse, a pena aplicável deveria ser a de perda do poder familiar, não a de indenização.

A ministra esclareceu a sua decisão sob vários aspectos:

A priori ressaltou que não existem restrições na legislação para a aplicação da responsabilidade dentro do direito de família. Ademais, acerca da possibilidade de perda do poder familiar, salienta que esta não é a única

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 2009/0193701-9, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, 2012, publicado em 10/05/2012.

⁵⁶ Ibidem.

punição possível de ser aplicada aos pais, tendo em vista que a compensação patrimonial pode ser aplicada conjuntamente, ou seja, nada afasta a possibilidade de indenização.

Consignou que a destituição do poder familiar não exclui a possibilidade de indenização, pois os objetivos de cada instituto são diversos. A perda do poder familiar visa à proteção da integridade do menor, enquanto a indenização tem em vista a reparação dos danos decorrentes do ato ilícito praticado.

Entendeu que a perda do poder familiar abrange somente a punição ao agressor, ou, nem mesmo importe em qualquer punição, já que o pai não desejava conviver com a filha, tanto que a abandonou.

No que trata da ilicitude e da culpa, conclui que é possível afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas de necessárias para a sobrevivência.

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Nesta linha de raciocínio passou a distinguir amor de cuidado, na medida em que aquele diz respeito à motivação e é impossível de ser materializado,

enquanto este é passível de verificação e comprovação, que, quando descumprida, implica certamente em ilicitude civil, sob a forma de omissão.

Quanto ao dano e ao nexó causal, esclarece que uma forma de identificá-los é através de laudo pericial elaborado por especialista, porém inúmeras outras situações podem dar azo à compensação.

Certamente, o acórdão analisado entendeu pela correta aplicação da Responsabilidade Civil, afinal, o afeto não tem preço, mas as consequências que a sua ausência traz são devastadoras.

Nota-se que o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu em conjunto com a doutrina, no sentido de acatar a tese do dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo.

Assim, é possível destacar que o afeto vem sendo aceito como dever obrigacional dos genitores tanto pela corrente doutrinária majoritária, quanto pela jurisprudência dominante.

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu, através da análise do instituto da responsabilidade civil e das mudanças ocorridas na seara da família, demonstrar que deve ser amplamente aceita a tese da compensação patrimonial pela falta de afeto.

Não se trata aqui de mercantilizar o amor, ou de dar preço à dor, como muitos justificaram, e sim, de sensibilização com o sofrimento alheio, que é passível de ser minimizado, ao mesmo passo em que, se pune o ofensor e educa a sociedade.

Por oportuno deve ser questionado o fato de a lei ser expressamente mais rígida com o pai que descumpre o dever de caráter patrimonial do que com o que descumpre a obrigação de caráter moral.

Tão importante quanto o corpo físico está a saúde da mente. Um corpo sadio com uma mente doente implica em uma pessoa doente, e vice-versa. É preciso que haja equilíbrio entre os dois para que se possa falar em qualidade de vida.

Os projetos de lei aqui mencionados pretendem mudar essa realidade, antiquada e equivocada, fruto de um entendimento que não sabia da importância do afeto na educação e no crescimento dos seres humanos.

Nessa esteira, o fato dos projetos de lei conceituarem o dever de afeto, e o colocarem expressamente no rol das obrigações parentais, são de suma importância para que a elucidação dos casos.

Por outro lado, adentrar na esfera penal culminando pena de detenção aos genitores, é um exagero quando há condenação anterior ao dever de indenizar, visto que nesta já resta embutido o caráter punitivo. Assim, o genitor estaria submetido a mais de uma condenação pelo mesmo fato em esferas distintas.

Caso o pai não tenha condições financeiras de arcar com nenhum tipo de condenação, e o filho ainda for menor de idade, aí seria o caso adentrar na esfera penal, visto que o montante da pena implicaria em suspensão

condicional do processo, devendo este se submeter às condições estipuladas pelo magistrado, que deveriam ser de impingir maiores cuidados com a prole.

Restou observado que a Constituição Federal assegura que nenhuma criança ou adolescente será exposta a qualquer forma de negligência ou omissão e terá direito à saúde e a convivência familiar, sendo dever de todos os cidadãos e do Estado zelar pelo seu cumprimento.

Desta maneira, demais legislações devem ser interpretadas à luz do disposto pela lei maior, de forma que a interpretação correta é aquela que atende aos seus princípios.

Considerar que o filho abandonado não faz jus à reparação patrimonial é decidir contrariamente à vontade do constituinte, que consagrou no rol dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

Não bastasse todo o sofrimento psicológico, trauma e dificuldade de se relacionar que o filho abandonado enfrenta, ainda ter que conviver ao longo de toda a vida sem qualquer interferência estatal, é o mesmo que punir a vítima e congratular o ofensor.

O reconhecimento de que o afeto é quem norteia as relações familiares já é reconhecida pela sociedade, razão pela qual é admitido o casamento homossexual, a família mosaico, e a igualdade da prole, entre outros.

A família é o núcleo base na formação dos seres humanos. Nela são aprendidas as primeiras lições, sendo os pais como uma espécie de espelho na vida de seus filhos, afinal como distinguir o certo do errado?

Inegavelmente, aqueles que não têm a oportunidade de conviver com seus genitores, tão preocupados com seus próprios afazeres, e sua vida corrida, são pessoas carentes não só de afeto, mas de saúde. Como enfrentar os obstáculos da vida sem ninguém que lhes apoie, e mais ainda, como se relacionar com outras pessoas se não consegue sequer relacionar-se com seus próprios pais?

O judiciário não pode estar alheio a isso.

Mais do que minimizar o sofrimento de alguém que nunca pôde ter o básico para ter a sua dignidade respeitada, a adoção da tese da responsabilidade civil pelos Tribunais, fará com que muitos pais revisem o seu

conceito na hora de optar por ter filhos, haja vista que na atualidade existem vários métodos que impedem a gravidez indesejada.

Por outro, orienta aqueles que querem ter filhos, ou que já tenham, a viverem essa experiência com a noção de que a responsabilidade não é só alimentar. Filho não é uma mera coisa, é uma pessoa, um pequeno ser totalmente dependente de seus pais, que devem necessariamente se dedicar a tarefa de serem pais, com todos os seus bônus e ônus.

Quem sabe a partir desse entendimento que tem sido largamente exposto, qual seja, a responsabilidade que os pais têm que arcar em relação aos seus filhos, as próximas gerações não sejam melhores que estas e assim por diante.

Desta forma o que se exige é o básico para que todo ser humano seja tratado como gente.

REFERÊNCIAS

ABREU, S. **Estudo associa vida em orfanato a maior risco de problema psiquiátrico**. Universidade Federal de São Paulo. Escola de Medicina. São Paulo, jan. 2001.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**, p 6, disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf

ANGELUCI. Cleber Affonso. **Abandono Afetivo: Considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Revista CEJ. Brasília, n 33, 2006. p. 48

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001..

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CABRAL, Hidelisa Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. 2009

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. RDF, v.9, n 46, fev/mar.2008, p.17.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. 2003. p. 269/275

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Atlas. 2012, p.2

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV. p.8.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material**. São Paulo. 2005

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novas. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em Buscalegis.ccj.ufsc.br. 2007

LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Victor Ugo. **O dano moral decorrente do abandono afetivo: uma história de dois lados**. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo. Síntese. v.15, n. 81, pp. 126-141, Jan/2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos Morais e direitos de personalidade**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n 6, 2001

MIGUEL, Alexandre. **Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23

MORAES, Maria Celina Bodin. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. RBDF-nº31. 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32 ed, Forense, 2010.

PEREIRA, C. Rodrigo. **Pai, Por Que Me Abandonaste?**. Disponível em Pailegal.net. 2001

PINHEIRO, Alcyvânia Maria Cavalcanti de Brito. **Ave sem ninho: O princípio da afetividade no direito à convivência familiar**. Universidade de Fortaleza. 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112890.pdf>. Acesso em: 05/05/2015.

PORTUGAL, Manuela Botelho. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo.** EMERJ. 2012. Disponível em:http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/manuelabotelhoportugal.pdf

RAZERRA, Bruna. **O afeto nas relações familiares: Construindo os alicerces de uma nova casa.** 2011. 66f. Monografia (Bacharel em ciências jurídicas e sociais). Curso de Direito, Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, RS,2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado, 2001.

SILVA, Claudia Maria. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, v 6, ago/set 2004.

SILVA, Heleno Florindo da. **A Família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana.** Nomos: Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC. 2012. p.212.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade Civil e Ofensa à dignidade humana.** Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM. Porto Alegre, ano VII. n. 32. pp. 155. Out/2005

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil.** 13. ed. vol 4. São Paulo. Editora Atlas, 2013

ANEXO A- PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL 700/07

PROJETO DE LEI DO SENADO nº. , de 2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º.

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

“Art. 56.

.....**IV** – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

“Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

“**Art. 130.** Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)”

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“**Art. 232-A.** Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

J U S T I F I C A Ç Ã O

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, *“se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”*. E mais: *“O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.”*

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: *“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.”* (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do predito art. 227 da Constituição?

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

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

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

.....
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

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

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que

caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na

instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

.....
PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

.....
ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual

estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões,

Senador MARCELO CRIVELLA

ANEXO B – Projeto de Lei 4294/08

PROJETO DE LEI No , DE 2008 (Do Sr. Carlos Bezerra)

Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “ Art. 1632

.....

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art.3º ”

.....

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral. “

2 JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio

moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Por todo exposto, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA