

ABANDONO AFETIVO: OS CONTORNOS JURÍDICOS DO DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES PATERNO FILIARES

Glendha Nayara Bezerra dos Santos¹

Prof^a. Msc. Teila Rocha Lins D'Albuquerque²

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo principal a análise do abandono afetivo e da responsabilidade civil, se a falta de afeto e o afastamento dos pais do convívio com seus filhos tem o condão de gerar indenização por danos morais à pessoa lesada, que na grande maioria das vezes são os próprios filhos. As obrigações dos genitores decorrentes do poder familiar não se restringem exclusivamente ao apoio material, mais também ao apoio emocional e sentimental. Esse dever de reparação decorrente do abandono afetivo é tema bastante controverso na jurisprudência pátria, tendo em vista que para alguns aplicadores do direito a falta de afeto por si só não é capaz de resultar em danos morais, já para outros a não observância dos deveres inerentes ao poder familiar deve ser suprido através da responsabilidade civil. Diante disto, o Poder Judiciário vem sendo frequentemente provocado para se posicionar sobre as demandas jurisdicionais do dever de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Poder familiar. Abandono afetivo. Reparação do dano.

ABSTRACT: This paper has as main objective the analysis of the affective and abandonment of liability, if the lack of affection and the removal of the parents with their children's has the mojo to generate compensation for moral damages to the injured party, which in large most of the time are his children. Parent's obligations arising from family power not restricted exclusively to material support, but also the emotional and sentimental support. This duty of repair due to emotional abandonment is rather controversial theme in the case-law country,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: glendhanay@gmail.com.

² Mestre em Relações Pessoais e Novos Direitos (Direito Civil) pela UFBA (2015-2017). Mestre em Políticas Sociais e Cidadania da UCSAL (2013-2015). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela UFBA (2011-2013). Professora de Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito do Consumidor da UCSAL e UNINASSAU. Professora da Pós-graduação da UNIFACS e da EMAB.

considering that for some the right applicators lack of affection alone is not able to result in moral damages, to other non-compliance with the duties as family power must be supplied through the civil liability. On this, the Judiciary has been often meant to position itself on the jurisdictional duty demands of compensation for moral damage caused by the abandonment.

Keywords: Family. Affectivity. Family power. Affectionate abandonment. Reparation of damage.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 2 PODER FAMILIAR. 2.1 Exercício e obrigações decorrentes do poder familiar. 3 ABANDONO AFETIVO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS. 3.1 O abandono afetivo e a alienação parental 4 O DANO MORAL E O DIREITO DE FAMÍLIA. 4.1 O dever de reparação do dano decorrente do abandono afetivo. 5 PROJETO DE LEI Nº 3.212/2015. 6 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No Direito de Família contemporâneo um dos temas que vem gerando grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro é o abandono afetivo e a responsabilidade civil.

Nos termos do art. 229, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. Como bem explícito na legislação constitucional é dever dos pais assegurar aos seus filhos, através de todos os meios de subsistências possíveis, o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, e, uma vez não observado tais deveres, os mesmo podem ser solucionados pelo Poder Judiciário. Na mesma linha do texto constitucional retro a legislação infraconstitucional (Código Civil de 2002 e Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA) dispõem sobre as obrigações que os pais devem ter com os seus filhos.

As legislações infraconstitucionais, supracitadas, por óbvio, seguem a determinação constitucional, trazendo de forma mais ampla interesses concernentes à proteção dos filhos.

O ECA (Lei nº 8.069/90) dispõe em seu art. 17 que toda criança e adolescente tem direito a ter sua integridade física, psíquica e moral respeitada, abrangendo os direitos da perso-

nalidade, tais como, a preservação da imagem, da identidade, dos valores, das ideias e das crenças. Portanto, tanto os pais como a sociedade em geral possuem o dever de assegurar tais direitos às crianças e aos adolescentes. Sendo os pais os principais responsáveis, a legislação também assegura que não haverá diferenciação entre as responsabilidades concedidas a pai ou mãe, conforme prescreve o art. 1.634, caput, do CC/2002.

A legislação constitucional e infraconstitucional, e, de igual maneira, os tratados internacionais de proteção ao menor (a exemplo da Convenção dos Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil nos anos 90), protegem a criança em todos os seus aspectos físicos, morais, sentimentais e psicológicos, a discussão recai sobre a responsabilidade dos pais quando tais deveres não são observados e efetivados.

O presente trabalho traz como problemática o abandono afetivo de um dos pais ou de ambos em relação aos seus filhos. A falta de afeto de pai ou mãe frente ao(s) filho(s) vem se tornando ato recorrente na sociedade brasileira, sendo objeto de ampla discussão na jurisprudência no que tange a responsabilidade civil de atos dessa natureza. Tanto a doutrina quanto os tribunais divergem em relação à possibilidade ou não de se condenar o pai ou a mãe ausente na vida dos filhos, que pela falta de afeto acabou gerando danos morais de âmbito psicológico ou não a sua prole, a reparar pecuniariamente tais atos.

Diante da problemática apresentada, o trabalho tem como objetivo discutir quais são os impactos que a responsabilidade civil vem gerando no âmbito do direito de família em relação ao abandono afetivo, isto é, analisar se a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo vem sendo vista como um ganho financeiro para a parte afetada ou um meio de coibir os atos recorrentes da falta de afeto.

Pelo exposto acima, é de suma importância o desenvolvimento da presente pesquisa, tendo em vista que a necessidade de solucionar a questão acerca do abandono afetivo e da responsabilidade civil é de total relevância para a sociedade, visto que não temos no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica que regule o tema abordado. Assim, ganham-se cada vez mais destaque as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da reparação ou não do dano moral decorrente da falta de afeto de um ou de ambos os genitores em relação a sua prole.

1. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O Direito de Família assim como os demais ramos do direito é regido por princípios explícitos ou implícitos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional (Código Civil de 2002 e Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA).

Um dos princípios que vem ganhando destaque na estruturação das relações familiares é o princípio da afetividade, como bem sinaliza a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga que:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA, 2008 *apud* TARTUCE, 2017, p. 28).

O princípio da afetividade se correlaciona com os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais existentes no direito de família como: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF), o princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF), o princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, §6º, da CF e art. 1.596, do CC/2002), o princípio da igualdade na chefia familiar, o princípio da função social da família, o princípio da convivência familiar, dentre outros princípios que regulam as relações familiares.

É notória a percepção de que a afetividade está cada vez mais presente no âmbito do direito de família contemporâneo, pois, traz consigo uma nova aparência para as relações familiares, ou seja, a realização e o desenvolvimento de cada membro da entidade familiar têm buscado o seu alicerce no afeto e na solidariedade. Portanto, a afetividade está relacionada com os laços familiares advindos do amor, admiração, compaixão, carinho, dedicação, amizade e convívio entre os integrantes de uma família.

De acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016, p. 58) “a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.” Assim, a afetividade vem se estruturado nas relações familiares, sejam elas formais ou informais, como uma verdadeira fortaleza familiar.

Como já exposto, o afeto juntamente com a solidariedade são considerados elementos fundamentais para a estruturação da base familiar. A respeito, afirma Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

[...] o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente. E mais: o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito as peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Em síntese, é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.129).

Como afirmado pelos autores, o afeto tem se tornado uma característica essencial para o desenvolvimento das relações familiares, é através do afeto que podemos vislumbrar as interações ou ligações entre as pessoas que convivem como uma família. O afeto traz consigo a confiança e a solidariedade que se espera quando se busca constituir uma família, respeitando desde logo a dignidade da pessoa humana.

Cuidando-se do princípio da afetividade, concerne, ainda, mencionar a orientação de Paulo Lôbo, segundo a qual:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relações aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar [...]. (LOBO, 2011, p. 70).

Como apontado por Paulo Lôbo, o princípio da afetividade não se confunde com o afeto. Para ele a afetividade é uma obrigação dada aos genitores na convivência com filhos e vice-versa, mesmo que na relação paterno filial não exista afinidade. Diante disto, para Lôbo o princípio da afetividade só irá deixar de existir entre pais e filhos quando um deles falecer ou quando houver uma das causas de extinção do poder familiar.

O termo afeto desenvolvido nas relações familiares se reporta a questão do “amor”. Porém, cumpre-se ressaltar que segundo as lições de Flávio Tartuce (2017, p. 29) “[...] o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o afeto positivo por excelência. Todavia, também o ódio, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo.” Como mencionado pelo autor, o afeto não se caracteriza somente pela palavra “amor”, isto é, dependendo

da relação de afetividade que uma pessoa desenvolve com a outra, o afeto poderá resultar em uma carga positiva (amor) ou negativa (ódio).

2. PODER FAMILIAR

O poder familiar está presente no direito família desde o Código Civil de 1916 que fazia referência ao antigo “pátrio poder” derivado do direito romano “*pater potestas*” – poder restrito e absoluto concedido ao chefe da família (pai) para coordenar e chefiar a sua prole. Foi a partir do Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/1962, que o “pátrio poder” desapareceu do nosso ordenamento jurídico, isto é, o poder familiar passou a ser exercido por ambos os pais em colaboração e sem qualquer distinção.

Esse poder familiar previsto no Código Civil de 2002 (arts. 1.630 a 1.638) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 21 e arts. 155 a 163) é o poder em que os pais exercem sobre a pessoa dos filhos, ou seja, é o poder-dever concedido ao pai e a mãe referente à criação, à educação e à formação do filho menor, buscando assim o melhor interesse da criança e do adolescente.

O poder familiar é considerado um poder irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 537) entende que “o poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou mãe abduquem desse poder é nula.” Como exposto pelo autor, o poder familiar conferido aos genitores não é uma faculdade e sim um dever, e caso haja a abdicação desse poder, esta será considerada nula de pleno direito.

Prevê o art. 1.630, do CC/2002 que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O dispositivo em comento prevê que os filhos menores (0 a 18 anos), exceto os filhos emancipados, sejam eles havidos ou não na constância do casamento ou adotivos, estarão sobre o poder familiar dos seus genitores, sob o qual deverão exercê-lo conforme as diretrizes elencadas no art. 1.634, do CC/2002 e art. 21, do ECA.

O art. 1.631, do CC/2002, dispõe que “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade”, como bem preceitua o dispositivo, o poder familiar será de competência de am-

bos os genitores, ou seja, tanto a titularidade como o exercício do poder familiar fraciona-se igualmente entre os pais, porém, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá em caráter exclusivo. Em continuidade dispõe ainda o parágrafo único do art. 1.631 que quando houver divergência entre os pais sobre quem irá exercer o poder familiar, está poderá ser suprida pela via judicial.

Determina ainda o art. 1.632, do CC/2002 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”. O dispositivo menciona a convivência familiar que os filhos devem ter com os seus genitores, mesmo quando estes estiverem separados, uma vez que o relacionamento dos pais em nada interfere no exercício do poder familiar em relação aos filhos.

Portanto, diante do exposto, nota-se que o poder familiar é o conjunto de responsabilidades atribuídas aos pais em condições de igualdades, promovendo a formação e o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente até atingirem a maioridade.

2.1. Exercício e obrigações decorrentes do poder familiar

Cuidando-se do exercício do poder familiar, a legislação constitucional e infraconstitucional (Código Civil e ECA) especifica em rol taxativo as atribuições legais para o exercício do poder familiar, que será exercido de forma igual e em conjunto por ambos os genitores.

A nossa Carta Magna em seu art. 227, caput determina que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Pode-se extrair do dispositivo supracitado que o legislador constitucional prevê de forma expressa a criança e ao adolescente a sua proteção integral, transformando-as em sujeitos de direitos e concedendo-lhes direitos e garantias fundamentais que devem ser prestados de forma absoluta e prioritária, principalmente, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

O exercício do poder familiar está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio, no art. 1.634, do CC/2002:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

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

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

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

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 anos;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência e os serviços próprios de sua idade e condição.

Dos incisos I a IX previstos no art. 1.634, do CC/2002, pode-se observar que as obrigações dos pais referentes ao exercício do poder familiar não se restringem somente aos deveres econômicos e materiais.

Quando o inciso I do art. 1.634 menciona que é competência dos pais dirigir-lhes a criação e a educação dos seus filhos, esta querendo dizer que é obrigação dos pais o sustento material dos filhos, através de todos os meios de sobrevivência possível, bem como, conferir-lhes o direito à educação, que é a base primordial para a boa formação da criança e do adolescente. Vale ressaltar, que a não observância desses direitos poderá incidir nos crimes de abandono material (art. 244, do Código Penal) e de abandono intelectual (art. 247, do Código Penal).

O inciso II faz referência ao exercício da guarda (unilateral ou compartilhada) quando os pais estiverem separados. Independente da situação conjugal dos genitores compete a ambos o exercício do poder familiar quanto aos filhos, nos termos do que está previsto no art. 1.584 CC/2002 que trata da proteção à pessoa dos filhos. O fato dos pais estarem separados não eximem os mesmos de estarem presentes e participarem ativamente da vida dos filhos.

Os incisos III, IV e V preceituam que é dever dos pais conceder ou negar o consentimento para os filhos casarem, viajarem para o exterior e para mudarem de sua residência

permanente para outro Município. Pressupõe os incisos em comento que é dever dos pais consentir ou não com os atos praticados pelos filhos, e quando houver divergência quanto a esse exercício ele será suprido pela via judicial.

O inciso VI prevê que os pais iram nomear tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. Essa hipótese de nomeação de tutor para dirigir-lhe o exercício do poder familiar só irá ocorrer se um dos genitores vier a falecer ou torna-se incapaz de exercer o poder familiar sobre a pessoa dos filhos.

No inciso VII consta o dever de representação judicial e extrajudicial dos pais em relação aos atos da vida civil praticados pelos filhos com até 16 anos de idade e o dever de assistência após os 16 anos e até 18 anos de idade, caso em que cessa a menoridade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

O inciso VIII trata da hipótese dos pais reclamarem a guarda dos filhos de quem ilegalmente os detenha, como, por exemplo, quando os avós estão com os netos e não querem devolvê-los aos seus pais, neste caso os genitores irão se utilizar do instituto da busca e apreensão para reaverem a guarda de seus filhos.

Por fim, o inciso IX refere-se ao poder dos genitores de exigir dos filhos que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. É importante deixar claro que esse dever de obediência, respeito e serviço prestado pelos filhos deveram ser observados segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo vedado qualquer tipo de maltrato, agressão física e serviços considerados degradantes.

Tratando-se ainda sobre os deveres inerentes ao exercício do poder familiar dispõe o art. 22, do ECA que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir as determinações judiciais”. Como mencionado anteriormente, compete aos pais o dever de prestar assistência material e educacional aos filhos menores, além, de fazerem cumprir as determinações judiciais dos atos praticados por seus pupilos. Dispõe ainda o parágrafo único do art. 22 que, a mãe e o pai são responsáveis, têm direitos iguais e deveres e reponsabilidade compartilhados no cuidado e na educação da criança [...].

Ressalta-se, ainda, que o exercício do poder familiar poderá ser extinto ou suspenso. O art. 1.635, do CC/2002 menciona as hipóteses de extinção do poder familiar: pela morte dos

pais; pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único do CC/2002; pela maioridade; pela adoção; e por decisão judicial, na forma do art. 1.638, do CC/2002. Já o art. 1.637, do CC/2002 prevê as causas de suspensão do poder familiar. O poder familiar poderá ser suspenso se o pai ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinar os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e de seus haveres – art. 1.637, do CC. Complementando ainda as causas do poder familiar o parágrafo único do mesmo artigo, preceitua que poderá o juiz suspender o poder familiar quando o pai ou mãe forem condenados por sentença penal irrecorrível (transitada em julgado), em virtude de crime cuja pena não exceda a 2 (dois) anos de prisão.

Diante do exposto, conclui-se que o exercício do poder familiar é de competência exclusiva dos pais e será exercido em condições de igualdade e em colaboração, de acordo com as formalidades legais elencadas no ordenamento jurídico. Os genitores só estarão privados de exercer o poder familiar sobre a pessoa dos filhos quando tiverem esse poder extinto ou suspenso.

3. ABANDONO AFETIVO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O abandono afetivo de acordo o entendimento da doutrina e da jurisprudência pátria ocorre muitas vezes após a separação ou divórcio dos pais da criança ou do adolescente, já que o convívio de ambos ao mesmo tempo acaba diminuindo, pois a partir da separação cada um segue o seu caminho. Discute-se aqui a negligência e omissão do pai ou mãe em participar da vida do filho. A respeito, afirma Paulo Lôbo:

Sob esta expressão [abandono afetivo], a doutrina e a jurisprudência brasileira atentaram para o fato de o pai, que não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia. A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas. (LÔBO, 2011, p. 310-312).

Atualmente, o abandono afetivo tem se caracterizado pelo ato ou efeito de um ou até mesmo de ambos os pais abandonarem afetivamente os seus filhos. Nota-se que tanto o pai quanto a mãe podem praticar o abandono afetivo omissivo ou comissivo contra a pessoa dos filhos, porém, na grande maioria dos casos esse abandono é praticado pela figura paterna.

Ressaltasse que o abandono afetivo pode ocorrer mesmo quando existir um convívio pessoal e direto entre pais e filhos. Neste sentido e segundo os ensinamentos de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Ainda que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos, deve-se atentar para o fato de que não basta a presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais. Pode se dar, assim, que o mau desempenho destas funções acarrete danos à formação sócio-psíquico-cultural da criança. Quer isto significar que há muitos casos em que os pais convivem com seus filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de educadores e de encarnação da autoridade a terceiros, desobrigados destas funções *ipso facto*, na medida em que não sejam os genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada uma parcela mais ou menos significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídica contratual, por exemplo. (HIRONAKA, 2006, *online*).

Veja-se que o fato dos pais estarem presentes na vida dos filhos não significa que os mesmo estão dando o apoio e orientação adequada para o desenvolvimento da personalidade do menor. Como sabido, muitos pais pela correria do dia a dia, acabam transferindo o dever de criar e cuidar dos filhos para outras pessoas. Isso faz com que a pessoa que assume a responsabilidade de criação e cuidado da criança ou do adolescente tenha um contato mais próximo com estes do que com os próprios genitores.

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 138) “o afastamento do dever de convivência entre pais e filho produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida”. Como apontado pela autora o abandono muitas das vezes atinge a criação e o desenvolvimento da personalidade do menor, a sua forma de se desenvolver na sociedade e de ver o mundo, suas crenças e identidades, visto que os pais são tidos como exemplos a serem seguidos pelos filhos. No mesmo sentido, complementa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles se estabeleceu um vínculo de afetividade. (HIRONAKA, 2006, *online*).

Assim, praticado o abandono afetivo, as suas conseqüências podem ser das mais variadas possíveis, uma vez que varia de acordo com o perfil de cada pessoa. A falta do pai ou da mãe na orientação da criança e do adolescente em aspectos básicos de convivência do dia a dia acaba contribuindo para que a criança possa criar algum bloqueio social, podendo desenvolver até um trauma psicológico que poderá afetar a sua vida na fase adulta.

3.1. Abandono afetivo e a alienação parental

O abandono afetivo pode ser visualizado no seio familiar das mais variadas formas. Destaca-se aqui a hipótese de abandono afetivo resultante da alienação parental. Neste contexto, o abandono afetivo irá se configurar quando o genitor guardião privar o outro genitor não guardião do direito de convivência com o filho, como, por exemplo, quando a mãe impede o direito de visitas do pai ao filho, seja pelo não pagamento da pensão alimentícia e/ou até mesmo pela não aceitação do rompimento conjugal. Neste sentido preceitua Carlos Roberto Gonçalves que:

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”. (GONÇALVES, 2017, p. 385).

A lei nº 12. 318/2010 – Lei da Alienação Parental – traz o conceito e as características da alienação parental, e, além disso, prevê as punibilidades ou formas de advertências e punições para aqueles chamados “alienadores”.

O art. 2º, da Lei da Alienação Parental traz o conceito jurídico do que seja a alienação parental. Esse dispositivo dispõe que será considerado ato de alienação parental aquele capaz de interferir na constituição psicológica da criança e do adolescente, praticada ou promovida pelos genitores (pai e mãe), avós ou pessoa que detenha o menor sobre sua autoridade, guarda ou vigilância, fazendo com que a criança ou o adolescente repudie o genitor não guardião ou que acabe prejudicando o estabelecimento ou à manutenção do vínculo com este. Diante disto, qualquer ato que tenha o condão de interferir nas relações de afetividade entre os genitores e a sua prole pode ser caracterizado como ato de alienação parental.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016, p. 620) a alienação parental ou síndrome da alienação parental “trata-se de um distúrbio que assola a criança e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor.”

O parágrafo único da Lei nº 12. 318/ 10 elenca em seus incisos (I a VII) um rol meramente exemplificativo do que seja a síndrome da alienação parental, isto é, há outras formas de se praticar a alienação parental, porém, se fará necessário sua comprovação nos autos e declarados pelo magistrado ou através de perícia. Faz-se importante destacar que os atos da

alienação parental podem ser praticados de forma direta pelo genitor guardião ou indireta com o auxílio de terceiros, como, por exemplo, amigos, parentes, cônjuges ou companheiros, etc.

O legislador infraconstitucional trouxe no art. 3º da Lei nº 12.318/10 que a prática dos atos da alienação parental ofende direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito de convivência familiar entre filhos e pais, conforme prevê o art. 227, caput, da CF/88 e art. 4º, do ECA. Além disso, complementa ainda o artigo em comento que o ato de alienação parental prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança e o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente de tutela ou guarda.

Pode-se notar que a pessoa mais prejudicada com a prática da alienação parental e síndrome da alienação parental (SAP) é a própria criança ou adolescente, pois são estes que se encontram privados da convivência familiar saudável com um dos seus genitores, além de crescerem sem o amor, carinho, cuidado e respeito do genitor não guardião, ou seja, sem o afeto do outro genitor, gerando nesta hipótese o abandono afetivo involuntário do alienado.

4. O DANO MORAL E O DIREITO DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico brasileiro passou a ver o dano moral com outros olhos depois que ele foi introduzido na Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos V e X, como um direito fundamental. Para Sérgio Cavalieri Filho:

[...] à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito da dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: “Qualquer atentado à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável.” [...]. (FILHO, 2012, p. 88-89).

Como apontado pelo autor o dano moral deve ser analisado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, da CF/88) e qualquer ato capaz de ferir á dignidade da pessoa poderá incidir na prática de dano moral e por consequência resultará na sua reparação.

Flávio Tartuce (2016, p. 490) esclarece que “[...] o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Nesse diapasão, constitui aquilo que a pessoa sente, o que se pode denominar *dano moral in natura* [...].” Para o autor supracitado o dano moral é aquele que atinge a personalidade do ofendido, causando a este uma lesão na sua integridade física.

Atualmente, a relação dos danos morais no âmbito do direito de família tem se tornando cada vez mais perceptível, visto que, nas relações familiares podem ocorrer determinadas ocasiões que resultem na sua reparação. Quando um membro da família, por ato ilícito ou abuso de direito (arts. 186 e 187, do CC/2002) causar dano a outrem, dependendo da situação casuística será obrigado a repará-lo. A propósito, pertinente a lição de Paulo Nader de que os danos morais oriundos das relações familiares:

Estão subordinados ao regulamento geral da responsabilidade extracontratual, embora com particularidades que devam ser consideradas na apreciação de cada *quaestio facti*. Haverá dano se a conduta do agente enquadrar-se no figurino do art. 186 e 187 da Lei Civil. Caberá ao juiz, diante do caso concreto e à luz destes dispositivos, aferir a presença de dano indenizável, seguindo a orientação do art. 944, caput, ou seja, o valor da indenização deve ser proporcional à extensão do dano. Todavia, as questões familiares devem ser analisadas com temperamentos, conforme as peculiaridades da pequena sociedade, onde, apesar dos desencontros, costuma prevalecer o sentimento da solidariedade, e a desunião de hoje pode ser o fortalecimento dos laços de amanhã. (NADER, 2017, p. 431-432).

Na reparação civil decorrente do direito de família, a doutrina e a jurisprudência vem convergindo no sentido de que os danos morais oriundo das relações familiares estão sujeitos à responsabilidade civil subjetiva. Logo, para que haja o dever de reparação nas ações de natureza familiar se faz necessária a presença dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, a saber: a conduta humana ilícita (negativa ou positiva), o dano (prejuízo) e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano.

Como mencionado acima, o primeiro elemento caracterizador da reparação nas relações familiares é a conduta humana ilícita, que pode ser positiva ou negativa e tem por núcleo a ação voluntária, a, que resulte da liberdade de escolha do agente, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. E nesse sentido, seria inadmissível imputar ao agente a prática de um ato involuntário. Cumpre ressaltar, que a voluntariedade da conduta humana não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas a consciência daquilo que se faz. O conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não exige, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

O segundo elemento é o dano ou prejuízo, que traduz uma lesão a um interesse jurídico material ou moral. A ocorrência deste elemento é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade.

O terceiro e último elemento é o nexo de causalidade, que constitui um elo etiológico, um liame que une a conduta do agente ao dano, o que leva a concluir que somente se responsabilizará alguém, cujo comportamento positivo ou negativo tenha dado causa ao prejuízo, pois sem a relação de causalidade não existe a obrigação de indenizar.

Conclui-se que nas relações oriundas do direito de família pode ocorrer a reparação do dano moral, porém, essa reparação deverá ser analisada caso a caso, ou seja, deve haver à comprovação incontestável de que a conduta praticada por um dos membros da família (pais, filhos, cônjuges ou companheiros) foi capaz de elidir na responsabilidade civil de caráter familiar.

4.1. O dever de reparação do dano decorrente do abandono afetivo

O fato de não existir no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação que regulemente o abandono afetivo, não significa que a falta de afeto proveniente das relações familiares não ocasionará na reparação do dano, aplicar-se-á neste caso as regras oriundas da responsabilidade civil, desde que fique comprovado no caso concreto que houve a ocorrência do ato ilícito, como já mencionado nas linhas supras.

Os genitores, além de construírem com os filhos laços de afetividade, mantêm um vínculo de amor e carinho com os seus pupilos, por força dos quais se obrigam perante estes a fornecer meios de subsistências de ordem material e moral. O não cumprimento dos deveres inerentes do poder familiar e do direito de convivência entre pais e filhos, pode caracterizar dano moral ao filho, e, em consequência pode ocasionar na sua reparação.

A indagação do abandono afetivo na filiação tem impulsionado na doutrina o debate sobre a possibilidade ou impossibilidade da reparação do dano moral decorrente da falta de afeto, em razão do ato de omissão do pai no cumprimento das obrigações provenientes do poder familiar.

Parte da doutrina tem adotado o entendimento de que a falta de afeto entre pais e filhos pelo não exercício do poder familiar pode sim resultar no dever de reparação decorrente do abandono afetivo. Neste sentido preceitua Flávio Tartuce que:

Existi o dever de indenizar em casos tais [abandono afetivo], especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor. (TARTUCE, 2017, *online*).

Regina Beatriz Tavares também concorda com o dever de reparar o dano decorrente do abandono afetivo, para ela:

A condenação de um pai ou de uma mãe que abandona moralmente o filho ou se recusa injustificadamente ao reconhecimento da relação filial não pode ser vista como monetarização do amor, mas, sim, como aplicação dos princípios da responsabilidade civil às relações familiares, desde que seja bem analisado o caso concreto e estejam preenchidos os seus requisitos. (TAVARES, *apud* NADER, 2016, p. 432).

Nota-se que para esses aplicadores do direito a reparação moral pela omissão do afeto, é claramente possível, visto que os pais são os responsáveis pelo bom desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, e, por este motivo não serão privados de responder pelos atos resultantes da falta de afetividade e pelo não exercício do poder familiar, porém, devem está presentes no caso concreto os requisitos da responsabilidade civil subjetiva.

Em sentido contrário outra parte da doutrina entende que o simples fato do pai ou mãe não proporcionar ao seu filho amor, carinho e atenção, não incidirá na reparação do dano decorrente da falta de afeto. Esse é o entendimento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald segundo o qual:

[...] não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracteriza-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e matérias dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 133-134).

Compactuando no mesmo sentido preceitua Sérgio Resende de Barros que:

Não se deve confundir a relação de afeto, considerada em si mesma, com as relações patrimoniais que a cercam no âmbito da família. Entre os membros de uma entidade familiar, por exemplo, entre os pais, ou entre estes e os filhos, a quebra do afeto se manifesta por diversas formas: aversão pessoal, quebra do respeito ou da fidelidade, ausência intermitente ou afastamento definitivo do lar, falta ou desleixo nas visitas e na convivência, etc. Mas nenhuma forma de desafeto faz nascer o direito à indenização por danos morais. Mesmo porque, muitas vezes, o ofendido é o acusado, cuja conduta reage à ação ou omissão do outro. (BARROS, *apud* VIAFORE, 2007, p. 23).

Percebe-se que para esta corrente doutrinária, a interpretação da reparação decorrente do abandono moral, declara-se abusiva e arbitrária. Assim, não se pode obrigar um pai ou mãe a se relacionar afetivamente com o filho sem que este por livre e espontânea vontade queira construir com o seu filho uma relação calcada no afeto.

Nesse diapasão, percebe-se que a doutrina não tem chegado a um consenso sobre o dever de reparar ou não o dano decorrente do abandono afetivo, e, é por este motivo que nos últimos anos, os Tribunais Superiores estão sendo cada vez mais provocados para tentar solucionar os debates acerca da responsabilidade civil nos conflitos jurídicos que se originam do abandono afetivo.

5. PROJETO DE LEI Nº 3.212/2015

Visando por um fim nos conflitos familiares acerca do abandono afetivo e da responsabilidade civil que tramitam no Poder Judiciário, foi proposto perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº 3.212/2015, já aprovado no Senado Federal (PL nº 700/2007) e em fase conclusiva na Câmara dos Deputados. Esse projeto de lei tem como objetivo a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), a fim de incluir no texto do ECA a assistência afetiva dos pais para com os filhos, além de considerar como ato ilícito, sujeito a reparação de danos, o abandono afetivo. Neste sentido prevê o art. 5º, parágrafo único do PL nº 3.212/2015 que “considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo”.

O texto do art. 4º, §2º do PL nº 3.212/2015 estabelece que compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permita acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento. Complementando o dispositivo o seu

§3º traz três tipos de assistência afetiva: I. orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; II. solidariedade e apoio nos momentos de sofrimento ou dificuldade; e III. presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

Salienta-se que o texto do projeto de lei que regulamenta o abandono afetivo (PL nº 3.212/15) visa estabelecer ao pai ou a mãe que não possuir a guarda do menor a obrigação não só do direito de visitas, de convivência com a criança ou adolescente e o pagamento da pensão alimentícia, mas, também o dever de fiscalização, acompanhamento e educação dos filhos. O texto da proposta também possibilita aos diretores dos estabelecimentos educacionais delatarem ao Conselho Tutelar as hipóteses de negligência, abuso e abandono.

O Deputado Federal Alan Rick (PRB – Acre) que é o relator do PL 3.212/2015 na Câmara dos Deputados recomenda a sua aprovação, afirmando que as alterações trazidas pelo presente projeto são de inteira importância, pois os pais ficaram obrigados a participarem de forma mais ativa da vida dos filhos.

Nota-se, que caso seja aprovado o Projeto de Lei nº 3.212/2015, a lacuna deixada pelo ordenamento jurídico sobre o abandono afetivo e a responsabilidade civil será preenchida, e, por consequência os debates doutrinários e jurisprudências em relação à possibilidade ou não do dever de reparar o dano decorrente do abandono afetivo podem até não ser resolvidos, mas poderão ser amenizados.

6. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

No presente capítulo serão apreciados inicialmente alguns entendimentos e precedentes dos Tribunais Estaduais brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça em que se alcançou a possibilidade e a não possibilidade da compensação por danos morais decorrentes do abandono afetivo. A possibilidade ou não da reparação do dano decorrente do abandono afetivo é matéria polêmica e tem dividido algumas opiniões no âmbito do Poder Judiciário, principalmente, nos Tribunais Superiores. Alguns julgados vêm acolhendo o entendimento de que o abandono afetivo pode sim ocasionar na responsabilidade civil, já outros, porém, tem repudiado tal entendimento.

A primeira jurisprudência a ser apreciada será a Apelação Cível nº 70073425175/RS, ajuizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), no ano de 2017:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO DE PAI AO FILHO. MODALIDADE DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. O pedido principal de toda e qualquer ação de reparação de dano, decorrente de ato ilícito, é a condenação do imputado causador do dano a reparar o dano. A forma de reparação (se em dinheiro ou mediante pagamento de tratamento psicológico) é um provimento secundário e consequente do pedido principal, que é a reparação do dano. Portanto, não há nulidade na sentença que fixou a indenização no pagamento pelo pai/requerido de tratamento psicológico ao filho. Isso porque, com base na prova pericial produzida no processo, o tratamento psicológico se mostrou a forma mais efetiva e com maior potencial de "reparar do dano" do filho/apelante, decorrente do abandono afetivo paterno. NEGARAM PROVIMENTO.

Na presente Apelação, o apelante, que possui 12 anos de idade, representado por sua responsável legal, buscou a tutela jurisdicional no intuito de ser indenizado por abandono afetivo praticado por seu pai, que o abandonou desde 04 anos de idade. O pedido fora de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de danos morais. O juiz *a quo* (1º grau) julgou procedente em parte o pedido, concedendo ao autor o tratamento psicológico adequado, visto que houve nos autos comprovação pericial. O autor apelou buscando a reparação pecuniária. A perita, em seu parecer, confirmou que uma reparação em dinheiro não traria, no decorrer do tempo, benesses ao autor; que somente uma terapia prolongada conseguiria trazer mudanças efetivas no comportamento da criança, que, segundo a mesma, possui características introspectivas. O Ministério Público deu parecer favorável ao autor, alegando que o juiz, apesar de buscar a melhor forma de reparar o dano, deu sentença *extra petita*, sendo que o autor fez um pedido determinado na exordial.

Os relatores do caso não consideraram a sentença *extra petita*, sob o argumento de que o juiz está vinculado ao pedido de reparação de dano, tendo discricionariedade para escolher qual seria a forma efetiva de repará-lo. Ademais, o autor é menor de idade, tendo o magistrado o dever de buscar um tratamento adequado a sua condição. Os relatores, por fim, negaram provimento à apelação.

A segunda jurisprudência a ser apreciada será a Apelação Cível nº 1.0515.11.003090-2/001, interposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG), no ano de 2016:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PATERNO. RESTRIÇÃO AO ÂMBITO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE ILÍCITO E DANO INDENIZÁVEL. I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexa causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos não há que se fa-

lar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não dissabores da vida. III - O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares.

O presente recurso de apelação derivou-se de uma ação de reparação por danos morais decorrente de abandono afetivo, interposta por um filho que se sentiu abandonado emocional e afetivamente por seu pai. Segundo o apelante o seu pai parou de conviver com ele, deixando-o desprovido de sua atenção, amor e carinho, o que acabou lhe causando uma enorme carência afetiva e emocional, ocasionando-lhe algumas sequelas psicológicas como crise de ansiedade, tendo que fazer tratamentos psicológicos.

A sentença proferida pelo juiz de 1º grau julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante, fundamentando que as provas produzidas nos autos não foram suficientes para comprovação do ato ilícito. Os Relatores seguiram o entendimento de que para que seja configurado o dano moral e para que haja a sua reparação se faz necessário a presença dos três requisitos da responsabilidade civil, a saber: a prática do ato ilícito, o nexo causal e o dano. E por este motivo negaram provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença do juiz *a quo* e julgando improcedente os pedidos pleiteados na inicial.

Fica claro, através desses casos, que tanto a jurisdição de 1º grau quanto a de 2º grau, visavam reparar o dano emocional/afetivo do menor através de tratamentos psicoterápicos. Portanto, parte da jurisprudência não acredita que a pecúnia seria capaz de efetivamente reparar dano moral em razão de abandono afetivo, sob a justificativa de que não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil. Mesmo com essa tendência de reparação através de tratamentos psicológicos e negação a possibilidade de reparação por danos morais, há, na jurisprudência pátria, alguns tribunais que deferiram o pedido de indenização pecuniária.

Em decisão proferida no ano de 2012, o Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – 3ª Turma – tornou-se um precedente de imensa importância para a discussão jurisprudencial. Vejamos o julgado a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinên-

cias, 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, exsurgindo, 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.

O referido Recurso Especial originou-se de ação de indenização por danos materiais cumulada com compensação por danos morais, interposta por uma filha contra o próprio pai, por ter sido abandonada moral e materialmente. A sentença de 1º grau julgou improcedente o pedido de indenização pleiteado pela recorrida. Não satisfeita com o julgamento da ação, a Recorrida interpôs o recurso de Apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) que deu provimento ao recurso de apelação, reconhecendo o abandono afetivo pleiteado pela recorrida, condenando o recorrente a pagar de indenização o *quantum* de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O Recorrente não satisfeito com o posicionamento adotado pelo TJ/SP interpôs o presente Recurso Especial perante o STJ, alegando em síntese que não abandonou sua filha, e, ainda se o tivesse feito isso não se caracterizaria ato ilícito. Ressaltando que a hipótese mais grave que poderia acontecer era a imposição da perda do poder familiar.

A relatora do caso Ministra Nancy Andrighi proferiu seu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, diminuindo o valor de R\$ 415.000, 00 (quatrocentos e quinze mil reais) arbitrado pelo TJ/SP para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Ela defendeu o posicionamento da existência da reparação por danos morais no direito de família, argumentou em síntese que não há restrições legais à aplicação das regras concernentes ao dever de indenizar no âmbito do direito de família, defendendo também que a imposição da perda do poder familiar não extingue e nem impossibilita aos pais o dever de reparação por danos morais decorrente da falta de afeto.

Ao adotar o entendimento de que existe nas relações familiares a compensação por danos morais, a Ministra Nancy Andrighi afirmou que será necessária a presença e análise dos requisitos inerentes da responsabilidade civil subjetiva, isto é, para que haja o dever de inde-

nizar nas relações familiares é necessário que estejam presentes o dano, a culpa do autor e o nexo de causalidade. A relatora considerou que no caso em análise houve a prática do ato ilícito e culpa do recorrente, pois, para ela o cuidado é característica fundamental para a formação da personalidade de toda criança e adolescente; que no debate acerca do abandono afetivo não se discute mais a falta de afeto, mas, sim, a averiguação da obrigação de cuidado, destacando que “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Nota-se, que com tal precedente, a possibilidade de se auferir pecúnia em razão de abandono afetivo se instaura na jurisprudência nacional. Com a análise dos julgados, percebe-se que há uma tendência do Poder Judiciário em deferir o pedido indenizatório, seja através de pecúnia ou tratamento psicológico, se houver uma comprovação plausível do ato ilícito cometido. Assim, a discussão se torna positiva, já que ensejará uma maior busca por alicerces comprobatórios no âmbito da psicologia, corroborando para uma justiça mais efetiva.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, se torna evidente que as relações familiares estão cada vez mais calcadas no princípio da afetividade. O afeto tem sido característica fundamental para o bom desenvolvimento das relações familiares, visto que, a necessidade de amor, carinho, cuidado, respeito e atenção tem se tornado a pirâmide central da família. Assim, tem se tornado cada vez mais claro nas relações familiares a ideia de que toda e qualquer pessoa necessita de afeto, principalmente, quando essa pessoa é uma criança ou um adolescente.

A família é a base da sociedade, sendo por meio desta que o indivíduo desenvolve os seus primeiros laços de afetividade, que comumente é introduzido pela pessoa dos pais, pois, em tese são estes que possuem a responsabilidade de garantir aos filhos que deles dependam e que se encontre em situação de vulnerabilidade todo apoio e proteção possível. Diante disto, os genitores são os principais responsáveis pelo desenvolvimento da personalidade de seus filhos menores. São deles as obrigações legais de cuidado, educação, alimentação, moradia, lazer, etc, essas obrigações não se esgotam com a simples subsistência material, vai, além disso, sendo exigido pelos pais a garantia de elementos imprescindíveis para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, como, por exemplo, o direito a convivência familiar, a proteção integral da criança e do adolescente, a demonstração de amor e carinho, entre outros.

Fica claro, que a ausência do exercício do poder familiar na fase da infância e juventude dos filhos, pode prejudicar consideravelmente o estado de ânimos da criança e do adolescente, cujos reflexos podem atingir a sua inserção na sociedade.

O ato do pai ou mãe de não prestarem apoio moral (emocional e afetivo) aos filhos tem se tornado ato corriqueiro na sociedade, desencadeando na prática do abandono afetivo. Essa espécie de abandono poderá gerar aos genitores que se omitem a dar afeto aos filhos o dever de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo.

O dever de reparar o dano decorrente do abandono afetivo segundo o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência irá ocorrer quando estiverem presentes no caso concreto os três elementos que compõem a responsabilidade civil subjetiva: a ilicitude, o nexo causal e o dano. Assim, quando um pai ou uma mãe abandonar afetivamente seu filho e houver no caso concreto a presença dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva haverá a compensação do dano moral sofrido.

Por fim, vale ressaltar que a reparação ou compensação do dano moral imposto a pai ou mãe que abandona afetivamente seus filhos não pode ser visto como uma forma de punição pecuniária pelo desamor ou uma imposição de obrigar os genitores a amar os seus filhos, mas, sim, como uma forma de repressão a prática de novos abandonos afetivos, como também assegurar a criança e adolescente à proteção de seus direitos e garantias fundamentais que estão previstos no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº 3.212/2015**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil; Relator: Dep. Alan Rick. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1486751.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 09 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9).** Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, v. 6.** 9. ed. Salvador: JusPodium, 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família, volume 6.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 4: Responsabilidade Civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito civil brasileiro, vol. 6: Direito de família.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Noaves. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>>.

Acesso em: 12 mai. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0515.11.003090-2/001.** Apelante: Joaquim Augusto da Silva. Apelado: Joaquim Fidélis de Souza. Relator: João Cancio. Piumhi, MG, 15 de março de 2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, vol. 5: direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70073425175 – RS.** Apelante: R.P.W. Apelado: R.P. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Novo Hamburgo, RS, 22 de fevereiro de 2017. Disponível: < <http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 15 de mai. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044Da+indenizacao+po+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. **Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito Civil, v. 5: direito de família.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIAFORE, Vanessa. **O ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO AFETO.** Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20072/VanessaViafore.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2018.