

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LAILA JULIANE DOS SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO – ANÁLISE DA APELAÇÃO
CIVIL Nº 70054827019/2013 DO TJ-RS**

**Juiz de Fora
2014**

LAILA JULIANE DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO – ANÁLISE DA APELAÇÃO
CIVIL Nº 70054827019/2013 DO TJ-RS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Felipe Guerra David Reis.

Juiz de Fora

2014

LAILA JULIANE DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO – ANÁLISE DA APELAÇÃO
CIVIL Nº 70054827019/2013 DO TJ-RS

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como pré-requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em...../...../.... pela banca composta por:

Prof. Felipe Guerra David Reis – Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mário César da Silva Andrade
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

À Deus, por toda força concedida.

Ao meu orientado, Professor Felipe David, pelo incentivo.

À minha família, pelo apoio e amor incondicional.

Ao Thiago, por estar comigo em todos os momentos.

RESUMO

A presente monografia analisa a responsabilização parental em respeito aos princípios fundamentais referentes às crianças e adolescentes previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de assegurar o desenvolvimento da pessoa nessa fase da vida, coibindo qualquer forma de negligência, principalmente a afetiva. Foram realizadas no presente estudo pesquisa bibliográficas de obras tanto clássicas quanto contemporâneas. Com foco no dano moral decorrente do abandono afetivo e a responsabilização civil do genitor desde que comprovado o dano à integridade psíquica e moral dos filhos. Inicialmente, apresenta-se a visão constitucional da família e dos princípios afetivos ao tema, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção integral a crianças e adolescentes, da paternidade responsável e do afeto. Num segundo momento, realiza-se uma análise sobre a questão da responsabilidade civil e a discussão sobre a sua incidência nas relações de afeto, com abordagem das consequências na visão da Psicologia para os filhos vítimas deste abandono. Por fim, apresentam-se um julgado com o objetivo de demonstrar onde estão as deficiências na análise da questão do abandono afetivo e da indenização dele decorrente.

Palavras Chave: Afeto - Abandono - Reparação.

ABSTRACT

This monograph examines parental responsibility in respect to the fundamental principles relating to children and adolescents in the Federal Constitution of 1988 and the Statute of Children and Adolescents, in order to ensure the development of the person in this stage of life, deterring any form of neglect, mainly affective. Were made in this study bibliographical survey of both classical and contemporary works. Focusing on material damage resulting from the emotional distance and the civil liability of the parent since proven that the damage to mental and moral integrity of children. Initially, we present the constitutional vision of family and affective principles to the subject, emphasizing the principle of human dignity, full of children and adolescents, responsible parenthood and affection protection. Secondly, we make an analysis on the issue of liability and the discussion about its impact on relationships of affection, to approach the vision of the consequences of Psychology for victims of child abandonment. Finally, we present a trial aiming to demonstrate where deficiencies in the analysis of the issue of emotional abandonment and compensation arising therefrom are.

Key Words: Affection - Abandonment - Repair.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITOCIVIL.....	10
2.1 A despatrimonialização do direito civil e o reflexo no conceito jurídico de família.....	10
2.1.1 O “direito civil constitucionalizado”	10
2.1.2 A Família no Direito Civil.....	11
2.2 O afeto e sua importância.....	11
2.2.1 Análise interdisciplinar entre Direito e Psicologia.....	11
2.2.2 A juridicidade do Afeto.....	13
3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	14
3.1 Responsabilidade civil.....	14
3.1.1 Conceito de responsabilidade civil.....	14
3.1.2 Funções da reparação civil.....	14
3.1.3 Pressupostos do dever de indenizar.....	15
3.2 Responsabilidade civil dos pais por abandono afeto.....	16
3.2.1 O abandono afetivo.....	16
3.2.2 A Convivência Familiar.....	17
4. ANÁLISE DA APELAÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AUTOS DE Nº 70054827019 DE 2013.....	19
4.1 O Voto do Relator.....	19
4.2 Dos Fundamentos do Voto.....	20
5. CONCLUSÃO.....	23
BIBLIOGRAFIA.....	25

1 INTRODUÇÃO

A discussão referente à possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo vem sendo realizada pela doutrina e jurisprudência. Discute-se se a inexistência do afeto seja qual for a razão (principalmente decorrente da separação do casal) deixando de participar da vida de seu filho seria possível de mensurar. É uma análise da responsabilidade civil em sede de direitos pessoais e familiares. Como será analisada, a família vem sofrendo constantes alterações, cabendo ao direito acompanhar essas transformações na constante proteção da dignidade da pessoa humana.

O afeto modificou a interpretação dada ao direito de família, não sendo mais suficiente para as figuras paternas o dever alimentar, mas sim o dever de possibilitar um desenvolvimento adequado aos filhos. Assim, é imprescindível além dos deveres de ordem patrimonial, o convívio e o carinho. A questão do abandono afetivo supera a esfera particular e aponta para o direito uma nova reflexão, ou seja, um pai ou uma mãe que se negasse a conviver com o filho ou lhe negasse afeto estaria agindo em desconformidade com a lei e em decorrência disso poderia ser civilmente responsabilizado, mesmo sendo notável que não se pode obrigar uma pessoa a amar outra, o pai ou a mãe que não dessem carinho poderiam receber uma sanção do direito.

A função da indenização por abandono afetivo transcende a mera reparação. Conforme será analisado, há uma função pedagógica nessa reparação, que conforme afirma Maria Berenice Dias:

A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. (DIAS, 2007)

O dano moral abarca hipóteses nas relações familiares, sendo que o dano causado pelo abandono afetivo constitui-se em um dano à personalidade do indivíduo. O presente estudo analisa a evolução do direito de família, pelo processo de despatrimonialização do direito civil, além de propor uma discussão dos limites e funções da responsabilidade civil no âmbito do dano moral especificamente o dano decorrente do abandono afetivo.

Após a análise da evolução do direito civil, especificamente o direito de família e da introdução do instituto da responsabilidade civil nesse contexto, será feita a análise da

Apelação Cível, autos de Nº 70054827019 de 2013 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negando provimento à ação que pleiteava a reparação por abandono afetivo, apresenta fundamentos em oposição a esse tipo de reparação, a fim de superá-los, para uma nova visão do instituto da reparação civil no âmbito do Direito de Família.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL

2.1 A Despatrimonialização do Direito Civil e o Reflexo no Conceito Jurídico de Família

O Direito Civil, identificado como o próprio Código Civil, regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e nesse momento regulava principalmente a propriedade. Esse código foi denominado Código Napoleônico, que estabeleceu a separação entre leis públicas de leis civis, modelo esse adotado pelas codificações do século XIX. Constitui-se, neste momento, uma nítida separação entre Direito Público e Direito Privado. Sua fundamentação encontra amparo no pensamento do liberalismo, com a nítida intenção de separar o Estado da sociedade civil. A separação entre direito público e direito privado foi superada com o tempo, com a proliferação de microsistemas como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, reconhecendo que a unidade do ordenamento é essencial na estrutura e na função do sistema jurídico.

2.1.1 O “direito civil constitucionalizado”

As normas constitucionais são dotadas de supremacia, em decorrência dessa afirmação, essas normas elegem-se como as principais normas do sistema e não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil. (DIAS, 2009)

A utilização da expressão Direito Civil Constitucional encontra raízes na doutrina italiana de Pietro Perlingieri. Ele aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois:

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada qual um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. (PERLINGIERI, 2002)

O fenômeno de interação do Direito Civil com o Direito Constitucional representa uma mudança de postura, contribuindo para o encontro dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Gustavo Tepedino apresenta três princípios básicos do Direito Civil Constitucional. O primeiro deles é o pilar do nosso ordenamento jurídico, que está

estampado na Constituição Federal, no art. 1º, III, a proteção da dignidade da pessoa humana, que a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da personalização do Direito Civil, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. (TEPEDINO, 2004)

Os dois princípios integrantes dessa trilogia básica do Direito Civil Constitucional é o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5º, caput, da CF/1988; e a solidariedade social expresso no art. 3º, I da CF/1988. Assim há um rompimento da visão anterior para uma tendência de personalização do direito privado, de valorização da pessoa e de sua dignidade.

2.1.2 A Família no Direito Civil

A família é parte essencial na formação e desenvolvimento dos sujeitos. O Estado em respeito a essa constatação cria diversas formas de proteção da família, priorizando a convivência e a preservação desse núcleo. Hoje o conceito de família sofreu múltiplas transformações, com a inserção de famílias multifacetada, como famílias uniparentais, homoafetivas, etc. A Constituição Federal de 1988 (Capítulo VII do Título VIII) ampliou as formas de constituição da família, dando proteção àquelas que não se originassem do casamento, reconhecendo as diversas formas de constituição da família.

Nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes, a concepção familiar tem seu enfoque sob a inclusão:

No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas 'perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional. Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver" (CF/88, art. 226, §8º)(BODIN,1991)

2.2 O Afeto e sua Importância

2.2.1 Análise interdisciplinar entre Direito e Psicologia

A psicologia aborda o afeto com a designação de carícia, determinando que sua presença seja essencial para o desenvolvimento humano. No período da infância, o afeto constitui-se como um dos principais fatores do desenvolvimento, tanto psicológico, cognitivo, como social, é a afetividade. O afeto está entre as necessidades mais importantes para a garantia da sobrevivência, da vivência e da convivência humana. De acordo com Bastos:

(...) a personalidade caracteriza-se um conjunto integrado de traços psíquicos, consistindo no total das características individuais, em relação com o meio incluindo todos os fatores físicos, biológicos, psíquicos e socioculturais de sua formação, conjugando tendências inatas e experiências adquiridas no curso de sua existência. Deste modo para ocorrer um desenvolvimento saudável e equilibrado da personalidade é imprescindível o indivíduo vivenciar experiências positivas de afeto ao longo da vida. Neste sentido, as manifestações de afeto, são determinantes para o desenvolvimento da personalidade e apresentará importante influência nas relações sociais ao longo da vida, desse modo, decisiva na formação da estrutura emocional do indivíduo. Compreendendo que a afetividade faz parte de todo o desenvolvimento estrutural e psicológico do ser humano, e que sem ela, este não se desenvolve plenamente. (BASTOS,1997)

Imbasciat, através da psicanálise, analisa o afeto como sendo construído a partir daquilo que ele denominou de “jogo relacional” e nesses termos afirma:

A compreensão dos afetos passa por um jogo relacional [...]. A estrutura afetiva é de fato uma memória. Os psicanalistas não conseguem reconstruir a estrutura afetiva do paciente reconstruindo os eventos externos do seu passado remoto, nem isso de nada serviria se pudéssemos fazê-lo; em vez disso, eles ajudam a reconstruir o sentido da sua história interior em função das progressivas vivências do seu desenvolvimento. (IMBASCIATI, 1998)

A família é a base fundamental na formação da personalidade do indivíduo, exerce um papel importante na maneira com a qual o indivíduo se constitui como tal. Assim a afetividade no seio familiar toma importância ainda maior na formação da personalidade psíquica do ser humano. A falta de afeto pode gerar graves prejuízos ao indivíduo, nas palavras de Tavares e Angeluce:

A ausência de afeto por parte dos pais pode gerar consequências morais e emocionais muito graves aos filhos, muitas vezes irreparáveis. São as marcas do abandono afetivo que ficam gravadas na pessoa, podendo até mesmo ser causa de distúrbios psíquicos sérios em alguns (TAVARES & ANGELUCI, 2009).

E ainda, nos ensinamentos de Castro:

A carência de afeto por parte dos pais é um grande mal, que causa verdadeira angústia e aflição desestruturando os filhos tornando-os pessoas inseguras e frustradas. (CASTRO, 2008)

A professora Bairros, traz uma conclusão esclarecedora acerca da importância do afeto, especialmente no seio familiar:

Desse modo, as atitudes de afetos dos pais, é a mola mentora, a segurança e a base para uma adolescência e vida adulta feliz. A falta de afeto por parte dos pais, assim como a ausência de uma estrutura familiar adequada durante os primeiros anos de vida servirão, para que o adolescente, assim como o adulto, desenvolva mal seu aparelho psíquico e não amadureçam emocionalmente (BAIRROS, 2011).

2.2.2 A juridicidade do Afeto

Maria Berenice Dias escreve: “[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal.” (DIAS,2009). Partindo dessa afirmação é importante distinguir dois momentos distintos da relevância do afeto em relação ao seu valor jurídico. Em um primeiro momento, a presença do afeto nas relações de família era inerente ao organismo familiar, isto é, presumida, e assim irrelevante, passando, no segundo momento, a tornar-se essencial para dar visibilidade jurídica às relações das famílias.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

3.1 Responsabilidade Civil

3.1.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, em sentido amplo, atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento, de uma ação ou de uma omissão. Assim, a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. (TARTUCE, 2012)

O Código Civil de 2002 preceitua a obrigação de indenizar no art. 927, *in verbis*:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O ilícito ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência (inobservância de uma norma que ordena agir com atenção), imperícia (inaptidão para praticar certo ato) ou imprudência (ato de preceder sem cautela), causa dano a outrem, conforme disposição do art. 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

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

3.1.2 Funções da Reparação Civil

A reparação civil comporta determinadas funções, como compensar o dano a vítima (função compensatória) e punitiva do ofensor. Além de tornar público que condutas semelhantes não serão admitidas pelo Direito (função dissuasória).

O objetivo inicial da reparação civil é retornar a situação anterior ao dano (*status quo ante*), porém isso nem sempre é possível, surgindo o dever de indenizar a vítima. Assim, sempre que possível conduzir a vítima ao estado anterior à lesão sofrida, mediante

restauração ou reconstituição natural e o recurso à situação material correspondente. Somente quando esta não é possível, converte-se a obrigação em dívida de valor. (DINIZ, 2007)

3.1.3 Pressupostos do Dever de Indenizar

A responsabilidade civil possui elementos estruturais ou pressupostos do dever de indenizar. Embora não seja unânime na doutrina quais sejam esses elementos, há alguns que estão presentes em sua maioria. São eles:

- a) Conduta humana;
- b) Culpa genérica ou *lato sensu*;
- c) Nexo de causalidade;
- d) Dano ou prejuízo.

A conduta humana pode ser causada por ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. (TARTUCE, 2012)

A culpa genérica ou *lato sensu* engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*). O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. A culpa estrita em uma visão subjetiva, relacionada ao art. 18 do Código Penal está relacionada com os modelos jurídicos de Imprudência (falta de cuidado somada a ação); negligência (falta de cuidado somado a uma omissão); imperícia (falta de qualificação ou treinamento para desempenhar uma determinada função, própria dos liberais). (TARTUCE, 2012)

A responsabilidade civil também necessita de uma relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou risco criado e o dano suportado por alguém. Assim, é necessário um nexo de causalidade ou nexo causal. Para Carlos Roberto Gonçalves “uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar.” (GONÇALVES, 2010).

Por último temos o Dano ou prejuízo como pressuposto do dever de indenizar, podendo ser patrimonial ou moral. Para o presente estudo é importante tecer maiores considerações sobre esse último. Prevalece na doutrina brasileira que o dano moral é a

lesão a Direitos da personalidade, prevista constitucionalmente no artigo 5º, V e X da Constituição Federal de 1988, assegurando o direito de indenização pelos danos morais, proporcionais ao agravo. Essa reparação não requer a determinação de um valor para o sofrimento, mas um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, por isso a expressão *reparação* e não *ressarcimento* para os danos morais. (TARTUCE, 2012).

Sua configuração, em entendimento recente, nem sequer necessita da obrigatoriedade da presença de sentimentos negativos, como dor ou sofrimentos, como pode ser extraído do enunciado numero 445, aprovado na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

3.2 Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo

O Direito de Família Brasileiro passou por profundas alterações estruturais e funcionais nos últimos anos, destacando o papel de princípios como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), o princípio da solidariedade familiar (art 3º, I, da Constituição Federal), princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art .227, caput, da Constituição Federal , arts. 1583 e 1594 do Código Civil e art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente). O ordenamento jurídico brasileiro também garante o direito à convivência familiar (art. 227, CF/88) e a paternidade responsável e planejamento familiar (art. 226, § 7º da CF/88).

Além dos já citados princípios, é importante citar o princípio da afetividade. O afeto atualmente é apontado como o principal fundamento das relações familiares. Esse princípio não consta expressamente na Constituição Federal, mas advém da valorização da dignidade humana e da solidariedade.

3.2.1 O Abandono Afetivo

Devemos destrinchar o assunto com cuidado, assim é necessário questionar: quais são os deveres, além dos patrimoniais, afetivos dos genitores com sua prole. Assim, como indaga Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

podem um pai ou uma mãe ser responsabilizados civilmente – e por isso, condenados a indenização – pelo abandono afetivo perpetrado contra o filho? A procura pelo fundamento da resposta a essa pergunta levaria à seguinte indagação: a denominada responsabilidade paterno-filial resume-se ao dever de sustento, ao provimento material do necessário ou do imprescindível para manter a prole, ou vai além dessa singela fronteira, por situar-se no campo do dever de convívio, a significar uma participação mais integral na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e subsistência emocionais”. (Hironaka, 2005)

A ausência de afeto dos genitores origina 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. Quando são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, há a violação de direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave.

A configuração do abandono afetivo necessita além de um eventual abandono afetivo, um dano moral, o estabelecimento da relação paterno-filial e o estabelecimento de um nexo de causalidade.

Conforme Nader (2010, p. 262):

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência (,,,) Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

A omissão e o afastamento dos pais podem desenvolver nos filhos sintomas de rejeição, baixa autoestima, dentre outros problemas de ordem psicológica que perduraram por toda a vida, causando problemas de relacionamentos e afetando setores profissionais e sociais.

3.2.2 A Convivência Familiar

A Convivência Familiar é fomentada pelo ordenamento jurídico brasileiro através de mecanismos como a regulamentação do direito de visita e a guarda. O Código Civil, no art. 1589 estabelece que o pai ou a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação,

segundo o que acordar o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz. Assim, o genitor que não esteja com a guarda deve acompanhar a vida de seu filho, não justificando o abandono.

Os pais assumem em conjunto a responsabilidade de criar e educar os filhos, mesmo residindo em lares distintos. Há o objetivo de permitir que os pais participem ativamente da vida dos filhos, afinal o contato contínuo com os pais mediante um ambiente sadio favorece o desenvolvimento e a formação da personalidade dos filhos, de modo que estes não sejam afetados, ou pelo menos seja o menos possível, com a separação dos genitores (Dias, 2009)

São dispositivos que regulam a questão, in verbis:

Art. 1584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I- requerido, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.

II- decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Art. 1583 (...)

§2º: A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I- Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II- Saúde e segurança

III- Educação

§ 3º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

4 ANÁLISE DA APELAÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AUTOS DE Nº 70054827019 DE 2013.

O presente capítulo utiliza o julgado de Nº 70054827019 para analisar a questão da indenização do abandono afetivo, sua improcedência e as fundamentações dela decorrentes.

A ementa do julgado resume a fundamentação padrão utilizada por alguns julgadores para negar o dever de indenizar a vítima do abandono afetivo.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexos de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexos de causalidade com os danos alegadamente sofridos pela autora. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

Conforme analisado no item 2.2 do capítulo anterior, é possível configurar o nexos de causalidade em determinados casos de abandono afetivo. A configuração do abandono afetivo atinge diversos dispositivos do ordenamento jurídico, dentre eles princípios constitucionais que fundamentam a organização da família frente ao Direito.

4.1 O Voto Do Relator

O voto do relator, desembargador Alzir Felipe Schmitz, que foi seguido pelos demais desembargadores, uma comum confusão na configuração da responsabilidade civil decorrente de dano moral, no caso específico, decorrente do abandono afetivo. Dentre a fundamentação, diversos precedentes negando a indenização por abandono afetivo são utilizados, alguns com premissas equivocadas, como o destacado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. RECURSO DESPROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70045481207, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012).

É possível notar que uma das funções do dever de indenizar não é considerada, qual seja a de caráter pedagógico, conforme analisado no capítulo anterior, uma dessas funções é tornar público que condutas semelhantes não serão admitidas pelo Direito. Não é possível discutir que o afeto tenha valor econômico, assim como está superada essa discussão quanto ao dano moral.

4.2 Dos Fundamentos Do Voto

O desembargador também fundamenta sua decisão, no artigo 1.638 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Pela análise do desembargador, a questão do abandono afetivo, caso configurado, encontra pena imposta por esse dispositivo, assim é a perda do poder familiar a medida adequada nos casos de pais que não correspondem aos seus filhos com afeto. Essa interpretação é equivocada, o artigo 1.638 do Código Civil, assim como o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990), tem sim a função de proteção do menor, mas seu objetivo é diverso do interpretado pelo desembargador. Trata-se de um abandono passível de configurar como maus tratos, também passível de indenização por abandono afetivo, mas não restritivo. Na maioria dos casos com ações impetradas, pleiteando a indenização por abandono afetivo, não se discute se os pais devem perder ou não o poder familiar, são casos de abandono moral, ausência afetiva dos genitores, casos em que a falta de atenção com o desenvolvimento psicológico e moral do menor estão em análise.

O Relator, ao negar provimento à apelação afirma que é possível superar essa perda de afeto, fortalecendo a pessoa na fase adulta. Afirma que não deve haver a tarifação do carinho, cuidados e proteção:

Outra consequência decorrente da admissão da tarifação - do carinho, dos cuidados, da proteção dos pais - é o desacreditar na capacidade de superação do ser humano. O poder de fortalecimento pessoal, acredito eu, se dá a partir das adversidades da vida e da maneira como as enfrentamos. A resiliência nasce e se fortalece com a recuperação e superação das questões individualmente

enfrentadas. Portanto, admitir condenação do outro por frustrações individuais não superadas seria o mesmo que subestimar a capacidade de evoluir do ser humano.

É indiscutível a capacidade de superação do homem, mas afirmar que a ausência de afeto deva ser superada, que não há responsabilização daqueles que deveriam ter o cuidado e afeto com sua prole, é um fardo inaceitável para o Direito moderno. A importância do afeto bem como os danos gerados pela sua falta, discutida nos capítulos anteriores é inquestionável, e se deveriam provê-la. É inaceitável que não haja reparação do ordenamento jurídico, qual seja a indenização.

O Relator afirma que a condenação prejudicaria o entendimento entre o pai e a autora e que o sofrimento faz parte da “vida real”:

Pior, no caso concreto, condenar o pai, no presente, pela ausência do passado jogaria pá de cal sobre qualquer possibilidade de entendimento e reaproximação futura.

Como antes referi, a meu juízo, os prejuízos materiais, os dissabores, as mazelas, as dores da alma constroem a história pessoal de cada indivíduo. Sem dúvida, muitas são as histórias tristes. Mas a vida real é assim, sem maniqueísmos, é simplesmente a vida como ela é.

A distorção do papel desempenhado pelo Direito de Família, bem como o dever dos pais quanto a sua prole é notável. Aceitar passivamente que a vida é repleta de “histórias tristes”, afirmando que não cabe ao julgador impor a reparação ao ofensor é nitidamente um desrespeito a vítima do abandono. Além do mais, o abandono já fora consumado e não há razoabilidade em desamparar a vítima ao argumento de uma possível reaproximação, que pode ou não acontecer, com ou sem a condenação ao dever de reparação.

Afirma ainda o relator que não deve ser o judiciário o meio adequado de resolver “questões afetivas”, pois em suas palavras;

O presente feito, mesmo solucionado na esfera jurídica, possivelmente deixará pendente a questão do afeto, pois, se era afeição o que a autora queria, por certo dificultou a sua progênie, eis que o caminho trilhado através do litígio é mais longo e tormentoso.

Ao judiciário não cabe à escolha de quais lesões são adequadas para a sua solução, o ordenamento jurídico brasileiro elegeu princípios que devem ser seguidos, a constituição de 1988 conferiu prioridade aos filhos, implicando no dever dos pais de agir sempre em prol do interesse dos seus filhos não restando dúvidas de que o afeto, o amor e respeito é o que melhor atende esses interesses. É um engano acreditar que a função dos pais extingue-se apenas com o cumprimento da obrigação de prestar alimentos, o

legislador também atribuiu aos pais o dever de promover a educação e guarda, assim descumpra, além de dever moral, um dever legal por faltar com o compromisso de bem cuidar.

Por fim o relator cita seu colega Nilton Tavares da Silva, reproduzindo trecho de artigo de sua lavra:

Nada pode substituir o abraço ou um beijo trocado entre pais e filhos. Mesmo quando essa saudável relação não se concretizar por injustificável omissão por parte de quem caberia a iniciativa, ainda assim, insisto, tenho que eventual compensação monetária não teria nem ao menos caráter pedagógico/compensatório, servindo, ao contrário, isto sim, para inviabilizar em definitivo a almejada convivência afetiva. E justamente entre pessoas tão próximas, pais e filhos, que haveriam de nortear a relação através do amor incondicional e mútua compreensão. Acaso a opção seja pela compensação financeira, acredito que nenhuma esperança restará para que um dia o convívio venha a ser pautado pelo afeto.

Como há mais de duas décadas escreveu Fernando Mottola em memorável sentença que por sua invulgar beleza entrou para os anais da história forense do Estado, “se for inevitável que a ternura almejada se converta em amargo fel, que o carinho tenha por recompensa a incompreensão, que isso se faça pela mão de outrem(..).

A citação é fruto de uma visão patrimonialista do direito civil, sem entrar em maiores discussões, ainda são comuns essas fundamentações que por não compreender a lesão em âmbito afetivo, afirma que não deve haver uma “compensação financeira”. É louvável acreditar que “nada pode substituir o abraço ou um beijo trocado entre pais e filhos”, mas acreditar que o direito não tem um papel a ser desempenhado nesse cenário e que não há dever de indenizar por parte daquele que se espera de proteção e afeto, necessários para o pleno desenvolvimento de um ser humano saudável, física e psicologicamente é pensar em um direito exclusivamente patrimonial.

A presente apelação contra a decisão primeiro grau proferida pelo julgador Marco Aurélio Antunes dos Santos foi negada por unanimidade. Utilizada como exemplo dos equívocos cometidos pelo judiciário, esse julgado demonstra que alguns juízes ainda confundem a questão da responsabilidade civil por dano moral e no caso específico o dano decorrente pelo abandono afetivo.

5 CONCLUSÃO

Conforme foi demonstrado na presente monografia, é possível concluir que Constituição Federal de 1988 inovou o conceito jurídico da família, estabelecendo determinando a igualdade entre cônjuges, filhos, advindos ou não do casamento, o reconhecimento da união estável e da família monoparental e a proteção integral a crianças e adolescentes. A família é um núcleo capaz de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, fundada na solidariedade, na ética e na afetividade.

A afetividade é consagrada como princípio que atua em respeito à dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares. Juntamente o ordenamento jurídico brasileiro garante a proteção integral a criança e adolescentes sejam pela própria constituição federal ou posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por serem sujeitos merecedores de proteção por parte da família e do Estado, garantindo sua formação e necessidades como alimentação, afeto e convívio, tão importantes nessa fase.

A função da reparação pelo abandono afetivo não se resume somente na compensação pelo sofrimento, mas tem como objetivo a conscientização da sociedade para o correto desempenho das funções paternas. É necessária a mudança na consciência dos genitores sobre o verdadeiro papel na formação de crianças e adolescentes, garantindo seu desenvolvimento em um ambiente equilibrado e sadio.

O instituto da responsabilidade civil, conforme analisado se adéqua perfeitamente ao direito de família, assim desde que comprovada a conduta nociva do genitor (dolosa ou culposa, decorrente da negligência ou imprudência), o dano aos direitos da personalidade dos filhos e o nexo entre a conduta e o dano, ou seja, não é qualquer abandono que gera a obrigação de indenizar, sob pena de banalização destas ações. Mas tal dificuldade de configuração não pode ser motivo para que estas ações sejam negadas sem qualquer discussão, podendo incentivar até a irresponsabilidade.

A configuração do dano moral decorrente do abandono afetivo assim passa pela análise de alguns requisitos que devem ser preenchidos, ou seja, a presença do dolo/culpa, o dano efetivamente comprovado principalmente por perícia técnica a fim de constatar sua profundidade para se averiguar a o abalo na dignidade humana da vítima, capaz de obstar sua vida; omissão voluntária; nexo de causalidade entre a conduta do

agente e o resultado dano psicológico, em conformidade com os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Conforme análise do julgado (Apelação Cível, autos de Nº 70054827019 de 2013 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) se constatou que parte da jurisprudência acredita somente na obrigação de prover o suprimento material alimentício e ainda a impossibilidade desse tipo de reparação no direito de família por inexistência de ato ilícito. Pensamento incompatível com os ditames da constituição federal e com a proteção da criança e do adolescente, constituindo sim um o abandono afetivo um ato contrário ao direito.

O ato de sustentar o filho, não demonstra por si só afeto e respeito, tendo em vista que alguns o realizam por pura obrigação, ou seja, por medo de ser acionado judicialmente; abandonando o menor moralmente, não cumprindo com o seu papel de proporcionar afeto, devendo assim ser responsabilizado.

BIBLIOGRAFIA

BAIROS, Jaqueline; BELZ, Caroline; MOURA, Maristela; OLIVEIRA, Sélia Gomes; RODRIGUES, Tânia Terezinha; Silva. **Infância e adolescência: a importância da relação afetiva na formação e desenvolvimento emocional**. XVI Seminário Interinstitucional de Ensino Pesquisa e Extensão, Unicruz. 2011. Disponível em [http://www.unicruz.edu.br/seminário/artigos/humanas/Infânciae adolescência a importância da relação afetiva na formação e desenvolvimento emocional.pdf](http://www.unicruz.edu.br/seminário/artigos/humanas/Infanciae%20adolescencia%20a%20importancia%20da%20relacao%20afetiva%20na%20formacao%20e%20desenvolvimento%20emocional.pdf), acesso em 20/06/2014

BARROS, Sérgio Rezende de. **A ideologia do afeto**. Revista do IBDFAM, Belo Horizonte, Del Rey. < Disponível em www.srbarros.com.br.) Acesso em 05\07\2014;

BASTOS, Cláudio Lyra. **Manual do exame psíquico**. Rio de Janeiro. 3º vol. Revinter. 2011;

BODIN MORAES, Maria Celina. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-pb.pdf>. Acesso em 05/07/2014;

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988;

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**, 2008. Disponível em http://lfg.com.br/artigo/20090428154157163_direito-civil-_o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro.html, acesso em 20/06/2014, acesso em 20/06/2014

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009;
_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2010;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais, **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material**. Disponível em: < www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc >. Acesso em 05\07\2014;

MADALENO, Rolf. **O preço do afeto**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais*. 1.ed. São Paulo: Forense, 2006;

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

PAULO, Beatrice Marinho. **Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva**. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/10 – Jun/Jul 2009 – Porto Alegre: Magister;*

PEREIRA, Tânia da Silva. **O cuidado chega ao STJ**. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/19 – Dez/Jan 2011 – Porto Alegre: Magister;*

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70054827019, relator: Alzir Felipe Schmitz, sessão de 26/09/ 2013. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta_acordaos.php?Numero_processo700548270198&code=2789&id_comerca=7008&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%208.%20CAMARA%20CIVEL

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Teoria Geral do Direito Civil**. In *Instituições de Direito Civil*, v. I, Rio de Janeiro: Forense. 2004;

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Unico. São Paulo: Método.2012;

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Caso real de abandono paterno**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203>.> Acesso em 05\07\2014;

_____ Responsabilidade civil nas relações de família. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=118>.> São Paulo. Acesso em 05\07\2014.