



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A (IN) APLICABILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL AO ABANDONO AFETIVO

MICHELY RIBEIRO MARQUES DA SILVA

Goianésia/GO
2020

MICHELY RIBEIRO MARQUES DA SILVA

A (IN) APLICABILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL AO ABANDONO AFETIVO

Artigo Científico apresentado junto ao Curso de Direito da FACEG (Faculdade Evangélica de Goianésia), como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nedson Ferreira Alves Júnior

Goianésia/GO
2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

A (IN) APLICABILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL AO ABANDONO AFETIVO

Esta Monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela banca examinadora da Faculdade Evangélica de Goianésia/GO- FACEG

Aprovada em, 04 de Dezembro de 2020.

Nota Final 95

Banca Examinadora

Prof. Esp. Nedson Ferreira Alves Júnior
Orientador

Prof. Me. Kenia Rodrigues de Oliveira
Professor convidado

Prof. Me Kleber Torres de Moura
Professor convidado

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por me sustentar em todos os momentos, que Ele possa me proporcionar resistência e robustez para continuar avançando;

Ao meu querido avô, Antero Pereira da Silva, por compartilhar, aconselhar, e incentivar meu interesse pelo amplo e encantador mundo do Direito.

Aos meus queridos pais, pela paciência, otimismo e, por me fazerem acreditar a cada dia ser capaz, bem como por todas as orações;

Aos meus irmãos, e, em especial ao caçula, meu companheiro de vida, quem esteve presente ao meu lado durante esse trajeto.

A todos os meus amigos por entenderem a ausência necessária;

Ao meu orientador, e aos professores que passaram pelo curso de Direito e que de muitas formas contribuíram para esse momento, principalmente pelo conhecimento adquirido.

A (IN) APLICABILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL AO ABANDONO AFETIVO

MICHELY RIBEIRO MARQUES DA SILVA

Resumo: O presente trabalho busca demonstrar a aplicação de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo sob perspectivas em que se dividem a posição jurisprudencial, tendo como objetivo identificar a divergência entre a (in) aplicabilidade da reparação civil pela ausência de afeto no âmbito familiar. A principal problemática que a pesquisa buscou desenvolver se dá acerca da sanção legal para o abandono afetivo por si só ser suficiente ou não para punir aquele que tem o dever parental, e como a ausência de uma das figuras interfere no desenvolvimento filial. Para se chegar ao objetivo proposto, foi necessário discorrer acerca do instituto familiar e como este tem se alterado ao decorrer do tempo, também, acerca do abandono afetivo suas implicações legais e por fim apresentar as principais fundamentações usadas como embasamento para decisões nos tribunais. Usaram-se como base, direitos tutelados na carta magna brasileira que tem concedido proteção aos vínculos afetivos e a família como a nenhuma outra entidade. Foram realizados ainda, estudos bibliográficos doutrinários, artigos científicos e jurisprudências a fim de pontuar colocações a respeito da pecúnia ao abandono. Por fim, os resultados alcançados buscam a reflexão quanto direitos e garantias resguardados nas relações materno-paterno-filiais.

Palavras-Chave: Família. Deveres parentais. Abandono afetivo. Dano moral.

INTRODUÇÃO

Desenvolvido na seara do Direito Civil, que de forma sintetizada pode ser entendido como o ramo do direito privado que resguarda e regulamenta direitos e deveres aos indivíduos, com fulcro especialmente nas relações de família, o presente artigo trata do abandono afetivo e a responsabilidade civil.

Para consequimento do trabalho delineado, é necessário que se entenda que o instituto familiar tem se transformado repentinamente, de modo que não há definição concreta para família, podendo ser estabelecida por vínculos sanguíneos, de convivência ou afetivos.

Á vista disso, e por se tratar de matéria extensa, houve neste escrito a busca quanto à observância da família entendida tradicionalmente por pais e filhos e às incumbências a autoridade parental, principalmente no tocante a convivência e assistência familiar.

Isto posto, considerando a importância que constitui o primeiro contato de uma criança com o mundo externo, e o papel que os pais desempenham neste contexto, o presente estudo justifica-se no dever daquele a quem é constituído a obrigação de cuidar, nos prejuízos futuros que a ausência pode acarretar, e, sobretudo no exercício responsável da paternidade em relação à prole.

Observar-se-á, que o dever de cuidado do genitor para com a pessoa do filho, é obrigação infungível e personalíssima, abrangendo desde a assistência material a afetiva, especialmente porque laços e obrigações fraternais são eternos e intransferíveis.

Nesta vertente, buscou-se analisar se a sanção legal prevista para a ausência por si só é suficiente para punir aquele que tem o dever parental, e como a falta de uma das figuras interfere no desenvolvimento filial.

Foram adotadas como metodologia, a pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a artigos científicos, teses, doutrinas, jurisprudências, e leis, com destaque na Constituição Federal, Código Civil, e Estatuto da Criança e do adolescente. A principal base teórica da presente pesquisa são: Madaleno (2016), Cardin (2011) e Lobo (2017).

Como objetivo central pretendeu-se pontuar diferentes posicionamentos quanto o abandono afetivo, quando da (in) aplicabilidade no caso concreto e principais fundamentações para embasar as decisões do judiciário.

Para consecução do objetivo proposto, este trabalho encontra-se subdividido em tópicos, partindo inicialmente da noção quanto ao instituto familiar, a importância do exercício da paternidade, e os direitos e deveres para com a pessoa do filho.

Adiante, faz-se uma análise acerca do abandono afetivo no plano da responsabilidade civil, explicitando que ao desviar-se de seus deveres parentais, o pai ou a mãe deixa de cumprir com suas obrigações, conseqüentemente privando o filho que enxerga neles sua maior referência de vida.

Por conseguinte, no último tópico, buscou-se diferentes posicionamentos jurisprudenciais acerca da aplicação do dano moral em casos do abandono afetivo, pontuou-se a divergência entre aqueles que entendem haver a compensação extrapatrimonial em virtude dos deveres, e os que entendem não haver, pois estariam monetizando o afeto.

Com isso, pretende-se demonstrar que a omissão ou negligência do ato de cuidar fere os direitos assegurados nas relações paterno-materno-filiais, ressaltando que a convivência familiar figura como instrumento insubstituível para que esses direitos se concretizem.

O PODER FAMILIAR E A PROTEÇÃO CONSTITUÍDA A PROGÊNIE

Evoluindo paralelamente à sociedade em dado tempo e espaço, o poder familiar vem sofrendo alterações, no sentido de que a modernidade está abrangendo cada vez mais diferentes espécies de família, não havendo delimitação concreta para conceitua-la.

O vínculo que se forma, seja ele sanguíneo ou de convivência constitui laço ao passo que faça surgir a parentalidade, tencionando desta relação o exercício responsável daquele que obtém a autoridade parental, assim, Engels (2002, p.30);

A família, diz Morgan¹ é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrario, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.

Não se deve negar que essa ligação é fortificada cada vez mais, mostrando que apesar de arcaicamente a família não ser vista com tanto estimo, essa concepção tem se alterado e reforçado a necessidade de base sólida para proteção e formação do ser.

Rodrigues (2004) entende o poder familiar como sendo o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. Desta sorte, tem se baseado no melhor interesse da criança, na proteção integral, tornando-se um mecanismo de defesa da pessoa da progênie.

¹ Friedrich Engels ao se referir ao antropólogo Lewis Henry Morgan.

O legislador pátrio ao dedicar-se à família em seu capítulo sétimo, por meio da Constituição Federal deu ênfase as partes mais frágeis do núcleo familiar, conferindo no parágrafo quinto à igualdade entre homens e mulheres quanto aos deveres e direitos matrimoniais².

Nesse sentido, diz Farias (2004, p. 10):

[...] A entidade familiar deve, efetivamente, promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Vale ressaltar que estes direitos e deveres transcendem a esfera do casal, sendo assegurados aos filhos dentre outros, amparo, educação, liberdade, respeito, e cuidados na forma da lei.

Nesta perspectiva, ao tratar dos deveres, tem-se o ensinamento de Lisboa (2004, p.271):

Os principais deveres do detentor do poder familiar sobre a pessoa do filho são: a) assegurar a convivência familiar e comunitária do filho; b) criar, educar e acompanhá-la nas atividades relacionadas com a fase na qual o filho está vivendo; c) proporcionar condições ao desenvolvimento físico, espiritual, psíquico e social do filho; d) representar ou assistir o filho, conforme a incapacidade seja absoluta ou relativa, respectivamente, na prática dos atos e negócios jurídicos em geral; e) administrar os bens do filho.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe acerca da proteção integral aos mesmos, prevendo que os pais, ou responsáveis pela autoridade parental tenha direitos e deveres iguais, e responsabilidade compartilhada, entre outros na educação e sustento dos filhos.

Importante frisar que independentemente se houve o planejamento familiar, ou seja, se a chegada dos filhos foi ou não desejada, não há como esquivar-se das responsabilidades, não se tratando apenas do sustento material, mas da convivência necessária para desenvolvimento da criança, independentemente da união dos pais.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Com a mudança do ordenamento jurídico, o processo para dissolução de uma união deixou de ser algo penoso, tornando os rompimentos algo comum, e as reconstituições repentinas, assim, pessoas tem livre arbítrio para formar seus vínculos, ao passo que, nenhum delas precisa manter um relacionamento contra sua vontade.

Bittar (2006, p.134) é categórico em afirmar:

[...] diferentes situações interferem no contexto das vicissitudes do casamento, ocasionando o desfazimento da relação conjugal, sob diversos efeitos, conforme sejam anteriores, contemporâneos ou posteriores á celebração; se refiram a aspectos formais ou substanciais; ou atinjam ou não o vínculo matrimonial. Estes efeitos podem atingir a simples convivência, a sociedade conjugal, ou o próprio vínculo, liberando, definitivamente, ou não, conforme a hipótese, os cônjuges.

Não incomum um dos genitores passa a projetar no filho uma espécie de aversão, daí nasce à dificuldade por vontade própria de convivência, as causas são inúmeras, ao passo que qualquer coisa, por mínima que seja poderá se transformar em motivo para um confronto.

A pessoa do filho está então, entre o descaso de um dos genitores, ou dos dois, e deixa de receber e gozar de direitos a ele assegurado, estes, que são indispensáveis à formação psíquica, sendo de suma importância identificar quando esses pais precisam de ajuda, e orienta-los quanto à capacidade de deixar de ser marido e mulher não tornar possível à escusa de ser pai e mãe.

Também há demasiados casos em que a figura paterna nem chega a registrar o filho tampouco conviver com este, igualmente, nada impede que o abandono ocorra após o devido assento no registro de nascimento.

Acerca disso há um leque de possibilidades, que vão desde o abandono de fato ao abandono moral ou sentimental, fato é que ao dificultar o convívio com a criança, por não querer ou não pretender o genitor não entende que sua responsabilidade nasce com a concepção, que o abandono da figura paterna ou materna consequentemente gerará comportamentos disfuncionais ao filho.

ABANDONO AFETIVO NO PLANO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Silva (2015), filhos eram vistos como objeto a serviço e interesses particulares dos adultos, porém, essa realidade mudou ao passar do tempo, tanto, que o nascituro tem direitos desde a concepção.

De acordo com o código civil a personalidade inicia-se com o nascimento da pessoa com vida, porém, resguarda ainda com a criança no útero, direitos tais como, o reconhecimento à paternidade, e o requerimento a prestações alimentícias.

Como exposto anteriormente, compõe obrigação da autoridade parental não só garantir benfeitorias, mas, que as más não alcancem os filhos. Assim, é perfeitamente possível afirmar que constitui abandono afetivo quando um dos responsáveis descumpre o dever de cuidado legal e constitucional que a eles são atribuídos.

Ao esquivar-se de suas incumbências, o pai ou a mãe está deixando de cumprir com seus deveres, e retirando do filho o direito a convivência familiar. Em relação a esse direito, esclarece Madaleno (2016, p.396):

Houve um momento histórico no Direito brasileiro em que o exercício das visitas foi considerado como uma mera prerrogativa do ascendente não guardião de receber seus filhos sob a custódia do outro genitor. Esse conceito vingou durante longo tempo na cultura social e jurídica brasileira e foi responsável pelo enorme equívoco até hoje presente e responsável, em parte, pela geração de um sem-número de abandonos morais e afetivos de pais que veem nas visitas apenas uma faculdade, não se constituindo o seu exercício em um inviolável direito do filho, de compartilhar o sadio e profícuo contato com seus ascendentes.

Portanto, não configura mera faculdade do genitor a convivência familiar, este é direito inerente ao filho, indispensável a sua formação moral, psíquica e emocional. Também, não se deve confundir o dever afetivo com a prestação material, não basta o sustento alimentício ao filho, é necessária construção fraternal.

Lobo (2017) entende que o abandono afetivo pode ser considerado como inadimplemento dos deveres parentais estabelecidos na constituição e nas leis ordinárias, que sobre eles dispõe, e que, se falando em inadimplemento legal deve haver sanção.

A sanção eleva a norma, pois serve de forma preventiva, entende-se, como acautelar de uma consequência, e garantidora da ordem social, intui-se o desenlace para uma determinada ação.

O abandono afetivo tem como sanção a perda da autoridade parental, porém, não se compreende qual o caráter pedagógico de tal medida, já que como consequência à ausência, o genitor recebe na verdade o que sempre pretendeu, só que agora, pautado na lei.

Nesta lógica, principiou-se a aplicação do dano moral como compensação para o abandono afetivo, no entanto, não é a regra, apesar de a tese ser bem aceita no posto de vista de doutrinadores, a aplicação prática não constitui ato majoritário, ao que não há uniformidade quanto à (in) aplicabilidade do instituto.

O Código Civil institui que o dano moral é aquele causado a alguém em relação à violação dos direitos da personalidade, estes intransmissíveis e irrenunciáveis³, no âmbito das relações familiares esse tipo de indenização pressupõe a prática de ato ilícito.

A responsabilidade civil então surge em decorrência do descumprimento de uma obrigação, seja pela desobediência de uma regra contratual ou pelo fato de determinada pessoa não observar um preceito normativo que regula a vida (TARTUCE, 2011).

A relação familiar tem cada vez mais evoluído no sentido de garantia e assistência mútua, observando principalmente os filhos, que são o elo mais fraco da relação. Seguindo este prisma explica Cardin (2011a, p.69):

Mediante esse novo enfoque constitucional-familiar, deu-se início à valorização do vínculo de afetividade e solidariedade entre as pessoas envolvidas (paternais, filiares ou conjugais), e passou-se a exigir responsabilidade entre esses entes por atos cometidos em detrimento dos outros, em especial por dano moral.

Não obstante, não há uma unanimidade no que diz respeito à condenação patrimonial por abandono afetivo, há algum tempo havia sequer uma uniformidade acerca da competência para julgar as decorrentes causas, se do juízo cível (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.165674-8/001, Relator (a): Des.(a) Moreira Diniz, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2014, publicação da súmula em

³ Art. 11. Código Civil - Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

12/02/2014) ou da vara de família e sucessões (TJ-GO - CC: 02375711020148090000 GOIANIA, Relator: DES. NORIVAL SANTOME, data de Julgamento: 19/11/2014, 2A SECAO CIVEL, Data de Publicação: DJ 1680 de 28/11/2014).

Ainda hoje existe a dificuldade ao se aplicar o dano moral ao abandono afetivo, até porque este não tem como previsão legal a compensação monetária, mas sim a perda da autoridade parental⁴ sob a pessoa dos filhos, no entanto, tal sanção concretiza a pretensão daquele que abandona por desincumbir de fato a obrigação de assistência à prole.

Certo que o descaso daquele que tem a obrigação, frisa-se não se trata de mera faculdade, mas sim do dever de cuidado, sustento e convívio, tem resultado em uma série de posicionamentos quanto à (in) aplicabilidade do instituto moral.

Restou demonstrado, que o filho é sujeito de direitos e possui personalidade, estes que devem ser assegurados pelos pais e subsidiariamente pelo estado, quando do abandono, não se pode deixar de responsabilizar sob consequência de aguçar esse tipo de conduta.

Assim, Cardin (2011b p. 238-239):

A indenização em decorrência da conduta humana culposa por omissão é devida e tem caráter pedagógico e pode ser utilizado como fundamento o disposto no art. 186 do Código Civil. [...] O planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico é livre, contudo a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, aqueles que não querem se comprometer com o mínimo de assistência afetiva, moral, intelectual e material que não tenham filhos.

Ainda que esses pais nunca tenham tido convívio, não retira do genitor o seu ônus e nem inibe suas prerrogativas, o poder familiar, pois, independe se decorre de planejamento e vontade. Assim, o abandono gera ofensa à dignidade e personalidade do filho ao passo que este poderá desenvolver traços irreparáveis.

Acerca disso, Venosa (2015, p.54):

Acrescentamos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano

⁴ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
II - deixar o filho em abandono;

psicológico pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa [...].

Importante frisar que a nomenclatura “afetivo” é usada para se referir à presença do genitor, ao convívio familiar, Pereira e Madaleno (2015) entendem, “sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo judiciário, presente ou não o sentimento”.

Na mesma linha de raciocínio, completam (2015, p.403):

O afeto, no sentido de cuidado, conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. [...] Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeição significa também “instruir, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação.

Desta forma, a possibilidade de se indenizar não está ligada a cobrança de amor paterno-materno-filial, mas sim, aos direitos e garantias que são atropelados. Dentro desta ótica, pontua brilhantemente Cardin (2011c, p.239):

[...] o afeto não é algo que pode ser monetarizado, contudo, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado perante os outros amigos em que os pais são presentes, dentre outras situações. É óbvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades em se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual etc.

Observar-se-á, no entanto, que esta visão não é unânime, muitos juristas entendem que não há como monetizar o afeto, dando margem para uma série de entendimentos jurisprudenciais divergentes em relação ao abandono afetivo no plano da responsabilidade civil.

A (IN) APLICABILIDADE DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

As principais divergências nos tribunais tem se dado quanto o cabimento da indenização monetária como forma de reparação ao abandono afetivo. Para os que entendem não haver cabimento, a principal linha de raciocínio tem sido que não há como exigir sentimento de alguém, também que os deveres parentais não podem ser confundidos com amor e carinho, e que estes estão ligados ao campo subjetivo do sujeito, não cabendo ao judiciário monetizar.

Na busca de compreender este posicionamento buscou-se julgado neste sentido, proferido pela 4ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que 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. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido. (STJ - REsp: 1579021 RS 2016/0011196-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017).

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que deixou de admitir a indenização por a paternidade ter sido reconhecida somente após decisão judicial no bojo de uma ação investigatória, pautou-se na justificativa de que nunca havia tido qualquer relação afetiva.

Concluso para julgamento, em seu voto, a ilustre relatora Ministra Maria Isabel Galloti inicia dizendo se tratar de definir se o ordenamento jurídico estabelece o dever de cuidar afetuosamente, cujo descumprimento dê causa à postulada indenização por abandono afetivo, pontua ainda que a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo não tem apoio na jurisprudência da 4ª Câmara de julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

Faz referencia ao Recurso Especial 757.411-MG⁵, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, o qual entendeu que um litígio entre as partes obrigando um pai a indenização reduziria as chances de posterior acolhimento ao filho, expõe escapar ao judiciário obrigar alguém a amar, ou manter relacionamento afetivo, assim nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização.

Conclui dizendo que a convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal, afetividade não é dever jurídico, convivência e afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos e genuínos.

A 4º turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora Ministra Maria Isabel Galloti, com ressalva de fundamentação do Ministro Marco Buzzi. Votaram com a mesma, os senhores Ministros Antônio Carlos Ferreira (Presidente) (voto-vista) e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) ausente, justificadamente, o Ministro Luis Felipe Salomão.

Lado outro há quem entenda que o dano moral é exigível, nessa concepção, há de se fazer prova que a ausência causou um dano direto à personalidade da criança. Exemplo disso tem-se o julgado da 3º turma do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 11159242 de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2.O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa

⁵ STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228.

expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1159242 SP 2009/0193701-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RDTJRJ vol. 100 p. 167 RSTJ vol. 226 p. 435).

A ementa aqui colecionada trata de ação de indenização por danos materiais e morais por abandono material e afetivo. Em primeira instância o juiz julgou improcedente o pedido, pautou sua decisão, entre outras, no afastamento que a mãe da criança criou em relação ao pai após a ruptura do relacionamento.

Já em sede recursal, o tribunal de Justiça do estado de São Paulo deu provimento à apelação, reconhecendo o abandono, e fixou a compensação em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O pai irredimido interpôs recuso especial, concluso para decisão, a relatora Ministra Nancy Andrichi sustentou em seu voto o cuidado ser fundamental para formação do menor, 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”.

Completa ainda, “aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”, pontua, “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Desta feita, notou-se nas jurisprudências que as justificativas mais comuns aos dois entendimentos são, ou a pecúnia do amor para os que entendem não ser possível tal indenização, ou o entendimento de que não se trata do sentimento amor, mas sim, do dever de cuidado (ainda que em posição minoritária).

Fato incontroverso é que se tem valorizado os vínculos afetivos filiais como jamais antes, à responsabilidade em que decaem os genitores desde a concepção, compreensão essa que decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade, dada sua importância na formação do próprio Estado.

Sem dúvidas, a sanção imposta ao abandono afetivo por si só não é capaz de instituir caráter punitivo, tampouco preventivo, pois aquele que comete o abandono se ver livre de seus deveres ao ser premiado com a perda da autoridade parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O âmbito jurídico tem ao longo do tempo transpassado barreiras, de modo há abranger novos direitos, a família tem sido a entidade que mais recebe proteção do Estado, isto porque é da formação individual do ser que se forma o caráter comportamental e mais tarde as relações com a sociedade.

A criança é sujeito de direitos e possui personalidade ainda sendo gerada, sendo a figura de qualquer um dos genitores de imprescindível importância, pois é com a figura materna e paterna que o filho tem suas primeiras experiências, os direitos resguardados além pela lei, transcendem o campo material, incorporando o moral.

O abandono afetivo pode causar traumas, dentre outras, grande rejeição do indivíduo que terá complicações ao tentar se relacionar no futuro. Seja ele de cunho moral, material, afetivo, psicológico, o abandono priva o filho do auxílio necessário para desenvolvimento, gerando sequelas que irão refletir negativamente a sua personalidade.

Sem dúvidas, a sanção imposta ao abandono afetivo, prevista no artigo 1638, inciso segundo do Código Civil, qual seja, a perda da autoridade parental, por si só não é capaz de instituir caráter pedagógico, pois, de certa forma premia aquele que quer se ver longe de suas obrigações parentais.

Certo que a sanção legal prevista para o abandono afetivo não alcança caráter compensatório, pedagógico, tampouco preventivo, sendo totalmente ineficaz já que perder a autoridade parental para quem não quer essa responsabilidade se evidencia bastante apropriado e de bom grado.

Quanto à divergência em relação à aplicação do dano moral, houve a percepção que a aplicação do instituto tem maior recepção doutrinária, em contrapartida a jurisprudência que ainda não é tão pacífica a respeito do tema.

Comete omissão o pai/mãe, quando se esquia de suas obrigações parentais, constituindo o cuidado dever jurídico, não se tratando de dar preço ao amor, mas sim ao dever de acima de tudo cuidar e se responsabilizar pelo filho.

Por oportuno, e concluindo, vale ressaltar, que aos juízes reserva-se um importante papel, o de balizar as informações chegadas através de ações judiciais, a fim de barrar a industrialização e banalização do instituto moral quanto à aplicabilidade por abandono afetivo, assim, a elucidação dos fatos é imprescindível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1159242** / SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santo, Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. RELATORA: Ministra Nancy Andrichi. Julgado em: 24-04-2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 1579021** RS 2016/0011196-8, Recorrente: D C P C, Recorrido: O A C Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017.

BRASIL. **Código** Civil. Instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2006, p.134.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**, 1ª edição. Saraiva, 2011a. p. 69.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**, 1ª edição. Saraiva, 2011b. p. 238.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**, 1ª edição. Saraiva, 2011c. p. 239.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 16.ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002. p.30

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Contratos de Namoro**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. VI, nº 23, abril/maio. 2004, p.10.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**.7ª ed. Saraiva, 2017, p.301.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Forense, 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **12ª Câmara Cível**. Apelação Cível, 986880-4. Recorrente: Vicente Russo, Recorrido: Juízo do Tribunal de Justiça do Paraná Rel: Joeci Machado Camargo. Julgado em: 02.10.2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade Civil Pelo Abandono Afetivo**. MADALENO, Rolf, Barbosa, Eduardo (Coord.) Responsabilidade Civil no Direito de Família. Atlas, 2015. p. 404.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família**. Coleção Direito Civil. Vol.6.28.ed.São Paulo: Saraiva 2004, p.380.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.393.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.54.