

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PATERNO: UMA NOVA EXEGESE DO DIREITO

Jessiane Nogueira Roque

*Bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa
do Estado do Amazonas – FAPEAM, Bacharel em Direito pela
Universidade do Estado do Amazonas - UEA, Brasil.*

Advogada.

js_aninha@hotmail.com

Dempsey Pereira Ramos Júnior¹

*Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal),
Pesquisador Creditado pela Universidade de Bergen (Noruega),
Mestre em Direito Ambiental e Professor de Direito Civil
pela Universidade do Estado do Amazonas (Brasil),
Advogado.*

dempsey_junior@yahoo.com.br

RESUMO

O presente trabalho é fruto do Programa de Apoio à Iniciação Científica, desenvolvido na Universidade do Estado do Amazonas e financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas. Como objetivo busca perscrutar se é coerente com os princípios constitucionais conceder indenização aos filhos que sofreram danos de caráter moral provenientes do abandono afetivo. Seu método utiliza revisão bibliográfica e análise jurisprudencial das relações entre pais e filhos, e do princípio da afetividade no âmbito familiar. Considera, sobretudo, o princípio da afetividade como faceta do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo uma relevância maior ainda o presente estudo pelos lesados se tratarem de seres humanos em desenvolvimento. Dentre as conclusões, observa-se que a ordem jurídica brasileira começa a reconhecer esse direito em sua jurisprudência.

Palavras chave: Princípio da Afetividade, Dano Moral, Indenização.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conceito de família, antigamente vista como entidade social composta por indivíduos ligados por laços sanguíneos, centra-se atualmente nos vínculos afetivos que unem os sujeitos que a compõe, sendo esses liames o objeto de maior preocupação da legislação. A maior proteção dada pela Constituição de 1988 à união estável, a família monoparental e o reconhecimento da união e do casamento homoafetivo ratificam que a afetividade é caractere de suma relevância na constituição do núcleo familiar.

¹ Este trabalho foi produzido sob orientação de Dempsey Pereira Ramos Júnior, professor de direito civil vinculado ao Programa de Iniciação Científica da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

O princípio da afetividade, que é uma das subvertentes do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), tem um imenso papel no direito civil e constitucional. O princípio citado é produto desse longo processo de mudanças da forma que são encaradas as bases e os vínculos que constituem o núcleo familiar. Ressalta-se o afeto na constituição familiar e coloca-se o fator sanguíneo como secundário.

Uma das expressões desse princípio é a importância jurídica dada ao abandono afetivo nas relações paterno-filiais que enseja indenização aos seus danos psicológicos e morais. Essa espécie de dano moral se mostra assunto relevante quando se fala em direito familiar e danos indenizáveis. Para correta aplicação desse instituto é crucial estudo a fim de que haja uma interpretação adequada do seu significado, objetivo e extensão.

2 A MUDANÇA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DO INSTITUTO FAMILIAR

O período em que começou o engendramento da instituição familiar, em moldes muito distintos dos atuais é claro, é incerto. Dentre outros ilustres estudiosos, Friedrich Engels em sua obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, tendo por base os estudos de Lewis Henry Morgan, célebre antropólogo norte-americano, analisou o desenvolvimento da família até corresponder ao paradigma dito civilizado.

Segundo Engels, a família teve sua origem marcada pela flexibilidade e indefinição. Em muitas tribos (os estudos de Morgan baseiam-se nos índios iroqueses) era comum haver vários pais e mães para os mesmos filhos. Para o iroquês também eram seus filhos não somente os seus próprios, mas, também, os de seus irmãos, e estes o tratam e chamavam-no de pai. Já os filhos de suas irmãs eram tratados como sobrinhos e sobrinhas, e estes o chamavam de tio. Para a iroquesa ocorria o inverso, além dos seus próprios, chama filhos e filhas os de suas irmãs, e estes a chamavam de mãe. E ela chamava os filhos de seus irmãos de sobrinhos. Os filhos de irmãos se tratavam como irmãos e irmãs, e igualmente os filhos de irmãs. Tratavam-se como primos e primas os filhos de uma irmã e um irmão.

Apesar da indefinição da origem da instituição familiar uma coisa é indiscutível, o modelo familiar sofre mutações em consonância com o estilo de sociedade e sua evolução.

A família, diz Morgan, é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma superior, à medida que a sociedade evolui de

um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, 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. (Engels, F., 1984).

Uma das primeiras tentativas de se normatizar as relações familiares, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, é a Lei do Pai interpretada por Lacan que retomou o Complexo de Édipo Freudiano. Trata-se de um mecanismo para tentar reprimir os desejos através da constrição das volições instintivas relacionadas a incestos e parricídio, e representou a transposição do estado natural a um estado mais civilizado.

O Direito Canônico foi um dos prógonos a tratar da família. A consubstanciação do Cristianismo fez com que normas religiosas como a indissolubilidade do casamento fossem dotadas além da coerção moral de um caráter obrigatório. Fato é que por muito tempo associou-se o Direito de família com o matrimônio, sendo este de caráter medular para as relações jurídico-familiares.

Voltando o olhar ao contexto evolutivo da normatização nacional, o Código Civil de 1916, representava bem os preceitos do Direito Canônico. Através do código houve a separação do casamento civil do religioso, todavia o casamento foi estabelecido como condição para haver a legitimação da família como se depreende do art. 229: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. O marido era chefe da sociedade conjugal sendo seu encargo a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, o direito de fixar e mudar o domicílio da família, o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal e prover à manutenção da família (art. 233).

As disposições discriminatórias e segregacionistas do Código Civil de 1916 que impediam o divórcio, a manutenção pela mulher dos seus próprios bens, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, e a concessão de direitos a quem não mantinha uma relação de matrimônio foram superadas primeiramente pela Constituição Federal de 1988 e depois pelo advento do Código Civil de 2002. Antes disso houve o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, que fixou como direito das mulheres a propriedade dos bens adquiridos por ela por meio do seu labor, e o estabelecimento do divórcio, Lei 6.515/1977.

Uma das principais conquistas, da qual derivam muitas das outros é a igualdade entre homens e mulheres estabelecida constitucionalmente. O art. 226 da Carta

Magna considera a família como base da sociedade e estabelece o dever do Estado de proteger-lhe. No parágrafo terceiro do mesmo artigo, representando a evolução do pensamento anterior, dá legitimidade a união estável e a inclui no conceito de entidade familiar. O parágrafo quarto reconhece à família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. E no mesmo íterim, o art. 227, §6º proíbe qualquer discriminação entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento e os adotados. O Código Civil não pode deixar de acompanhar aos novos ditames constitucionais e veio para reafirmar e enfatizar os dispositivos citados.

Além das hipóteses explicitamente consagradas primeiramente houve o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável entre pessoas do mesmo sexo através da ADIn nº 4277 de 2011 e da ADPF nº 132 do mesmo ano. Fez-se uma interpretação mais ampla ao artigo 226, §3º da CF/88. Depois, em 2013, por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) os cartórios de todo o país foram obrigados a realizar o casamento civil e a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Por tudo isso se vê claramente que a visão jurídica sobre a família vem mudando, e apesar de alguns taxarem como abusivamente usado, o princípio constitucional, e essencial da dignidade da pessoa humana, é o que orienta essas várias mutações. O direito de família vem sofrendo grandes mudanças através da influência de princípios constitucionais. “[...] a família e o direito de família estão sofrendo modificações em sua estrutura, no seu estudo, visando a pessoa, em sua dignidade, como valor último dessas relações.” (Angeluci, 2006, p. 14).

3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A família deixa de ser somente instituto biológico e matrimonial para ser também afetivo. Daí o destaque e as polêmicas que tem instigado um novo vetor de exegese das relações familiares no campo do Direito, o princípio da afetividade. O dito princípio é também decorrente de uma visão antropocentrista do Direito de Família, pondo o sujeito, seus sentimentos e dignidade em relevo.

O princípio da afetividade é tem como alicerce principal o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Também está implícito em dispositivos

constitucionais como o art. 227, §6º, que estabelece a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, no § 4º, que legitima a família monoparental e §7º, que diz respeito ao planejamento familiar como fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, ambos do artigo 226. Em âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu art. 25, II, diz que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

No aspecto paterno-filial do princípio este se depreende novamente (através de uma interpretação sistemática) do art. 227, agora do seu caput, que diz que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O código civil determina que quando for observado que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e relação de afinidade e “afetividade”, nos termos da legislação específica (art. 1.584, par. único).

Além disso, se expressa pelo art. 28, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece a relação de afinidade como importante na apreciação do pedido de guarda, tutela ou adoção.

O princípio da afetividade desponta como consequência da constitucionalização do direito civil, mais especificamente do direito de família. Considera-se a importância do afeto na formação psicológica e social do indivíduo, o que afeta diretamente a sua dignidade humana.

A defesa da relevância do afeto, do valor afeto, torna-se muito importante, não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do direito de família, leva a conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para fim do princípio da dignidade da pessoa humana. (Angeluci, 2006, p. 131)

Tudo isso é conseqüência da mudança das principais motivações que determinam a junção das pessoas a fim de formar uma família. Se anteriormente os desígnios gerais que levavam as pessoas a constituírem família eram muitas vezes ligados a questões econômicas ou obrigacionais, por imposição dos genitores, atualmente, tem essencialmente a ver com as expectativas de constituição de relações de afeto e respeito. Relaciona-se com a satisfação de expectativas e desejos existenciais.

4 AFETIVIDADE NO DIREITO COMPARADO

Na Argentina, apesar de não haver dispositivos que tratem sobre a afetividade existe a figura da *família ensamblada*. No país a taxa de divórcios é muito alta, sendo comum a formação de novas famílias pela junção de duas. Assim a *família ensamblada* é decorrente de segundos casamentos e se compõe duas pessoas e dos seus filhos provenientes de relações anteriores. Essa família composta pelo casal, os filhos de cada um ou de somente um deles com seus ex-companheiros e eventualmente os filhos que vierem a ser gerados pelos dois recebe proteção do ordenamento argentino.

O projeto de novo Código Civil argentino até substitui os termos padrasto e madrastra pelo termo *progenitor afín* que é definido pelo seu art. 672:

Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. En los fundamentos se señala que para esta denominación se recurre a un vocablo ya existente en nuestro Código Civil, como es el parentesco por afinidad, que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio con los parientes consanguíneos del cónyuge, y se lo extiende a las uniones convivenciales.

Ao *progenitor afín* pode ser delegado temporariamente o poder paternal pelo outro sempre que este não possa exercê-lo por razões de viagem, doença ou incapacidade temporária ou outras impossibilidades que impeçam o desempenho ou ainda quando seja inconveniente que este exerça, para isso exige-se uma homologação judicial. O projeto ainda dá a possibilidade que o *progenitor afín* obtenha a guarda do filho do em caso de falecimento do seu cônjuge.

Nisso a Argentina é mais avançada que o Brasil que não possui previsão semelhante, há apenas o art. 1.595, § 1º, do CC/2002 que trata do parentesco por afinidade e a Lei nº 11.294/09 que possibilita que o patronímico do padrasto ou madrastra possa passar a integrar o nome do enteado ou da enteada.

5 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS DO ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo é a ausência filial, a privação da prole da convivência, a omissão no que concerne a atenção, a presença na vida e no desenvolvimento do filho. A não observância do dever de afeto tem efeitos negativos no desenvolvimento da personalidade do ser humano, no desenvolvimento das suas relações sociais e pode ocasionar várias consequências psicológicas.

Nos dizeres de Angeluci (2006, p. 132):

Não resta dúvida que o desenvolvimento da pessoa, de forma a alcançar a dignidade como e enquanto pessoa, será possível desde que haja respeito pelo ser humano que representa a criança em desenvolvimento, com seus medos, anseios e frustrações, e acima de tudo, com seus vínculos afetivos estabelecidos desde o nascimento, na coletividade familiar.

O Código Civil em seu artigo 1.638, inciso II, contemplou o princípio da afetividade ao dispor que “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”. O abandono a que se refere o artigo vai muito além do abandono material, engloba o abandono afetivo, que não se confunde com o descumprimento do dever moral dos pais amarem seus filhos.

Por assim dizer, o papel paterno/materno tem função estruturante do filho como sujeito. Em sentido oposto, a falta desses valores repercute negativamente não só no indivíduo, mas também na sociedade. Em relação ao indivíduo, a repercussão da falta de afeto e de cuidado dá-se na possibilidade da criança desenvolver uma personalidade agressiva, deprimida, rebelde e indisciplinada; ao passo que, na esfera social, essa falta é apontada, inclusive, como possível causa do aumento da delinquência juvenil. De tal feita, a ausência de tais valores nas primeiras etapas da vida não é maléfica apenas à criança, mas a todo o ambiente em que ela irá conviver, pelo que se justifica o interesse público na questão. (CALIMAN, 2009, p. 13)

O abandono afetivo tem tudo a ver, dentre outros, com o descumprimento de dois princípios, o da convivência familiar e o da paternidade responsável. O princípio da convivência familiar se apoia no art. 227 da CF, no Estatuto da Criança e do adolescente e no art. 9.3 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 que estabelece o direito da criança manter regularmente relações pessoais e contato direto com seus pais quando estes estiverem separados. Trata do direito da criança ter a presença de ambos os pais na sua vida e acompanhando o desenvolvimento de suas realizações pessoais e sociais. Expressões desse princípio são os institutos da guarda compartilhada e o direito de visita

do genitor não-guardião, que para Maria Berenice Dias (2007, p. 407) é mais do que um direito, é um dever do pai ou mãe.

A paternidade responsável, mais abrangente que a convivência familiar, é um princípio anterior ao nascimento da criança, se inicia com o planejamento familiar. Abrange o dever dos pais de dar todo suporte necessário, tanto material quanto afetivo, ao crescimento saudável do seu filho. Fundamenta-se no art. 226, § da CF/88. É a concepção responsável e compromissada do que é paternidade, necessária desde o planejamento de constituir uma família até o cuidado na criação e educação dos filhos.

6 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Toda ação humana que causa prejuízo a outrem e decorre da violação de deveres estabelecidos juridicamente gera responsabilidade civil. Diante disso, surge o dever jurídico de restaurar o dano advindo da transgressão de uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico (Gonçalves, 2010, p.24).

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é responsabilidade aquiliana, extracontratual. Diversamente da contratual, não se infringe um dever decorrente de avença prévia entre as partes, mas sim um dever legal. É regulada pelo art. 186 do Código Civil que assevera que comete ato ilícito alguém que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que esse dano seja apenas moral. Na hipótese da responsabilidade extracontratual ao contrário da contratual o ônus da prova incumbe ao autor da ação.

A responsabilidade civil exige quatro pressupostos: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, que deve ser provado pelo ofendido, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima (Gonçalves, 2010, p. 53).

O dano causado pelo abandono afetivo é um dano moral tem como cerne o atingimento da esfera pessoal do indivíduo, viola direitos não aferíveis materialmente. Lesa os direitos personalíssimos, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., ocasionando ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (Gonçalves, 2010, p. 377).

7 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido o Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais decorrentes do abandono afetivo paterno, fixando indenização correspondente a 200 salários mínimos:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA–PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Após a separação do casal, a guarda do filho ficou incumbida à mãe. O pai, apesar de estar sempre cumprindo a obrigação de prestar alimentos, manteve-se ausente da vida do menor, apesar dos constantes pedidos da criança. O pai, confundindo a relação conjugal com a relação parental, julgando estar cumprindo com todos os seus deveres ao prestar a assistência material, ignorava. Todavia, o seu comportamento trouxe ao filho consequências prejudiciais consideráveis, sobretudo no sentido moral e psíquico, motivos pelos quais, em cumprimento ao princípio da afetividade, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais determinou a indenização dos danos sofridos.

Insatisfeito com a decisão, o pai manejou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça que em 29 de novembro de 2005, cassou o acórdão da Corte mineira, pelas razões abaixo ementadas, *verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29.11.2005, DJ 27.03.2006 p. 299).

Inconformado com a supracitada decisão do Superior Tribunal de Justiça, o autor do pedido de indenização interpôs, em outubro de 2007, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 567164. A Procuradoria Geral da República, em novembro de 2007, opinou, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso. Em 14 de maio de 2009, a Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, Relatora do RE 567164, proferiu decisão monocrática, negando seguimento ao recurso.

Em 2012, em sentido oposto, através do REsp 1159242 o Supremo Tribunal de Justiça por decisão da Terceira Turma, vencido o voto do ministro Massami Uyeda que foi o único a divergir, condenou um pai, a reparar danos morais causados pelo abandono afetivo.

Utilizando-se do argumento de que o afastamento do pai foi consequência do comportamento agressivo da mãe a ação foi considerada improcedente em primeiro grau. Na segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo constatou que o pai é “abastado e próspero” e que restava comprovado o abandono afetivo, assim reformou a decisão e fixou o valor da indenização pelos danos morais sofridos em R\$ 415 mil.

O pai interpôs recurso especial no STJ sustentando a infringência de dispositivos do Código Civil e a divergência com outras decisões. O Tribunal se posicionou parcialmente de acordo o Tribunal de Justiça de São Paulo, alterando apenas o valor da indenização para 200 mil.

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

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

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 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. (REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 10/05/2012).

8 PRESSUPOSTOS PARA INDENIZAR

Deve-se ser cauteloso na apreciação de tais casos e acima de tudo considerar que nem todas as situações ensejam o mesmo tratamento. Tem de ser atendidos pressupostos básicos para definir se existe realmente abandono afetivo.

Os pedidos indenizatórios com fulcro no abandono afetivo existem porque a dor pode não ser palpável, mas é real. As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: Psicólogos, Assistentes Sociais, dentre outros; prova documental, como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do Juiz competente.

O magistrado, quando de sua decisão judicial, deve primar pela moderação, bom-senso e equidade, na qual a gravidade da lesão suportada pela vítima, em seu possível grau de culpa, não pode ensejar um abuso de direito e sim prudente arbitragem. (Souza, 2012, p.5)

Alguns requisitos são básicos como a existência da relação filial, o conhecimento por parte do genitor da sua relação de paternidade, pois este não pode ser punido se não sabia da existência da sua prole, a existência da conduta culposa e a voluntariedade do afastamento do convívio de seu filho.

Abre-se aqui um parêntese, pois há a possibilidade de ação em face de pai ou uma mãe que apesar de estar presente de forma física não cumpriu satisfatoriamente as suas funções.

O abandono deve ser uma ação caracterizada pela sua continuidade, uma falta a um evento ou alguns poucos não pode ser considerado abandono afetivo.

Além desses itens é importante constatar se a época de manifestação dos sintomas do abandono afetivo é posterior ao afastamento do genitor. É fundamental provar a existência de danos para o progênito e se há nexos causal entre a conduta do abandono e os danos sofridos. Esses danos não são meros dissabores ou desconforto, são consequências psicológicas, morais e sociais palpáveis.

Existem exceções que isentam a responsabilização civil. Se o pai (ou mãe) deixou de conviver com o filho pelo fato do outro genitor impossibilitar esse contato, o primeiro não deve ser responsabilizado. Tratamento semelhante se dá quando ocorrerem caso fortuito ou força maior, como o acontecimento de acidente com o pai que impossibilite a satisfação do direito da criança.

Concluindo o tópico, acrescenta-se que segundo decisão datada de 2012 da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça o prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir quando com o atingimento da maioridade e, por conseguinte, a extinção do pátrio poder.²

9 CRÍTICAS À INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

² Decisão disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107099

As críticas mais acerbas a concessão de indenização pelo abandono afetivo trazem como argumento o fato de que a concessão de indenização em casos como esses representa excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, e acabam por incentivar a monetarização do afeto. Além disso, a sentença não faria com que o pai, arrependido, buscasse a reaproximação como filho, pelo contrário, o distanciamento seria ainda maior e quem sabe irreparável.

A impossibilidade de quantificação do afeto, ou amor nas palavras de alguns, não justifica a não reparação do dano ocorrido. Ressalta-se o que diz Angeluci (2006, p. 140)³:

Neste ponto, possível fazer paralelo sobre as primeiras controvérsias a respeito do dano moral, sua possibilidade na seara do direito, cujo principal argumento contrário, cingia-se na impossibilidade de valorar a dor moral da pessoa. Nota-se assim, o retrocesso para a utilização de base já superada pelo ordenamento jurídico.

Acrescenta-se: “não sendo possível ao agente de direito, simplesmente se omitir, sob o pretexto de que o amor não tem preço, até mesmo porque, a vida, a dor, a honra, também não tem, à princípio, preço estabelecido.” (Angeluci, 2006, p. 40)

No mesmo sentido, Gagliano e Filho (2011, p. 111) argumentam sobre a apreciação econômica do dano moral:

A não materialização imediata do dano em valores econômicos não quer dizer que ele seja etéreo. Em verdade, a certeza do dano decorre da efetiva violação do direito na esfera extrapatrimonial. O fato de os efeitos do direito violado serem imateriais não implica em inocorrência de violação, tampouco na inexistência de direito lesado.

Quanto a possível atenuação do afastamento entre pai e filho que sobreviria da decisão que concedesse a reparação do dano moral, interessante analogia pode ser feita. Seria aceitável então o argumento “sobre a impossibilidade do judiciário arbitrar qualquer reparação em pleitos indenizatórios por morte, pois escapa ao judiciário ressuscitar a pessoa falecida, o que não procede.” (Angeluci, 2006, p. 138)

O fato é que independentemente da possibilidade de reconciliação, que na maioria dos casos não seria capaz de sanar todos os danos causados porque estes são sólidos na vida do lesado, não se pode deixar de punir um ato que viola deveres legais alegando o possível acontecimento de situação futura e incerta.

10 OUTRAS FACES DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade não se circunscreve somente à hipótese de abandono afetivo dos filhos pelos pais. Pode ser aplicado em outras situações:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR – VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR PROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA – PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, REsp 1.347.228 / SC, Rel. ministro Sidnei Beneti, julgado em 06/11/2012)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.

- I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha.
- II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família. (STJ, REsp 1.259.460/SP, Rel. ministra Nancy Andrichi, julgado em 05/06/2012)

Há quem defenda ainda a possibilidade de se deserdar alguém por falta de ligação afetiva e boa-fé familiar, como do filho que nunca manteve ligações afetivas com o seu genitor e que após décadas busca a aproximação com este visando lucro futuro em decorrência de sua morte e consequente sucessão de bens (Pereira, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas que a família tem sofrido várias transformações e deixou de ser considerada como grupo de pessoas ligadas por laços biológicos e oriundos do matrimônio para convergir em direção ao afeto que liga os indivíduos, hoje unidos mais pela voluntariedade e sentimento do que por imposições de casamento e hereditariedade.

O princípio da afetividade, juntamente com outros, desponta como arauto de um novo quadro de exegese do Direito, um novo prisma para o Direito Civil que cada vez mais se aprecia segundo os ditames e princípios constitucionais.

A indenização por abandono afetivo do filho pelo pai, ou até pela mãe como nos casos em que essa não tem a guarda do menor deve ser um direito concedido como forma de amenizar os danos causados pela falta de convivência com o genitor.

A criança é mais vulnerável as decepções e ao abandono que o afastamento não motivado ou motivado por motivos egoístas e mesquinhos pode causar. Assim, não é justo que ela seja esquecida como consequência do fim do relacionamento de seus pais, pois os casamentos acabam, mas a filiação não é tempestiva, perdura enquanto existente o ser humano.

Como ser ainda em desenvolvimento e por isso receptor de maior cuidado legal a criança merece a proteção e a garantia de que terá a convivência familiar necessária ao seu salutar amadurecimento.

Reitera-se que o princípio da afetividade não obriga que os pais amem seus filhos, algo que é espontâneo e só voluntariamente pode ser alcançado. Tem a ver com a convivência, com os genitores serem ativos na vida de seus progênitos, em todos os eventos sociais e emocionais que são cruciais para que haja uma criação centrada na dignidade da pessoa humana e no fundamento da paternidade responsável.

Tal tutela não é invencionice decorrente de meros sentimentalismos, tem um forte arcabouço legal amparado no direito internacional, em dispositivos constitucionais nacionais e no Estatuto da Criança e do adolescente. Destarte, o abandono afetivo é ato ilícito, e como tal viola uma responsabilidade civil extracontratual, ensejando, portanto, indenização ao afetado pela sua transgressão.

Entretanto, fundamental é que cada caso seja olhado de forma a contemplar suas peculiaridades, pois o reconhecimento do abandono afetivo exige um exame concreto. Só através do atendimento a pressupostos básicos e de provas efetivas da constituição de danos é possível a realização desse instituto sem a formação de uma indústria do abandono afetivo.

INDEMNIFICATION BY PARENTAL AFFECTIVE ABANDONMENT: A NEW LAW INTERPRETATION

ABSTRACT

This work is the result of research carried out in 2014 under the Support Scientific Initiation Program, developed in the Amazon State University and funded by the Foundation for Amazonas State Research, Brazil. It aims to scrutinize whether it is consistent with the constitutional and legal principles governing the law currently provide any compensation to children who have suffered damage from the moral character of emotional distance. The focus is given to the relationship between parents and children, which does not exclude the application of the principle of affection in other family settings. Will be considered, above all, the principle of affectivity as an aspect of the principle of human dignity, having greater relevance even harmed by this study they refer to human beings in developing. The Brazilian legal system begins to recognize this right.

Keywords: Principle of Affection, Moral Damage, Indemnity.

REFERÊNCIAS

Angeluci, Cleber Affonso (2006). **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família:** construindo o saber jurídico. Marília (SP): UNIVEM,. Dissertação de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Centro Universitário Eurípedes de Marília, 2006.

Brasil (2001). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 17ª ed. São Paulo: Atlas. 389 p.

Dias, Maria Berenice (2007). **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed.

Engels, Friedrich (1984). **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 9ª ed.

Gonçalves, Carlos Alberto (2010). **Direito Civil brasileiro 4.** Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, 5ª ed.

Pereira, Tarlei Lemos (2011). **Deserção por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar.** Disponível em: <http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40>. Acesso em 15 de set. de 2012.

Souza, Andreeze Bonifacio (2012). **O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>. Acesso em: 24 de out. de 2012.