

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ÉVELYN SIMÕES RODRIGUES

**DISPARIDADE ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DE
INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO: DIREITO INTRÍNSECO DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

PONTES E LACERDA - MT

2019

ÉVELYN SIMÕES RODRIGUES

**DISPARIDADE ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DE
INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO: DIREITO INTRÍNSECO DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Linguagem, Ciências Agrárias e Sociais
Aplicadas como requisito parcial à obtenção título de
bacharel, curso de Bacharelado em Direito.

Orientadora: Cleide Marlena de Avila Espindola

PONTES E LACERDA - MT

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

ÉVELYN SIMÕES RODRIGUES

DISPARIDADE ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO: DIREITO INTRÍNSECO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Linguagem, Ciências Agrárias e Sociais Aplicadas como requisito parcial à obtenção título de bacharel, curso de Bacharelado em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Cleide Marlena de Avila Espindola
Universidade do Estado de Mato Grosso

Prof.^o Gean Carlos Balduino Júnior
Universidade do Estado de Mato Grosso

Prof.^o Irio Gonçalves Boraschi
Universidade do Estado de Mato Grosso

PONTES E LACERDA - MT, ____ DE _____ DE 2019.

A todos que ainda acreditam nas leis e em uma
sociedade mais justa.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir mais uma fase de minha trajetória acadêmica agradeço a todos os professores que passaram por este setor de minha vida desde a alfabetização e, que com a arte de ensinar, me transmitiram seus conhecimentos. Com eles não só aprendi teorias, mas aprendi e desenvolvi o gosto pelo estudo e aprendizagem. Com eles obtive experiências de vida e perspectivas de futuro.

Agradeço a todos os docentes do curso de direito que lecionaram para a turma 2015/1 desta universidade, cada um com suas peculiaridades, fizeram com que aprendêssemos a busca incessante pelo conhecimento jurídico no âmbito de suas constantes mudanças. Nos ofereceram o melhor para que saíssemos aptos ao mercado de trabalho.

Em especial, agradeço a minha orientadora Cleide Marlena de Ávila Espindola, por quem tenho grande apreço como pessoa e como profissional, por ter aceitado o desafio de me orientar na realização deste Trabalho de Conclusão de Curso, pela disposição sempre em auxiliar na busca pelo melhor caminho. Gratidão pelos conselhos e exemplos inspiradores que nos incentivaram e fortaleceram a seguir sempre em frente.

À minha família pai, mãe e irmã, e aos amigos que se fizeram família durante esses 5 anos também, os quais não mediram esforços, incentivos, orações e palavras de encorajamento para que eu prosseguisse. Aos que sempre acreditaram em mim e torceram por minhas conquistas, e, aos que duvidaram também. Aos que assim como eu, enfrentaram ou virão a enfrentar o desafio de estudar e trabalhar 8 horas por dia ao mesmo tempo, durante todos os 5 anos de curso, sejam fortes e não desistam.

Gratidão a Deus!

“Não deverão gerar filhos quem não quer dar-se ao trabalho de criá-los e educá-los.”

Platão, Da obra "Críton".

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88	–	Constituição Federal de 1988
CC	–	Código Civil (vigente)
ECA	–	Estatuto da Criança e do Adolescente
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
Art.	–	Artigo
Arts.	–	Artigos
AgInt	–	Agravo Interno
AREsp	–	Agravo em Recurso Especial
REsp	–	Recurso Especial
AGNU	–	Assembleia Geral das Nações Unidas
PUC-SP	–	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de curso versa sobre a aplicação de indenização nos casos de abandono afetivo, o qual buscou-se com base em diversos argumentos doutrinários favoráveis estabelecer a viabilidade da aplicação desta indenização pela via jurisdicional, no entanto, apesar de todos os preceitos doutrinários existentes se depara com a enorme disparidade nos entendimentos dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. O estudo versa sobre a importância da afetividade para o desenvolvimento de crianças e adolescentes. Trata também do cuidado como norteador fundamental no cumprimento dos deveres juridicamente estabelecidos aos pais no que se refere ao poder familiar. Mais adiante explana sobre a responsabilidade civil e sua caracterização pelos critérios de ato ilícito, dano e nexo de causalidade. Realiza análises de argumentos jurisprudências e estabelece críticas a eles, evidenciando a viabilidade dos mesmos. Chega-se a consideração de que a aplicação de indenização nos casos de abandono afetivo é cabível e tem respaldo em nosso ordenamento em vários ramos, a citar o Código Civil, Estatuto da Criança e dos Adolescentes, Constituição Federal de 1988 e no tratado internacional sobre os direitos de criança e adolescentes ao qual o Brasil é signatário. No entanto, verifica-se que apesar da doutrina majoritária defender a aplicação desta indenização há uma corrente contrária que resiste em aderir e conceder respaldo legal a esses casos.

Palavras-chave: Aplicabilidade de Indenização. Abandono Afetivo. Direito de Família. Divergência STJ. Direitos de Crianças e Adolescentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 AFETIVIDADE	10
1.1 O CUIDADO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – PODER FAMILIAR ...	13
1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2 DO DANO MORAL E SUA CONSEQUENTE REPARAÇÃO OU INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	23
3 ANÁLISE ARGUMENTATIVA JURISPRUDENCIAL	27
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	322
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	333

INTRODUÇÃO

O abandono afetivo é uma ofensa aos direitos de crianças e adolescentes, os quais em decorrência do descumprimento de um dever legal acabam por ter seu desenvolvimento integral comprometido, podendo a desenvolver em seu futuro sequelas e traumas irreparáveis. Diante disto, faz-se necessário que haja o estabelecimento de um entendimento favorável a aplicação de indenização a fim tutelar o direito dos menores.

Este trabalho de conclusão de curso visa explorar as questões sobre aplicação da indenização por abandono afetivo em virtude da relevância jurídica e social que o tema apresenta, o qual surge dentro do núcleo familiar e emerge às realidades contemporâneas da sociedade.

Posiciona-se em favor da defesa da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional principalmente de crianças e adolescentes, bem como em defesa da amplitude deste direito o qual deve ser respeitado e regulamentador de todas as demais áreas, inclusive o Direito de Família. Cabe aqui salientar que a indenização por abandono afetivo não se trata de uma monetarização ou quantificação do afeto/amor, mas sim do devido respaldo de quem assiste aos seus direitos sendo infringidos.

O presente trabalho inicia-se com uma explanação sobre o instituto da afetividade, fala-se sobre o cuidado como obrigação constitucional acompanhando o poder familiar. Em seguida trata-se sobre a responsabilidade civil e por fim analisa argumentos jurisprudenciais tecendo algumas críticas relevantes. O objetivo é esclarecer que a afetividade tem respaldo jurídico e como tal deve ser tutelada pelo direito.

Neste trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica no que se refere a doutrinas. Como método têm-se o indutivo, através do qual partimos do raciocínio isolado constante nos argumentos dos julgados analisados com a projeção de uma verdade geral. Tais julgados foram localizados pela pesquisa “Indenização e abandono afetivo” no site do STJ, constitui-se um total de 07 acórdãos, sendo estes atualmente os fomentadores da discussão no tribunal, o qual foi escolhido por sua atribuição em julgar assuntos deste gênero e por ser instância majoritária. Não há recorte temporal, pois realizou-se análise de todos os acórdãos encontrados.

A investigação caracteriza-se pelo modo qualitativo, o qual far-se-á descrições, comparações e interpretações.

1 AFETIVIDADE

Um dos principais fatores que norteiam o desenvolvimento humano, desde os primórdios de sua geração, é a afetividade. De acordo com o dicionário Aurélio da língua portuguesa (FERREIRA, 2010) a afetividade é um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza.

Partimos do princípio defendido por Abigail Alvarenga Mahoney¹ - pesquisadora convidada do Programa de Estudos Pós-Graduados em Educação: Psicologia da Educação, da PUC-SP - de que todos os seres humanos são afetados por elementos e estímulos externos e internos, e, que desta forma, tendem a respondê-los, seja de maneira positiva ou negativa.

Para Wallon (SALLA, 2011), a vida psíquica é formada por três dimensões, sendo a motora, afetiva e a cognitiva, as quais atuam em conjunto. Segundo ele o processo de evolução depende tanto da capacidade biológica do indivíduo quanto do meio em que o mesmo se insere, uma vez que em sua concepção as pessoas nascem com um equipamento orgânico que lhes permitem alguns recursos, no entanto é o meio que permitirá que desenvolvam potencialidades.

Sendo assim aferimos que a afetividade se encontra sob uma linha tênue do estado de subjetividade determinante e a constituição da estrutura psíquica do ser humano, o qual em suas fases iniciais é inerente a sua formação, crescimento e desenvolvimento. Desta forma a afetividade se faz como elemento imprescindível na construção do mundo interior e do ser em aspecto geral.

É notório que desde o nascimento, a atenção, o cuidado, o carinho, o contato são elementos extremamente necessários para o desenvolvimento saudável e adequado do ser humano. Não obstante a ausência de afeto pode acarretar nos filhos um cenário de inseguranças, rebeldias, revoltas, causando-lhes futuramente desequilíbrios sociais e traumas.

A afetividade é, considerada atualmente, na visão doutrinária e até mesmo no senso comum, elemento essencial à vida humana e sua essencialidade pode ser mensurada através dos banais efeitos negativos que gera na personalidade do homem quando não suprida satisfatoriamente.

É evidente que desde o nascimento à vida adulta a afetividade é instrumento regulador

¹ ____apud SALLA, Fernanda. O conceito de afetividade de Henri Wallon. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/264/0-conceito-de-afetividade-de-henri-wallon>>. Acesso em: 01/09/2019.

de condutas e comportamentos. Considera-se a relação de afeto como direito fundamental ligado diretamente ao princípio da pessoa humana.

Flávio Tartuce sustenta que:

O afeto talvez seja apontado atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2017. p. 47).

A partir do argumento apresentado por Tartuce temos que o afeto é fundamental nos dias atuais, uma vez que é fundamento nas relações familiares. Podemos inferir ainda, partindo deste pressuposto, que as relações familiares sem afetividade não passam de relações sociais comuns, e talvez por isso, muitas vezes conturbadas. Defende o autor que a dignidade da pessoa humana é direito fundamental e que o afeto decorrente da constante valorização dessa dignidade deve ser considerado no âmbito jurídico, mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior.

Nesta mesma linha, segundo Clayton Reis e Simone Xander Pinto:

O afeto constitui emoção positiva no ambiente familiar. É um direito da personalidade, sendo considerado como um dos seus predicados – talvez, o mais importante deles partindo da consideração de que o ser humano se encontra essencialmente ligado uns aos outros através dos laços da afetividade. (REIS; PINTO, 2012, p. 521.)

Assim, as relações interpessoais contemporâneos são repletas por esses laços de afetividade. Sendo estes determinantes na formação e desenvolvimento, especialmente quando lidamos com crianças e adolescentes.

Na relação entre pais e filhos Clayton Reis e Simone Xander Pinto ainda explanam que:

O afeto é o ponto determinante nas relações familiares, especialmente entre os pais e os filhos. Não se pode descurar que o ser humano que sempre mereceu particular proteção do *mens legis*, fique ao desamparo dos titulares do poder familiar. O cumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder não se circunscreve apenas nas obrigações de mera conduta de proteção, assistência material, intelectual, mas sim no dever de cuidar e tratá-los com emoções e sentimentos. Os filhos merecem um novo olhar, um olhar claramente humanizado. Somente através dessa linha de conduta será possível modelar a personalidade dos filhos, voltada para a construção de uma sociedade em que predomine o princípio da dignidade da pessoa humana. (REIS; PINTO, 2012, p. 504).

Diante deste argumento observamos a função fundamental do afeto nas relações interpessoais, mas, principalmente nas relações familiares. Alega-se que não deve haver desamparo àqueles que sempre mereceram proteção especial, e vai além destacando que o poder familiar não se restringe a obrigações de mera conduta protetiva, material ou intelectual, mas sim de uma conduta humanizada a fim de proporcionar aos filhos uma personalidade modelada em uma sociedade digna.

Assim exposto, considera-se acertada a afirmação do afeto como valor jurídico em nosso sistema judicial brasileiro, reconhecendo o direito ao afeto que deve haver no âmbito familiar, principalmente quando referem-se aos filhos. No Direito de família deve-se considerar pai quem transmite amor e afeto ao filho, ou seja, para se instituir como pai não basta apenas gerar e deixá-lo a mercê da sociedade.

Apesar de o Código Civil não ter inserido em seu texto disposições ao Direito de Família que institua a afetividade como valor jurídico passível de tutela, em seu art. 1.584, § 5º do CC², utilizou-se da palavra afetividade no momento em que se referiu a proteção dos filhos nos casos de dissolução de vínculos conjugais, estabelecendo que quando observado que os filhos não devam ficar sob a guarda dos pais, o juiz poderá deferir a guarda para àqueles que tenham compatibilidade com a natureza da medida, utilizando como critério a análise do grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade.

Sobre essa questão, Paulo Lôbo afirma:

“O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.” (LÔBO, 2011; p. 67).

Neste sentido, Paulo Lôbo (2011) afirma que o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, devendo ser reconhecido no campo jurídico. Diz ainda que perante as constantes transformações da sociedade civil a afetividade está atualmente intrínseca no campo jurídico, essencialmente no que concerne as relações familiares. Por conseguinte, considera-se que a intitulação da afetividade como princípio fundamental nas relações

² Art. 1.584, CC - § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

familiares relaciona-se completamente ao princípio da dignidade humana, o qual é resguardado constitucionalmente.

1.1 O CUIDADO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – PODER FAMILIAR

Nas primeiras fases de vida o ser humano é condicionado, em decorrência de seu caráter de vulnerabilidade, a necessitar de pessoas que proporcionem seu adequado desenvolvimento. Em via de regra esta função é responsabilidade de seus genitores. Para entendermos a obrigação constitucional de cuidado, faz-se necessário a noção de que há a regulamentação de um poder familiar, o qual no conceito de Waldyr Grisard Filho:

“É o conjunto de faculdades [...] encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social. Para alcançar tal desiderato impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de conduta pautado no artigo 1.634 do CC o é em caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade.” (GRISARD FILHO, 2010; p. 35.)

Grisard (2010) nos elenca claramente que os pais são os detentores da função de proporcionar aos filhos o pleno desenvolvimento, em todos os âmbitos possíveis. Ressalta ainda que faz-se necessário ultrapassar os elementos básicos estabelecidos em lei os quais foram estabelecidos em caráter mínimo, fato que não impede e muito menos exclui que outros elementos sejam exigidos essencialmente para que haja o desenvolvimento adequado da prole. Neste sentido é preciso satisfazer as necessidades de seus filhos oriundas também do âmbito afetivo.

Temos que as faculdades elencadas no rol taxativo do art. 1634 do CC referem-se a um encargo estabelecido em lei aos pais. Tal encargo, frente aos filhos submetidos ao poder familiar, é um conjunto de poderes-deveres, porém não fornece autonomia absoluta aos pais, e sim, relativa, uma vez que é regulado pelo Estado a fim de resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

No que tange ao Estado este é um encargo submetido a fiscalização estatal, ou seja, caso ocorra violação ou abusos em seu exercício poderá acarretar a limitação deste poder familiar, suspensão ou até mesmo extinção.

Estabelece, o art. 1.630 do CC³, que os filhos enquanto menores estão subordinados ao poder familiar sendo este irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Neste sentido é importante esclarecemos quem pelo ordenamento é considerado menor e por lei é submetido ao poder familiar. O ECA⁴ estabelece os critérios da menoridade, onde considera-se como criança quem tem 12 anos incompletos, enquanto adolescentes os que possuem entre 12 anos completos a 18 anos incompletos. O exercício e titularidade do poder familiar são destinados aos pais sob igualdade de condições, devendo ser desempenhada essa função de acordo com o melhor interesse dos filhos.

Em suma, o poder familiar designa a função ou dever de garantir aos filhos, sob sua condição estrita de desenvolvimento, seus direitos reconhecidos em lei. Sendo também instrumento pelo qual os pais cumpram com seu dever de assegurar os direitos fundamentais dos filhos.

São responsáveis por garantir a proteção dos direitos de crianças e adolescentes a família, sociedade e o Estado. A família e a sociedade não cumprindo com o seu papel recai sobre o Estado tal dever, tendo em vista que são direitos prioritários, fundamentais e indisponíveis.

De acordo com a CF/88 em seu art. 227 a criança e o adolescente possuem direitos fundamentais resguardados:

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

Diante este artigo o legislador, no que concerne à dignidade de crianças e adolescentes elenca como dever da família, do Estado e da sociedade todos os preceitos básicos para assegurar com prioridade absoluta os direitos dos infantes.

Seguindo neste âmbito, a colaboradora integrante do grupo de redação do art. 227 da CF/88, Maria do Rosário Leite Cintra aborda que:

³ Art. 1.630, CC - Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁴ Art. 2º, ECA - Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

“Entre os direitos fundamentais da criança elencamos, ao lado do direito à vida, saúde, à alimentação, à proteção ao trabalho, o direito de ser criado e educado (...) no seio da família (...). Realmente a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste. Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz (...). A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo.” (CINTRA, 1992; p. 83).

A autora aborda que o direito de ser criado e educado no seio da família integra os direitos fundamentais da criança, e, sustenta seu argumento, dizendo que esta é condição indispensável para o crescimento e desenvolvimento saudável e adequado da criança. Sem o qual as funções vitais do ser não funcionam. Maria revela que “desabrochar para o mundo” inclui um movimento de dentro para fora, que ocorre de maneira natural conforme hereditariedade e energia própria do indivíduo, mas que esse movimento é submetido as condições ambientais, as quais podem potencializar, diminuir ou até mesmo obstaculizar tal processo. Para ela a ambiência se constrói dentro do seio familiar, o qual se faz propício para todo aprendizado inicial e desenvolvimento, por ser o lugar normal e natural para se efetuar a educação.

Neste contexto Maria do Rosário (1992) destaca a importância da função exercida pelo instituto da família, fundamentando que esta é indispensável, pois sem ambiência não há como por si só, biologicamente, desenvolver-se adequadamente para o mundo. Nesse sentido o aconchego, o carinho e o afeto se fazem essenciais.

O ECA em sua redação, especificamente em seu art. 22⁵, traz os deveres dos pais em criar, educar, exercer a guarda, sustento e cumprimento de determinações judiciais. No mesmo sentido, o art. 1.634 do CC repete alguns desses deveres e expande trazendo outras hipóteses, vejamos:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

⁵ Art. 22, ECA - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Esse art. 1.634 do CC, em destaque, expressa o dever de exercer a guarda do filho, como atributo do poder familiar. Isso significa que o direito de manter o filho sob guarda e/ou companhia permite dirigir seu comportamento, resguardá-los de certos lugares e companhias, dar-lhe residência e domicílio, entre outros, são aspectos que traduzem-se no dever de concedê-los saúde, segurança, educação e vida, a fim de garantir-lhes um futuro digno.

Sendo assim, a convivência familiar traduz-se em um direito fundamental estando embasada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescentes. É, portanto, um direito autoaplicável, não sendo possível sua limitação ou eliminação pelas vias constitucionais ou infraconstitucionais que sejam. Não se faz necessário nesse caso regulamentações infraconstitucionais, é explícito que cabe à família, à sociedade e ao Estado garanti-lo.

Neste sentido destaca Wladimir Paes Lira (2010):

“O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito fundamental, e como tal, uma necessidade básica, já que é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade.” (LIRA, 2010, p. 554).

Na mesma linha de raciocínio Clayton Reis e Simone Xander Pinto defendem que a casa-família é o ambiente onde começa o desenvolvimento de nossas emoções, o que se dá a partir de uma relação em que figuram como elementos principais o amor, o respeito e a consideração:

“Todas as emanções que provem do direito de família certamente são oriundas de manifestações da personalidade das pessoas que integram esse grupo social. É na intimidade do grupo familiar em que as pessoas ‘despem’ suas ‘fantasias sociais’ impostas pelos regramentos determinados pelos padrões presentes no ambiente plural. No interior da família somos o ‘homem primário’, despido das fantasias das

convenções, sem limites de condutas e por consequência em processo de educação e formação da cidadania. Por esta razão que a família é a base da sociedade considerada inclusiva como sua célula *mater*. É no ambiente familiar que estruturamos nossa personalidade pessoal e social. (...). A intervenção do processo educativo, a conduta dos pais, o modelo de estruturação familiar, as heranças da família e os padrões utilizados pelos pais no processo de educação dos seus filhos, é que formam a base dos elementos axiológicos importantes na estruturação da personalidade dos filhos. (...) E, todo esse processo de personalização só se opera, como afirmado, no interior do lar, na intimidade da família e na adequada estruturação presente nesse projeto e arquitetura do novo ser social.” (REIS, PINTO, 2012; p. 503-523, p. 509).

É incontestável que a base de todo e qualquer indivíduo, em primeiro lugar, é a família. Conforme abordado por Clayton Reis e Simone Xander Pinto (2012), é no ambiente familiar que estruturamos nossa personalidade pessoal e social, sendo as relações familiares vetor determinante nesse processo, no entanto isso só se faz possível através convívio.

A convivência foi estabelecida como direito em tratados internacionais, a própria Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente aderida pela Resolução nº L44 (XLIV) da AGNU em 20 de novembro de 1989 assegura proteção e cuidados especiais para crianças e adolescentes, concedendo-lhes proteção jurídica adequada em função da falta de maturidade física e mental. Nesse sentido visa estimular os países membros a promoverem o desenvolvimento completo de suas crianças harmonicamente, possibilitando que ele ocorra preferencialmente no âmbito familiar, dando preparo e educação consonantes com dignidade, liberdade, solidariedade, tolerância e igualdade para uma futura vida individual em sociedade.

Desta forma, o suporte necessário para o desenvolvimento social e emocional saudável dos infantes deve estar na família, tendo os pais e as demais pessoas encarregadas a responsabilidade de oferecer condições de vida para que isso ocorra.

O Brasil ao aderir esta Convenção reconhece o direito à convivência como direito humano, devendo zelar pela não separação do infante de sua família, com certas exceções, de acordo com o maior interesse da criança, onde deve-se seguir a legislação vigente e o procedimento judicial do Estado.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro podemos encontrar no artigo 1º, inciso III da CF/88⁶ a positivação da dignidade da pessoa humana, o que impõe o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles o direito de convivência.

A convivência dos filhos com os pais e com a família é o preceito trazido pelo artigo 19 do ECA, qual seja:

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos; III - a dignidade da pessoa humana;

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

O intuito é a garantia do desenvolvimento da criança no lar juntamente com os pais, entretanto, poderá ocorrer em família substituta em casos especiais, porém sendo sempre assegurado preferencialmente que a convivência ocorra junto com a família.

Extrai-se da redação do artigo 16, inciso V do ECA:

O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

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

Sendo assim, podemos constatar que os pais que não convivem e não criam relações de afeto com seus filhos violam o direito da criança ou do adolescente à convivência, à personalidade, à liberdade, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Tarcísio José Martins da Costa (2004) analisa que o direito à convivência é mais do que simplesmente um direito, é uma necessidade vital da criança posicionada no mesmo grau de relevância do direito fundamental à vida. Sem haver convivência não há como cumprir com os deveres de educar, corrigir, fiscalizar, vigiar, exigir obediência, respeito e colaboração, orientar sobre questões de cidadania, religião, profissão e vida sexual. Por conseguinte, ocorrerá um enorme déficit no desenvolvimento físico, psicológico e espiritual da criança ou adolescente.

Vale ressaltar, ao contrário do que muitos pensam, o divórcio, a separação, ou ainda, o findo da união estável não são capazes de modificarem os deveres e direitos dos pais para com seus filhos, pois nem união nem a convivência entre os pais é requisito para a titularidade do poder familiar.

Estabelece o artigo 1.632 do CC que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

A não convivência de pais e filhos na mesma residência não exclui os deveres e obrigações dos mesmos, ainda que trate-se de guarda unilateral, os filhos permanecem submetidos à sua autoridade.

Referente a este tema aduz Maria Berenice Dias:

Ainda que a “posse de filho” não decorra da simples presença física no domicílio do pai ou da mãe, a definição da “guarda” identifica quem tem o filho em sua companhia. Todavia, o fato de o filho residir com um deles não significa que o outro “perdeu a guarda”, expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. De qualquer sorte, com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho ficava sob a guarda de um, e ao outro era assegurado o direito de visita, que acabava sendo regulamentado minuciosamente, estabelecendo-se dias e horários de forma às vezes bastante rígida. (DIAS, 2009, p. 399).

Para que haja o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, e uma diminuição dos transtornos que poderão advir da não convivência dos pais na mesma residência se faz essencial o contato com ambos os pais. Através do princípio da proteção integral o importante é definir formas de convivência de maneira para que as necessidades psíquicas da criança sejam atendidas, não sendo possível proteger integralmente se houver a exclusão/ausência de qualquer um dos genitores.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, ampliou-se e atualmente abrange todos os ramos do direito cível, inclusive o Direito de Família. Traduz-se pelo dever que pessoas físicas ou jurídicas, adquirem a partir de determinados atos ou por lei, de compensar e/ou reparar danos causados a outrem, objetivando inibir que tais atos aconteçam repetidamente. Tal responsabilidade pode ser objetiva por mera imposição legal, ou subjetiva, decorrente de ato do próprio imputado ou do que quer que esteja sob sua guarda, como coisas ou animais por exemplo.

Para Rui Stocco:

Não se pode deixar de entender que a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É, portanto, uma consequência e não uma obrigação original, considerando que esta constitui

sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente. Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil, é, portanto, a retratação de um conflito. Enfim, responsabilidade é a obrigação secundum ius, enquanto responsabilizar é fazer justiça, de sorte que no conflito entre Direito e Justiça, melhor dar preferência a esta [...]. (STOCCO, 2011; p. 133).

Sendo assim, partindo do entendimento do doutrinador Rui (2011), a responsabilidade é o instituto ao qual todos que se sentem lesados, insatisfeitos e/ou injustiçados, recorrem. Desta forma, todos os que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência obtiverem como resultado dano ou violação de direitos de outrem, estão sujeitos as consequências de seus atos através da responsabilidade civil. Isso corresponde a um modo de equilíbrio social e está fundamentado pelo art. 186 do CC⁷.

Quando nos deparamos com a alguém em desrespeito a alguma regra jurídica, estamos frente a uma infração. Por conseguinte, se desta infração resulta-se dano, além da ilicitude do ato, irá emergir também o dever de indenização do prejuízo atribuído a vítima.

Em se tratando de responsabilidade civil é fundamental sabermos que esta é extracontratual, ou seja, não há contrato formal em que assinam as partes, o que há na verdade é uma obrigação legal. Ademais a responsabilidade civil é analisada sob três requisitos imprescindíveis, quais sejam a ilicitude do ato, o dano e o nexo de causalidade.

Relacionado a esses requisitos José de Aguiar Dias afirma que há quatro exigências:

1. Dano deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral;
2. A relação de causalidade, a causal conexão, laço ou relação direta de causa e efeito entre fato gerador de responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis;
3. A força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa e efeito, o mesmo efeito preclusivo;
4. As autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade. (DIAS, 2006; p. 131).

Observa-se que não são todos ou quaisquer atos ilícitos que causam danos, e nesse sentido afirma Fernando Noronha (2003, p.467) que “É necessário para que surja a obrigação de indenizar, [...] que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada, ou seja, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido”.

⁷ Art. 186, CC - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

De maneira complementar, é notório salientar a culpa como sendo um dos pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que se estabelece no art. 186 do CC que a ação ou a omissão do agente deve ser voluntária ou pelo menos caracterizada por imprudência ou negligência. Para a configuração do dever de indenizar somente o fato de se comportar de forma ilícita, ou seja, agir mal objetivamente, não é suficiente. É necessário que haja culpa, ação ou omissão voluntária revestida de imprudência ou negligência, diante acontecimento que o permitia ter agido de maneira diversa a qual não imputaria infração alguma.

Carlos Roberto Gonçalves defende:

Se, da comparação entre a conduta do agente causador do dano e o comportamento de um homem médio, fixado como padrão (que seria normal), resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do primeiro – nos quais não incorreria o homem-padrão, criado in abstracto pelo julgador – caracteriza-se a culpa. (GONÇALVES, 2012; p. 51).

Como exposto, o art. 186 do CC exige a presença da culpa, sob seu sentido amplo ou estrito. Amplo se ocorre sob inteiro conhecimento e intenção, casos em que não há possibilidade da previsão de dano, ou seja, caso o agente não demonstre o conhecimento total das consequências tratando-se de algo imprevisível, não há o que se falar em culpa. Estrito se ocorre da violação de um dever do agente que poderia conhecer e executar, de acordo com comportamento social padrão.

Fazendo um apanhado geral, o ordenamento jurídico do Brasil admite responsabilidade civil objetiva, ou seja, ou invés de considerar o dolo (vontade lesiva) ou culpa (imprevisibilidade) impõe-se responsabilidade ao risco em que a vítima foi exposta ou ao risco assumido pelo agente no ato de causar dano a outrem.

Há quem acredite que o simples pagamento de alimentos aos filhos, em suprimimento do abandono material, o exime de qualquer outra responsabilidade. Engana-se quem pensa desta maneira, uma vez que o abandono intelectual ensejando o descumprimento do dever constitucional de prover educação e formação escolar, bem como o desenvolvimento dos filhos, pode refletir em responsabilidade civil com necessidade de indenização pelos danos materiais ou pessoais acarretados.

Não obstante, devemos considerar também como algo crucial, a existência do dano, no âmbito da responsabilização civil, pois sem sua existência não há o que se reparar. No entanto há uma grande dificuldade de comprovação quando tratamos de danos imateriais na esfera subjetiva, como é o caso do dano acarretado por abandono afetivo objeto de estudo deste

trabalho. Neste aspecto Maria Helena Diniz aborda que “a presunção absoluta do dano, dispensa a alegação do prejuízo”, ou seja, independentemente de comprovação para aferição de valores, o dano não se extingue. Assim sendo, temos que para a incidência de responsabilidade civil basta que ocorra lesão a algum dever jurídico.

Contudo, a responsabilidade civil no que tange ao direito de família é norteadada principalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual pode incidir a responsabilidade parental, solidariedade familiar e afetividade, quesitos esses de imensurável importância para a proteção integral de crianças e adolescentes.

2 DO DANO MORAL E SUA CONSEQUENTE REPARAÇÃO OU INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Designa-se por dano moral os atos que ferem aos direitos da personalidade, atingindo o ânimo psíquico, moral e intelectual do indivíduo causando dor moral, não necessariamente resultando em perdas pecuniárias.

De acordo com Cavalieri (2008), o dano moral envolve a violação aos direitos da personalidade, bem como dos chamados novos direitos da personalidade, como a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais.

Somente a partir de 1988, com a promulgação da nossa Constituição atual, que houve a previsão expressa da possibilidade de indenização não só material, mas também moralmente. Passa a ter previsão perante os art. 5º, V e X da CF/88, a qual é nossa carta magna e referência a todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais obtendo desta forma máximo respeito na esfera jurídica.

Em seu texto relata que:

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

V- É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para Maria Berenice Dias ao manifestar sobre o assunto diz:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimento e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. (DIAS, 2011, p. 62).

No entanto os entendimentos referentes ao tema são divididos em duas vertentes. De um lado admite a incidência de responsabilidade civil somente nos casos de configuração de ato ilícito conforme preceitua genericamente os arts. 186 e 187⁸ do CC, excluindo-se o dever de indenização sem que haja cláusula geral de ilicitude. De outro lado, consideram que a indenização decorrente da responsabilidade civil ocorreria tanto nos casos de ilicitude como prevê os artigos 186 e 187 do CC, como também nas situações específicas de violação dos deveres familiares preceituados conforme norma legal.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

Com efeito, a indenização, na área do Direito de Família, embora incomum e naturalmente imprópria (em setor onde o pessoal se sobrepõe ao patrimonial) ganha novo alento, na medida em que se revela uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família. (LEITE, 2011; p.36).

Diante este contexto é que surge a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Segundo o qual Maria Berenice Dias defende que:

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio. (...) Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar (CC.1638, II). Porém, esta penalização não basta. Aliás, a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono. (...) A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas. (DIAS, 2011, p. 70).

O principal fundamento jurídico para a aplicabilidade de indenização por abandono afetivo consta no art. 186 do CC, o qual conceitua que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”. A partir disto fica nítido a violação do genitor quanto ao desamparo emocional que causa ao abandonar um filho, os atributos estabelecidos no art.

⁸ Art. 187, CC - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

1.634 do CC, bem como no art. 227 da CF/88 e no ECA, os quais garantem total respaldo fundamental ao desenvolvimento da criança e do adolescente, são todos desrespeitados, escancaradamente.

Segundo Flávio Tartuce (2017) trata-se de lesão a um direito da personalidade, em conformidade ao art. 12, caput do CC, principalmente na lesão à honra e à integridade físico-psíquica e, as atribuições do poder familiar são autênticos deveres jurídicos que ao serem violados ensejam o direito subjetivo a indenização pecuniária, bem além da simples perda do poder familiar.

Para Flávio Tartuce:

Antes de mais nada, é preciso, de imediato, firmar aqui o posicionamento favorável à reparação dos danos morais nos casos de abandono afetivo, particularmente nas hipóteses em que fica clara a presença de danos imateriais ao filho abandonado. (...) Somente como argumento subsidiário para justificar a existência de violação de um direito alheio pode ser invocado o direito do filho ao amor de seus genitores. Segundo a melhor doutrina, o direito ao amor é um direito fundamental do menor, uma vez que entre os seus direitos essenciais se coloca, em primeiro plano, o direito de receber uma carga afetiva dos genitores, o que é primaz para sua formação como pessoa humana. Desse modo, como já se observou na doutrina, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial da questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que no abandono afetivo há a presença da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei. Ato contínuo de análise, não é pertinente voltar ao debate já superado quando da discussão da própria existência do dano moral como reparável, sobre a monetarização do afeto. (TARTUCE, 2017; p. 234).

Sob a íntegra deste argumento Tartuce é incisivo ao declarar seu posicionamento favorável a aplicação da indenização por abandono afetivo, sustentando ainda que nessas hipóteses fica nítido a incidência de danos imateriais ao filho abandonado. O doutrinador segue alegando a importância da carga afetiva dos genitores e afasta pormenores acerca de questão inerentes ao fato, o de que há lesão de um direito alheio pelo desrespeito de um dever legal.

O Direito Civil Brasileiro quanto ao princípio da reparação integral do dano normatiza que deve a vítima ser ressarcida em sua integralidade pelo dano sofrido. Vale ressaltar que a indenização será calculada de acordo com a extensão do dano causado e não permite-se que seu valor seja fixado em índices superiores aos danos causados, da mesma forma não permite-se que seja inferior.

Declara Augustinho Alvim:

É certo que a maior ou menor gravidade de falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-se a extensão. (ALVIM, 1972, p. 1999).

O ordenamento jurídico deixou por responsabilidade dos magistrados a fixação dos valores a serem pagos em casos de danos morais, atributo nada fácil. Não consta normatizado no CC os critérios para fixação pecuniária de tal indenização, estabelecendo somente critérios subjetivos.

Em relação a esta problemática de quantificação do dano moral, defende Cavalieri (2008; p. 91), “não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial”.

Dispõe Gonçalves que:

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação [...] a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. Desta forma, caberá ao juiz em cada caso, utilizar parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, analisar as circunstâncias e fixar a indenização adequada, atentando ainda para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação. (GONÇALVES, 2003, p. 596).

Concordamos que a penalização sob ameaça de perda pecuniária não é o melhor trajeto para a construção de vínculos afetivos. No entanto, se os genitores no mínimo visitarem ou conviverem um pouco com seus filhos mesmo que por medo de algum processo para pagamento de indenização, já diminuirá a sensação de abandono para o filho. Maria Berenice Dias (2011, p. 462), nessa mesma linha de pensamento, aborda que os pais devem ter a consciência da importância e necessidade de fornecer afeto aos filhos que nasceram sem pedir, em razão da exclusiva ação de seus pais, é imperioso que a justiça tenha o papel de compelir forçosamente o cumprimento dessa obrigação.

3 ANÁLISE ARGUMENTATIVA JURISPRUDENCIAL

Para o desenvolvimento de uma posição acerca da aplicabilidade da indenização em decorrência do abandono afetivo, o presente trabalho além traçar concepções doutrinárias relevantes ao tema proposto, conforme abordado até aqui, teve como desafio a análise de argumentos jurisprudenciais. Sendo assim, o STJ foi definido como base para obtenção dos julgados, uma vez que em âmbito nacional versa sobre o direito privado o qual engloba o Direito de Família, nosso ramo de pesquisa.

A frase utilizada para a localização dos julgados foi “Indenização e abandono afetivo”, sendo a partir daí disponibilizados 7 (sete) acórdãos os quais serão objeto de análise, sem discriminação temporal. Não caberá neste momento esmiuçar o inteiro teor de cada julgado com fulcro no caso concreto, mas sim analisar os principais argumentos arguidos para provimento ou não da indenização nos casos de abandono afetivo.

Seguindo uma linha do tempo, iniciamos pelo REsp 757411/MG, julgado em 29/11/2005 tendo como relator o Ministro Fernando Gonçalves da quarta turma. Sendo o primeiro a chegar ao STJ abordando a pretensão de indenização por abandono afetivo, teve um improvimento em primeira instância e no STJ também não prosperou.

Como argumento o Ministro Fernando Gonçalves alegou que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”. O mesmo defende que não é cabível estabelecer obrigatoriedade em amar ou ser afetuosos com alguém, e, ainda, que a indenização afastaria ainda mais a possibilidade de um convívio harmonioso entre pai e filho, mesmo que tardiamente. Não obstante, diz que deferir o pedido de indenização não atende nem mesmo o objetivo de reparação financeira, o qual, segundo ele, já é atendido pelo pagamento de pensão alimentícia. No tocante ao efeito punitivo e dissuasório de tal indenização o mesmo repele falando que este por sua vez é atendido pela perda do poder familiar.

O relator Fernando Gonçalves (REsp 757411/MG, 2005) argumenta que não cabe ao judiciário obrigar alguém a amar ou manter relacionamento afetivo. Ora, como já vimos a partir das análises doutrinárias não trata-se do julgamento de ser o amor ou afeto uma condição obrigacional por lei, mas sim, como bem salientou Tartuce (2017), a questão se refere a violação de um direito fundamental da criança e do adolescente, ferindo os preceitos legais estabelecidos no art. 1.634 do CC, bem como no art. 227 da CF/88 e no ECA, como já falamos.

Fernando Gonçalves (2005) alega ainda que a indenização afastaria ainda mais a

possibilidade de um convívio harmonioso entre pai e filho. Como podemos falar em possibilidade de convívio harmonioso quando houve uma rejeição do genitor ao filho, consagrando uma mágoa imensurável e sequelas as vezes irreversíveis. Quem teve um direito lesado e faz jus ao respaldo legal é o filho abandonado, o genitor por sua vez não tem atributos para se questionar um litígio o qual ele próprio incidiu quando do abandono.

Por conseguinte, Fernando Gonçalves (2005) traz à tona que a indenização nos casos em questão não cumpre objetivo de reparação financeira, o qual, segundo ele, já é atendido pelo pagamento de pensão alimentícia. Analisamos no decorrer deste trabalho que nada tem a ver o abandono material com o abandono afetivo, desta forma o pagamento de pensão alimentícia não infere a quitação de todos os danos causados e não impede que seja pleiteada a indenização.

Fernando (2005) fala sobre a perda do poder familiar, fundamentando que tal perda já enseja o caráter punitivo da questão. Vejamos, o genitor que não oferece a mínima preocupação com sua prole se atingirá pela perda do poder familiar, nos observa que não. Este fato o genitor mais no aspecto de uma premiação ao se ver livre de uma responsabilidade, do que precisamente de uma punição.

Em discordância ao relator Fernando Gonçalves, neste mesmo julgado, o Ministro Barros Monteiro tende por reconhecer ato ilícito na conduta do genitor que não cumpre com seu dever familiar de convívio e afeto com o filho. Segundo Barros ao lado do dever de assistência material, há o dever de assistência moral proporcionando convivência, acompanhamento e devido afeto. Barros argumenta, por conseguinte, que a destituição do poder familiar não interfere na atribuição de indenização por dano moral com previsão não só no ECA mas também no CC.

Na data de 28/04/2009 o STJ julga o segundo recurso referente a matéria, sendo este o REsp 514350/SP tendo como relator o Ministro Aldir Passarinho Junior da quarta turma. Foi improvido a indenização em primeira instância, seguindo da mesma forma no STJ. O relator segue na íntegra o entendimento da corte concedido no REsp 757411/MG. Em 24/04/2012 julga-se o REsp 1159242 / SP sob relatoria da Ministra Nancy Andrichi da terceira turma. Este recurso foi improvido na primeira instância e recebeu provimento perante o STJ, sem dúvidas, é o principal precedente favorável a indenização por abandono afetivo. De acordo com a ministra "Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família". Nesse sentido aborda que a legislação que regula essa matéria é ampla e irrestrita, podendo sim, inferir regulação nas relações dentro do núcleo familiar.

Nancy (REsp 1159242/SP, 2012) diz que quando descumprida o dever legal de cuidar

da prole há possibilidade de reconhecer esta como ilicitude civil, sob forma de omissão. Alega que é indiscutível a existência de um vínculo entre pais e filhos não só afetivo mas também legal, e nesse sentido, ela se refere ao entendimento doutrinário uniforme de os deveres inerentes ao poder familiar envolvem transmissão de atenção e acompanhamento sócio psicológico da criança. Para a relatora o ser humano além do básico para sua subsistência, este necessitará igualmente de outros elementos imateriais para sua adequada formação, como exemplo cita educação, lazer, regras de conduta e entre outras.

Nesse recurso a ministra nota que as normas constitucionais alcançam a máxima amplitude possível, não há mais discussão para mensurar o intangível como o sentimento de amor, mas sim a obediência de uma obrigação legal, a de cuidar. O respectivo julgado deixa uma concepção muito relevante, a qual, designa que a indenização por abandono afetivo não se resume em falar ou discutir o amar, e sim, sobre a imposição biológica e legal de cuidar, o qual se traduz como dever jurídico. Nancy (REsp 1159242/SP, 2012) deixa uma frase de impacto "Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever", esta vem sendo o ponto de apoio para quem assim como ela, defende pela aplicação da indenização na hipótese estudada.

A relatora Nancy (REsp 1159242/SP, 2012) bem defende em seu argumento que inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar ou compensar no Direito de Família, mais afundo dizendo que o descumprimento do dever legal de cuidar da prole implica na possibilidade de reconhecer esta como ilicitude civil na forma de omissão. Sob uma concepção mais abrangente a Ministra Nancy refere ao entendimento doutrinário uniforme de que os deveres inerentes ao poder familiar envolvem transmissão de atenção e acompanhamento sócio psicológico da criança e adolescentes.

Aproximadamente 3 (três) anos depois, chega ao STJ o REsp 1557978/ DF julgado em 03/11/2015 pelo relator Ministro Moura Ribeiro da terceira turma. Improvido em primeira instância e no STJ, Moura expõe como argumento neste recurso que a responsabilidade civil subjetiva precisa necessariamente estar comprovada sob a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico causado sendo este comprovado através de laudos (dano a personalidade), e principalmente, deve haver o nexo causal entre o ato ilícito e o dano constatado.

O Ministro relator ainda argumenta com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente que a ausência do dever legal de convivência familiar pode causar danos, podendo comprometer o desenvolvimento pleno do filho, razão pela qual se faz cabível a indenização pelo mal causado.

Por outro lado, traz à tona uma outra vertente que não considera a possibilidade de indenização sob o aspecto de se pretender estabelecer a obrigação de amar e até uma possível quantificação do amor.

Para o Ministro Moura Ribeiro se faz necessário uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil analisando a fundo o caso concreto, principalmente aos casos de alegação de abandono afetivo de filho, a fim de evitar que o Poder Judiciário seja transformado em uma indústria indenizatória.

O ministro Moura Ribeiro (REsp 1557978/DF, 2015) alerta para a pretensão de uma quantificação do amor, no entanto, não é neste sentido que se aplica a indenização no âmbito em questão, muito menos a um enriquecimento ilícito. Não se calcula nestas hipóteses o valor de um gesto de carinho ou questões do gênero, mas sim a extensão do dano causado a criança e ao adolescente, causando-lhes prejuízos físico-psíquicos. Moura (2015) levanta muito bem a questão da necessidade de uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil analisando a fundo o caso concreto, inferindo acertadamente, que para a configuração da responsabilidade civil é imprescindível que ocorra o ato ilícito, dano a personalidade e o nexo causal entre o ato ilícito e o dano constatado.

Outro julgado REsp 1493125 / SP proferido em 23/02/2016 pelo relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, improvido em primeira instância e prevalecendo do mesmo modo no STJ. Em seus argumentos Ricardo Villas alega que não há no ordenamento jurídico previsão de obrigatoriedade de sentimentos que vinculam um pai a seu filho, não há lei que estabeleça tal dever frente a um sentimento imensurável materialmente. Segundo ele o assunto não se enquadra no âmbito jurídico.

Na mesma linha de raciocínio do Ministro Moura Ribeiro, o Ministro Ricardo Villas fundamenta que é fundamental o afeto nas relações de família, mas não deve ser instigado em sua ausência, compensação material, sob hipótese de estar incentivando a mercantilização dos sentimentos o que acarretaria ações judiciais motivadas exclusivamente por interesse econômico-financeiro.

Ricardo Villas Bôas Cueva (REsp 1493125/SP, 2016) relata que não há no ordenamento jurídico previsão de obrigatoriedade de sentimentos que vinculam um pai a seu filho. Ao dizer isso o Ministro ignora completamente os preceitos da nossa carta magna referente aos direitos da dignidade humana, bem como toda a legislação protetiva acerca de nossos jovens em pleno desenvolvimento.

Em 2017 na data de 19/10/2017 ocorre o julgamento do REsp 1579021/RS tendo como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti da quarta turma. Recurso fora improvido em primeira

instância e também recebeu improvido no STJ. No quesito de argumentação a relatora especificou que o dano moral no direito de família é cabível, no entanto é imprescindível a configuração de ato ilícito. Maria Isabel questiona se o ordenamento jurídico estabelece o dever de “cuidar afetuosamente”, cujo descumprindo enseje a postulação de indenização por abandono afetivo, como resposta alega: “(...) o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável”. Mais além, a ministra aborda que o ideal é a convivência sim com ambos os genitores, mas que em certos casos específicos essa convivência pode ser prejudicial ao menor, ela aborda ainda que “(...) a incapacidade de amar, de cuidar afetivamente, muitas vezes é incapacidade decorrente das circunstâncias da criação, personalidade, traumas vividos pelo genitor - e também pelo filho em função do outro genitor - ao longo de sua vida”.

A ministra Maria Isabel (REsp 1579021/RS, 2017) argui que se forem cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. E, nesse sentido é que reiteramos a averiguação do caso concreto a fim de se comprovar que dentre todos estes não houve sequelas psíquicas em decorrência da falta de amparo na esfera emocional, cabe ainda averiguar de que tipo de educação oferecida se refere, é a que ampara o filho em seu desenvolvimento adequado e prepara para uma vida em sociedade ou não.

Maria Isabel (2017) reflete acerca de que em certos casos específicos a convivência pode ser prejudicial ao menor e a ambos, e que o fator incidente para isso é inerente a vontade do genitor ou da prole. Nestes casos, cabe sopesamento e comprovação mediante o caso concreto, devendo ser analisada pelo magistral. A questão é que um direito está sendo violado a partir dos recorrentes abandonos afetivos e deve-se o judiciário oferecer o devido respaldo.

Mais recentemente, consta no STJ o acórdão AgInt no AREsp 1286242 /MG, julgado em 08/10/2019, constando como relator o Ministro Luis Felipe Salomão da quarta turma. O julgado resultou improcedente, no entanto o mesmo contribui para a presente pesquisa no aspecto em que alega sobre a jurisprudência dominante alegando que a mesma adota o instituto da indenização como um modo de coibir a prática reiterada da conduta, revestindo-se por um caráter pedagógico.

Diante os argumentos expostos e perante o mais recente acórdão do STJ sobre este tema (AgInt no AREsp nº 1286242 / MG, 2019), constata-se que a indenização vem sendo atribuída como um modo de coibir a prática reiterada da conduta.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho percorremos diversas concepções, argumentos contrários e favoráveis em seus mais singulares aspectos. Constatou-se que o tema realmente é de grande relevância uma vez que versa sobre valores monetários, mas principalmente a respeito da lesão aos direitos de crianças e adolescentes que serão o futuro desta nação.

A análise aos julgados nos mostrou que a 3ª e 4ª turma do STJ possuem entendimentos dispares a respeito da aplicabilidade da indenização moral nos casos de abandono afetivo. Nos revelou a preocupação de alguns ministros de se permitir a monetarização de sentimentos e o aumento relevante de ações do gênero, entretanto se analisarmos mais afundo, trata-se da preocupação dos magistrados em assumir maiores responsabilidades pois neste âmbito estarão lidando com o direito subjetivo, o qual carece de critérios preestabelecidos. Neste quesito transmitiu-se uma imagem de conservadorismo frente as emergentes mudanças sociais contemporâneas.

Contudo, observou-se que a doutrina majoritária tem entendido e considerado que o abandono afetivo é sim fato lesivo ao direito de crianças e adolescente, e, passível de responsabilização civil de acordo com a observância de alguns critérios e do caso concreto.

Apesar de não se ter alcançado um parecer concreto sobre a abordagem da aplicabilidade de indenização decorrente de abandono afetivo atualmente, constata-se que alguns ministros já tendem a proferir decisões favoráveis em casos que versam sobre o tema em questão, ficando nítido que a normatização em nosso ordenamento de tais direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescente e a pacificação jurisprudencial acerca da aplicabilidade do mesmo não irão tardar muito.

As necessidades no meio social surgem e se transformam em ritmo frenético, dessa forma algo que antes não era pleiteado nos dias atuais passa a ser. Sendo assim, deve o direito acompanhar tais mudanças e conceder respostas condignas a elas, sem se esquivar dessa importantíssima área que é o Direito de Família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;

ALVIM, Augustinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade civil no Direito de Família: Da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acessado em: 28/09/2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 03/08/2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/afetividade/>>. Acessado em 01/09/2019.

BRASIL. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+E+INDENIZA%C7%C3O+E+ABANDONO+AFETIVO&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acessado em: 03/08/2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 03/08/2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 03/08/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quarta turma. REsp 514350 SP. Recorrente RA DA S, Recorrido J L N DE B. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJe 25/05/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=877545&num_registro=200300209553&data=20090525>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quarta turma. REsp nº 1579021 RS. Recorrente DCPC, Recorrido OAC. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe 29/11/17. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quarta turma. REsp nº 757411 MG. Recorrente V de P F de O I, Recorrido A B F (menor) Assistido por V B F. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe 27/03/2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Quarta turma. AgInt no AREsp nº 1286242. Agravante MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Agravado J B DE R, Agravado N P DE S. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 15/10/2019. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801003130&dt_publicacao=15/10/2019>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira turma. REsp nº 1493125 SP. Recorrente Maria Augusta Gallassi, Recorrido Arivaldo Galassi. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 01/03/2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401313524&dt_publicacao=01/03/2016>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira turma. REsp nº 1557978 DF. Recorrente R A F D, Recorrido A F D. Relator Moura Ribeiro. DJe 17/11/2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117>. Acessado em: 21/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira turma. REsp nº 1159242 SP. Recorrente Antônio Carlos Jamas dos Santos, Recorrido Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe 10/05/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510>. Acessado em: 21/09/2019.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, 21ª Ed. Ver. e Atual. De acordo com a reforma do CPC, São Paulo: Saraiva. 2007.

FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FONTENELLE. **Crítón – Platão**. Disponível em: <<https://medium.com/@mrciomilkovich/cr%C3%ADton-plat%C3%A3o-b1e3b0bb343e>>. Acessado em 09/10/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>>. Acessado em: 27/10/2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. **O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, 2012.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SALLA, Fernanda. **O conceito de afetividade de Henri Wallon**. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/264/0-conceito-de-afetividade-de-henri-wallon>>. Acessado em: 01/09/2019.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família / Flávio Tartuce. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.