



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TATIANE VANUZA DA COSTA

**CABIMENTO DE DANO MORAL NO CASO DE ABANDONO AFETIVO ENTRE
PAIS E FILHOS**

**BARBACENA
2014**

TATIANE VANUZA DA COSTA

**CABIMENTO DE DANO MORAL NO CASO DE ABANDONO AFETIVO ENTRE PAIS E
FILHOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Presidente Antônio
Carlos–UNIPAC, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira
Júnior

**BARBACENA
2014**

Tatiane Vanuza da Costa

**CABIMENTO DE DANO MORAL NO CASO DE ABANDONO AFETIVO ENTRE
PAIS E FILHOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Presidente Antônio
Carlos–UNIPAC, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^a.Esp. Geisa Rosignoli Neiva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico aos meus pais, minha irmã, minha avó, e ao meu noivo, pois sem o apoio dos mesmos, essa conquista não seria possível. E por serem as pessoas mais importantes da minha vida.

Só existem dois dias no ano que nada pode ser feito. Um se chama ontem e o outro se chama amanhã, portanto hoje é o dia certo para amar, acreditar, fazer e principalmente viver.

(Dalai Lama)

Agradecimentos

Agradeço a todas as minhas amigas, meus professores, a família do meu noivo, aos procuradores federais da PFE de Barbacena, e minha família por terem me ajudado na construção deste trabalho.

Agradeço a minha amiga Raquel, pelo apoio, perseverança e pela colaboração com o presente estudo.

Agradeço ao professor orientador Paulo Afonso Oliveira Júnior, e aos professores Rafael Oliveira e Geisa Rosignoli, componentes da banca examinadora.

Resumo

O conceito de família vem sendo transformado pela sociedade ao longo dos anos, principalmente sua estrutura e formação. Quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, para os filhos nasce o direito de ter a participação de ambos os pais em sua vida, e principalmente ao longo de seu crescimento para que as decisões com relação as questões dos filhos menores sejam decididas de comum acordo entre ambos. Não é o que geralmente acontece, pois os casos mais frequentes, são aqueles em que o genitor deixa de prestar assistência afetiva aos filhos, não oferecendo carinho, apoio, e ajuda nas decisões que devem ser tomadas em relação aos menores. Sabemos que há casos em que há o pagamento de pensão alimentícia, mas que não há a presença de assistência afetiva. O efetivo exercício do pátrio poder é dever do pai com relação a seu filho menor, que se encontra regularmente previsto no artigo 1634 do CC/2002. Ao longo do trabalho serão desenvolvidas as demais nuances da polêmica indenização pelo abandono afetivo e quais serão as implicações e consequências do referido abandono, na vida da criança, caso a mesma não seja reparada e o pai não seja punido. O cabimento no dano moral no caso de abandono afetivo entre pais e filhos, é tema polêmico na doutrina pois ainda não existe dispositivo de lei que o defina. Mesmo porque é um assunto relativamente novo, já que recentemente é que o Poder Judiciário vem sendo acionado, para que ofereça a sua tutela jurisdicional, sobre o assunto, em casos concretos. Pois há dúvida quanto a natureza da indenização, se é afetiva ou monetária, que vem sido questionada, pois muitos acreditam ser uma monetarização da relação familiar, e já outros optam por dizer, ser uma lição ou mesmo uma educação disciplinar para mostrar aos pais seus deveres com os filhos. Então o objetivo será explicar as hipóteses cabíveis de dano moral no caso de abandono afetivo entre pais e filhos, se o mesmo pode ocorrer. Verificar se ao aplicar a indenização pelo dano moral, estará ocorrendo a monetarização da relação afetiva que deve ocorrer entre pais e filhos.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Indenização por danos morais. Transformação do conceito de família.

Abstract

The concept of family has been transformed by the society over the years, mainly its structure and formation. When there is a dissolution of the conjugal society, for the children arises the right to have the participation of both parents in their life, mostly along its growth to make sure that the decisions about the issues of the minor children will be decided by agreement made between the parents. It is not what usually happens because the most frequent cases are the ones that the fathers not give emotional support, offering no care, no support, and no helping in decisions that should be taken about the minor children. We know that there are cases where there is the payment of child support, but there is not the presence of affective assistance. The effective exercise of the paternal rights is a duty of the father in his relationship with his minor child, which is regularly referred to in Article 1634 of the CC / 2002. In this work will be also developed others nuances of the indemnity polemic for emotional abandonment, and what will be the implications and consequences of that neglect in a child's life, in case of the child not be repaired and the father did not be punished. The framework in moral damages in case of emotional abandonment between parents and children is a controversial topic in the doctrine because there is still no law provision that defines this. Also because is a relatively new subject, considering the times that the judicial system was fires to offer his judicial protection, about the subject, in concrete cases. There doubt as to the nature of the indemnity, if it is emotional or monetary, which has been questioned because there who believed to be a monetization of the family relationship, and others have choose to say being a lesson or even an education disciplinary to show the parents their duties with the children. The goal is to explain the applicable hypotheses of moral damages in case of emotional abandonment between parents and children, if it occurs. Check if the compensation in case to be applied for moral damage will take the monetization of the affective relationship that can occur between parents and children.

Keywords: Emotional abandonment. Compensation for moral damages. Transformation the concept of family.

Sumário

1	Introdução.....	9
2	Família.....	13
2.1	Evolução do conceito de família.....	13
2.2	Direitos e deveres inerentes ao poder familiar	15
2.3	Suspensão, perda ou extinção do poder familiar	17
3	PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	21
3.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	21
3.2	Princípio da solidariedade familiar	21
3.3	Princípio da convivência familiar	22
3.4	Princípio da prioridade absoluta, do melhor interesse da criança.....	22
3.5	Princípio da afetividade.....	22
4	RESPONSABILIDADE CIVIL	25
4.1	Conceito e finalidade.....	25
4.2	Elementos da responsabilidade civil subjetiva	26
4.3	Dano moral	27
4.3.1	Quantificação do dano moral	28
4.3.2	Dano moral nas relações familiares	28
5	DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.....	31
5.1	O abandono afetivo e suas hipóteses	31
5.2	Elementos da responsabilidade civil e sua aplicação ao abandono afetivo paterno ..	32
5.2.1	Conduta omissiva quanto aos deveres paternos	32
5.2.2	Dano	33
5.2.3	Culpa	34
5.2.4	Nexo de causalidade.....	34
5.3	Posições jurisprudenciais e projetos de lei sobre indenização por abandono afetivo	36
6	Considerações finais.....	39
	Referências.....	41

1 Introdução

Podemos dizer que cada pessoa tem uma personalidade e reage diferente de outra em determinadas situações, no que diz respeito ao possível transtorno irreversível que se pode ou não causar na cabeça da criança que se sente abandonada por um de seus pais, é observada e concluída apenas no caso concreto, visto que pode uma criança crescer abalada e revoltada por não ter tido afeto do pai, como pode ter crianças que não sentem diferença alguma, e não terá reflexo nenhum ao longo de sua vida.

A professora Hironaka, (2006, p.45), preceitua que:

Por um lado- nesta vertente da relação paterno filial em conjugação com a responsabilidade – há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria 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.

Por outro lado – é invencível e imprescindível esta menção -, outros casos considerados como assemelhados não foram recepcionados pelo Poder Judiciário – e de modo acertado, segundo o meu sentir – exatamente porque as decisões não reconheceram, nos casos concretos, a existência de danos morais indenizáveis decorrentes do fato de um eventual abandono afetivo, ou porque não havendo dano, ou porque não estava estabelecida a relação paterno – filial da qual decorre a responsabilidade em apreço, ou finalmente, porque não se estabeleceu o imprescindível nexo de causalidade, causa eficiente da responsabilização civil *in casu*.

Pela analogia poderemos analisar o cabimento da responsabilidade civil sobre de a criança ter transtornos psicológicos estar ligado ao abandono afetivo de um dos pais, poderá estar presente o dano e por consequência virá sua reparação.

Os artigos 927 e 944 caput, do Código Civil de 2002, Título IX, Da Responsabilidade Civil, Capítulo I - Da obrigação de Indenizar, determina que aquele que causar dano a outrem tem dever de repará-lo.

Podemos extrair que o pai que gerou dano ao filho por não ter cumprido seu dever de estar presente na vida do filho e exercer seu pátrio poder, tem o dever de indenizar, ou seja repará-lo, pois o mesmo está infringindo artigo expresso de lei, negligenciando sua obrigação de pai, pois o CC/02 na sua parte que trata sobre Direito de Família, do artigo 1.634 e seguintes, preceitua que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos, garantir-lhes a criação e a educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; 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; representá-los, até aos dezesseis anos,

nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, em seu capítulo III, confere direitos aos filhos menores, no que diz respeito não só a assistência alimentícia, mas também a afetiva, dos artigos 19 e seguintes, dentre eles estão incluídos, dever do pai de sustento, guarda e educação; proibição de qualquer forma nenhuma forma de discriminação entre os filhos, sendo que todos deverão ter os mesmos direitos e qualificações, sendo estes havidos ou não fora do casamento, ou por adoção.

Portanto, podemos observar que é direito da criança ou do adolescente, e dever dos pais criar o filho promovendo a educação, e lhe oferecendo afeto, então não estamos tratando apenas de alimentos, de oferecer a criança bens materiais, não sendo justo dizer que o que se requer é monetarização da relação entre pais e filhos.

O Poder judiciário já tem sido procurado, e sabiamente vem prestando sua tutela jurisdicional, vejamos, uma parte da matéria abaixo, sobre o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de um Recurso especial sobre o referido tema:

Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo

Amar é faculdade, cuidar é dever.” Com essa frase, da ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo. No caso mais recente, a autora entrou com ação contra o pai, após ter obtido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, tendo o juiz entendido que o distanciamento se deveu ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai. **Ilícito não indenizável** O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), porém, reformou a sentença. Em apelação, afirmou que o pai era “abastado e próspero” e reconheceu o abandono afetivo. A compensação pelos danos morais foi fixada em R\$ 415 mil. No STJ, o pai alegou violação a diversos dispositivos do Código Civil e divergência com outras decisões do tribunal. Ele afirmava não ter abandonado a filha. Além disso, mesmo que tivesse feito isso, não haveria ilícito indenizável. Para ele, a única punição possível pela falta com as obrigações paternas seria a perda do poder familiar. **Dano familiar** Para a ministra, porém, não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral. “Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções –, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores”, afirmou.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no direito de família”, completou a ministra Nancy. Segundo ela, a interpretação técnica e sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam que o tema dos

danos morais é tratado de forma ampla e irrestrita, regulando inclusive “os intrincados meandros das relações familiares”. **Liberdade e responsabilidade**. A ministra apontou que, nas relações familiares, o dano moral pode envolver questões extremamente subjetivas, como afetividade, mágoa, amor e outros. Isso tornaria bastante difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável: dano, culpa do autor e nexa causal.

Em suma, existe a responsabilidade civil dos pais com relação aos filhos menores, visto que a lei estipula vários deveres que não cumpridos geram em casos concretos, dano, que deverão ser reparados, direito que vem sendo reconhecido pela jurisprudência nacional, como o caso acima citado, devendo por tanto caminhar e lutar a doutrina até que seja expressamente previsto em lei este direito aos filhos abandonos, sejam estes fruto ou não da relação do casamento, sejam os pais divorciados ou não.

Doutrinadores sustentam que não há monetarização do afeto ao estabelecer uma indenização e tampouco se trata de obrigar os pais a amarem seus filhos, mas sim de deixar claro que devem cumprir com os deveres inerentes à maternidade e paternidade.

Podendo se dizer que não há justificativa o Estado aceitar pais que insistam em não exercer seu poder familiar, uma vez que a família é a base do Estado, conforme dispõe a CF/88, como acima analisado.

2 Família

2.1 Evolução do conceito de família

Sabemos que o conceito de família foi sujeito a mudanças durante os últimos séculos, principalmente no que diz respeito a sua formação, quem são seus integrantes. Este instituto ganhou vários conceitos, o conceito clássico em nosso ordenamento jurídico, é aquele que considera a família o grupo formado pelo matrimônio, marido, mulher e seus filhos, onde se faz presente o poder familiar.

Deste conceito simples podemos partir para os mais variados, como por exemplo a família monoparental aquela formada por um dos pais e seus filhos. O fato é que a família é protegida pela nossa Constituição Federal que em seu artigo 226 leciona “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Como podemos verificar a nossa carta magna menciona a família como sendo o pilar da sociedade. Olhando por este prisma, as primeiras normas que cada indivíduo recebe para conviver em sociedade advém da família, pois é esta que faz com que conceitos e valores cresçam e perdurem dentro de cada cidadão, já aqui podemos observar o quanto é importante a presença dos pais na infância de um filho.

Como extensão do conceito de formação de família temos o surgimento da união estável, que apesar de não estar presente o casamento solene, está presente a união de corpos, em que o objetivo principal é a formação de família.

A união estável altera o mundo jurídico, em vários ramos do direito, vamos citar alguns exemplos: no direito previdenciário, para fazer jus a pensão por morte; no direito das sucessões para fins de inventário e partilha. Enfim, gera direitos e obrigações em todas as esferas jurídicas, portanto, como forma de proteção da família o § 3º do artigo 226, reconhece a união estável: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Deve-se abrir um parêntese para o reconhecimento da união homoafetiva em que foi reconhecida como família, decidido por unanimidade de votos pelo STF em 2011¹, vejamos o um trecho do voto da ministra Carmen Lúcia e do ministro Luiz Fux:

1 www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf

Onde há sociedade há o direito. Se a sociedade evolui, o direito evolui. Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, que fossem reconhecidos à luz da comunhão que tem e acima de tudo porque querem erigir um projeto de vida. A Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais que um projeto de vida, um projeto de felicidade”, afirmou Fux.

Aqueles que fazem a opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais da maioria. As escolhas pessoais livres e legítimas são plurais na sociedade e assim terão de ser entendidas como válidas. (...) O direito existe para a vida não é a vida que existe para o direito. Contra todas as formas de preconceitos há a Constituição Federal”, afirmou a ministra Cármen Lúcia.

Como podemos observar a família seja ela formada por homem e mulher, avós paternos ou maternos e seus netos, apenas irmãos, por casais homossexuais, constituem família e possuem a proteção do Estado.

No passado desejavam, equiparar a família a pessoa jurídica, já que este grupo familiar possui direitos extrapatrimoniais e patrimoniais, aqueles como nome, poder familiar, e estes como propriedade de bem de família e sepulcros. Nitidamente a ideia não prosseguiu, pois não é conferido a este instituto a aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações.

Diniz (2011, p. 21) afirma:

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

O pátrio poder nasceu na Roma antiga, em que a figura do pai correspondia a autoridade familiar suprema no qual o restante da família lhe devia obediência, em torno deste girava, a economia, patrimônio da família, a educação, a religião. A pessoa do pai detinha o *jus vitae et necis*, que era o direito que o pai possuía sobre a vida do filho, o de transferi-lo a outrem *in causa mancipi*, ou o de entregá-lo como indenização.

Tudo que o filho produzia pertencia ao pai, já as dívidas contraídas por aquele não pertenciam ao pai. Os filhos eram como escravos não detinham nada em nome próprio.

Gradativamente foi modificado esse entendimento de pátrio poder, persistiu ainda não de maneira tão severa na idade média, que chegou até o Brasil, incorporados nos barões do café.

Fato é que atualmente o pátrio poder se transformou no poder familiar, que é aquele em que os pais não são detentores apenas de direitos e sim de deveres com relação a pessoa

dos filhos, pois devem prover a estes a educação, o sustento, enfim não podendo ver nos filhos como um objeto de lucro, que terão como utilidade seu sustento no futuro.

Vamos passar agora a analisar no que se transformou o poder familiar, para que fosse possível acompanhar a evolução de nossa sociedade, vamos começar com a definição moderna de poder familiar na concepção de Gonçalves (2011, p.68) “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.”

No conceito atual de poder familiar temos que os pais exercem um múnus, uma função social de cuidar dos interesses de seus filhos menores, os pais devem observar o princípio da paternidade responsável previsto no artigo 226,§ 7º, da constituição Federal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Quanto a quem é atribuído o poder familiar é ao pai e a mãe, que devem exercê-lo em igualdade de condições, diferentemente do que acontecia no pátrio poder em que esse poder ficava concentrado na figura do pai.

O poder familiar é irrenunciável, incompatível com a transação e indelegável não podendo os pais renunciarem nem transferi-los a outra pessoa, pois é o Estado que fixa as normas para o seu exercício.

Portanto o poder familiar somente será destituído dos pais nos casos previstos em lei, e podemos concluir que este instituto consiste em um múnus público, onde cabe aos pais prover o futuro e o bom desenvolvimento dos filhos menores inclusive no que diz respeito a administração dos bens destes, sempre no maior benefício da criança e do adolescente.

2.2 Direitos e deveres inerentes ao poder familiar

O Código Civil traz em seu artigo 1.634, os direitos e deveres dos pais com relação a seus filhos ao exercerem o múnus públicos do poder familiar, vamos esclarecê-los um a um:

I - Dirigir-lhes a criação e educação

Compete aos pais prover a educação dos filhos não só levando à escola, como ensinando-os a conviver em sociedade, ajudando na formação do caráter, da moralidade, da espiritualidade.

Detém os pais o poder de correção, para que até mesmo os filhos criem dentro de si a noção de certo e errado.

Se os genitores se esquivarem do dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (CC,art.1638, inciso II).

II Tê-los em sua companhia e guarda:

Este é um inciso que se identifica em muito com nosso tema, mesmo porque é dever do pai participar da vida do filho, ter o mesmo em sua companhia, pois é um poder-dever dos titulares do poder-familiar, já que a quem cabe criar, cabe guardar.

Os pais são responsáveis pelos atos dos filhos menores, devendo estar presente aí o dever de vigilância, de onde parte a formação moral da criança ou adolescente.

III - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem

Esse poder- dever pode ser substituído por decisão judicial, quando os pais proíbem o casamento do filho menor por motivo injustificado.

IV Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar

Essa situação é mais recorrente quando ocorre a morte dos genitores, tendo por objetivo o cuidado da prole.

V Representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Com os menores até os 16 anos estes são representados, por serem absolutamente incapaz, e os maiores de 16 e menores de 18, devem ser assistidos, já que são relativamente incapazes, e então os atos praticados pelos menores de 16 sem representação serão nulos, e os atos praticados pelos maiores de 16 sem assistência serão anuláveis.

VI - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

Para resolver este problema os genitores podem se valer da busca e apreensão, e quando se tratar de pais separados estes podem requerer apenas a modificação de guarda.

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

A ideia de que os filhos eram inferiores e subordinados aos pais não se aplica nos casos atuais, deve sim haver um respeito recíproco entre ambos, podendo os genitores exigirem obediência e respeito dos filhos desde que não usem de força física. Importante ressaltar que se houver castigo imoderado, pode ocorrer a perda do poder familiar.

Com relação ao trabalho do menor, ele deve rigorosamente respeitar as normas protetivas que regulamenta o trabalho do maior de 14 anos, que deve ser realizado na condição de menor aprendiz, de acordo com o artigo 7º, XXXIII, da CF, sendo proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre até os 18 anos.

Então como visto acima os pais possuem direitos e deveres inerentes ao poder familiar, sendo importante ressaltar ainda que o Código Penal Brasileiro também estabelece sanções nos casos em que ocorrer o abandono intelectual e material dos filhos menores, sendo o capítulo III, dos crimes contra a assistência familiar.

Quanto aos pais separados, cabe tanto a mãe quanto ao pai garantir a proteção do filho, a partir do momento que estão com o menor, se vier a ocorrer de um dos pais deixar o filho com pessoa desconhecida, sabendo que poderá os prejudicar material ou moralmente, incorrerá o genitor no delito do artigo 245, do CP.

Se os genitores se esquivarem do dever legal e moral de educar e criar seus filhos, além de perder o poder familiar (CC, art.1638, inciso II) , poderão sofrer as penas previstas no código penal nos artigos 244 e 246, pelo crime de abandono material e intelectual dos menores, e ainda estão sujeitos a arcar com a responsabilização civil pelo dano moral causados aos filhos, devido aos seus direitos da personalidade.

O código penal traz um capítulo sobre o abandono material dos pais com relação aos filhos menores, fixando pena de detenção, de 15 dias a um mês, ou multa, se os pais não promoverem a educação primária do filho.

Então podemos observar que o dever imposto aos genitores presente no caput do artigo, é de suma importância, e priorizado pelo Estado a ponto de prever sanções penais para o caso de descumprimento, a luz do artigo 246 do CP.

2.3 Suspensão, perda ou extinção do poder familiar

Por ser o poder familiar um múnus, cabe ao Estado interferir nessa relação que em suma afeta a célula familiar, por esse motivo a lei prevê alguns casos em que o titular será privado de seu exercício temporária ou definitivamente. Essas hipóteses estão presentes no Código Civil em seu artigo 1635: Extingue-se o poder familiar: pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção; por decisão judicial, na forma do artigo 1638.

Quando ocorrer a morte de um dos pais, o poder familiar ficará nas mãos do cônjuge sobrevivente, no Código de 1916, a mãe perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias,

esse equívoco foi corrigido pela Lei 4.121- 1962. Com isso o art. 1636, estabelece que o pai ou mãe sobrevivente, contraindo novas núpcias ou vivendo em união estável não perderá o poder familiar, devendo ser exercido sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Concedida a emancipação do filho, este passa a ter completa capacidade de direito, e conseqüente extinção do poder familiar já que com a maioridade é uma forma normal de extinção do poder familiar.

No caso de adoção em qualquer modalidade ocorrerá a perda do poder familiar da família originária, que passará a ser exercido pelo adotante, ocorrendo na verdade a transferência do poder familiar, não a extinção.

Já a decisão judicial ocorrerá quando for praticado pelo detentor do poder familiar uma das hipóteses previstas no art. 1638, perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637.

Essas hipóteses devem ser averiguadas no caso concreto, devendo ainda ser entendido como abandono não apenas deixar o filho sem assistência material, devendo abranger também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos genitores ou ambos.

Importante lembrar que o Estatuto da criança e do adolescente assevera em seu art.23, que a falta de recursos financeiros não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, nesse caso cabe ao Estado suprir essa necessidade.

Será de iniciativa do Ministério Público os procedimentos de perda ou suspensão do poder familiar, pois de acordo com o art. 24 e 155 do ECA², é este órgão que possui o legítimo interesse, cabendo ao réu o direito ao contraditório e ampla defesa.

O artigo 24 do ECA, determina que a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22, que determina: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm

Como vimos acima esta deverá ser apurada por autoridade judicial, quando apurado a pratica de conduta grave, e também a condenação por crimes apenados com reprimendas inferiores ocorrerá a suspensão ou até a perda do poder familiar dependendo da gravidade com relação ao filho.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o decorrer dos séculos a família mudou em todos seus aspectos, seja nas divisões igualitárias entre homem e mulher, a liberação sexual, a rápida desvinculação dos filhos do poder familiar, marcados pela inversão de valores, a entrada da mulher no mercado de trabalho assumindo papéis importantes em diversos setores sociais. Para atender as alterações o direito de família sofreu mudanças, para que seja possível acompanhar a realidade social que estamos vivenciando.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos mais famosos princípios do direito, previsto na Constituição Federal artigo 1º, III, no direito de família é a base da comunidade familiar biológica ou sócio-afetiva, tendo como prisma a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, como previsto no artigo 227 da CF, assim como garantia de assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família sólida e feliz.

E com relação as crianças e adolescentes que é objeto de nosso trabalho é dever de todos e não só da família zelar pela dignidade destas.

O artigo 15 e 17 do Estatuto da Criança e do adolescente, garante a criança e o adolescente o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Sendo que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

3.2 Princípio da solidariedade familiar

Podemos afirmar que hoje em dia o direito subjetivo hoje em dia predomina, pois o que é um sentimento se transforma em valor e cria-se direitos e deveres que devem ser cumpridos. O direito de família rege-se por este princípio tendo em vista que o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres

inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.

Então o que temos no direito contemporâneo é que cada indivíduo e os poderes públicos devem ter como tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, o princípio da solidariedade; ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade de velar pela existência social dos outros membros da sociedade.

O que está presente principalmente no poder familiar onde os pais devem fazer de tudo para prover principalmente o futuro e o bem estar de seus filhos.

3.3 Princípio da convivência familiar

É direito de todas as crianças a crescerem em seu ambiente familiar, em um ambiente livre de pessoas dependentes de entorpecentes, e na falta da família biológica, uma família substituta que seja capaz de garantir a criança um ambiente saudável com convivência com a sociedade.

E o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, devendo estes prover aos filhos a guarda, educação e quando preciso cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

3.4 Princípio da prioridade absoluta, do melhor interesse da criança

Principalmente nos casos de divórcio com relação aos filhos menores é que esse princípio se faz presente, pois as questões de guarda, visita, pensão alimentícia deve ser realizada de acordo com o que mais beneficiar a criança e o adolescente.

3.5 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade está intimamente ligado com o princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, sendo norteador das relações familiares.

O Estado tem seu papel não interferindo no afeto, o direito apenas fornece proteção para que este afeto seja desenvolvido, o Estado não pode fazer com que o homem tenha sentimentos, cabe ao Estado acompanhar e fornecer estrutura e respaldos para acompanhar os avanços das relações familiares. A afetividade é o núcleo vital e, por assim dizer, o elemento conceitualmente essencial no delineamento dessa instituição. E o ordenamento jurídico

brasileiro, a começar pela Constituição, eleva o afeto a valor jurídico como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Vamos ver a conclusão de Rodrigues (2013, p. 1)³, em seu artigo princípio jurídico da afetividade no direito de família:

A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade familiar e dotar-lhe de proteção jurídica nos mesmos moldes do casamento, por exemplo, deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da família.

O princípio da afetividade, repetimos à guisa de conclusão, não serve de mote legitimador para a interferência estatal nas relações familiares, sendo um instrumento naturalmente criado pela comunidade em suas relações cotidianas. Assim, seu desenvolvimento depende menos do Direito e do Estado, e mais do meio social de onde medrou. O Direito apenas reconhece esses avanços sociais e espalha suas teias protetivas de modo a permitir a evolução segura da sociedade.

3.6 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

Todos sabemos que a desigualdade entre os filhos começam principalmente quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, em que o pai ou a mãe forma família com outra pessoa e dessa nova relação nascem outros filhos, onde os filhos do primeiro casamentos começam a ser deixados de lado. No que diz respeito a programas de família como viagens e passeios, que costumam ser excluídos, vindo a diminuir o afeto, entre pais e filhos.

Não só do afeto que não pode ocorrer desigualdades entre os filhos, esta também não pode estar presentes nas questões patrimoniais, o direito a sucessão, ao nome, dos filhos adotivos dos filhos naturais, e deve ser garantido também o direito ao reconhecimento do filho extramatrimonial sendo proibido revelar no nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

³ <http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Conceito e finalidade

A lei é expressa ao dizer: todo aquele que causar dano a outrem tem o dever de repará-lo. Para conceituar este instituto podemos partir da natureza jurídica da responsabilidade civil, a qual possui caráter de sanção, pois tem o objetivo de “punir” os indivíduos que se esquivarem de cumprir o determinado em lei, ou que cometa um ato ilícito.

A responsabilidade civil parte da máxima de que o direito do indivíduo termina onde começa o do outro, e da premissa do direito privado que permite aos indivíduos fazerem tudo o que a lei não veda, e podem deixar de fazer tudo que a lei não obriga, desde que não cause dano a terceiros.

Gagliano (2011,p.51) conceitua a responsabilidade civil:

A responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Quanto a finalidade da responsabilidade civil podemos afirmar que ela se divide basicamente em três funções: compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e a última desmotivação social da conduta lesiva.

O objetivo na primeira função, é o de compensação do dano ocasionado à vítima em virtude de uma conduta lesiva, ou seja, é de reparar, ressarcir, retornar as coisas ao *status quo ante*, no estado que se encontrava, e quando não possível é fixado uma quantia indenizatória equivalente ao valor do bem lesionado, ou compensatória nos casos em que não se faz possível dar um valor pecuniário ao direito lesado.

A segunda função diz respeito a punir o ofensor, não sendo esta a finalidade básica da responsabilidade civil, já que pode até em determinados casos, em que é possível reintegrar as coisas do jeito que se encontravam, ser dispensada. Porém se faz importante pois a prestação imposta ao ofensor possui efeito punitivo, pela ausência de cautela na pratica de seus atos, servindo como uma lição para que o mesmo não volte a lesionar.

A terceira função podemos dizer que é de caráter sócio - educativo, que consiste em tornar público para que a sociedade possa observar que condutas como essas não serão toleradas. Alcançando o equilíbrio e a segurança almejados pelo próprio direito.

4.2 Elementos da responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que deriva de um dano causado por dolo ou culpa, esta modalidade de responsabilidade possui os seguintes elementos a- a conduta humana, b- o dano ou prejuízo; c- o nexo de causalidade, e este último elemento encontra-se presente apenas na responsabilidade civil subjetiva, da culpa.

A conduta humana pode ser positiva ou negativa realizada pela vontade do agente, que provoca um dano ou prejuízo. O que se deve extrair com cunho principal na conduta humana é a voluntariedade, sendo a liberdade de escolha do agente imputável, que ao realizar a conduta possua o discernimento necessário, para entender o caráter do ato que está sendo praticado. Então importante se faz ressaltar que o agente deve ter consciência do que está fazendo e não necessariamente se tem ou não a intenção de causar dano.

O dano ou prejuízo é a lesão de um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, provocado por ação ou omissão do sujeito infrator. É o principal elemento da responsabilidade, pois sem ele não haveria o dever de reparar.

O dano pode ser patrimonial, que ocorrerá quando houver a diminuição do patrimônio de alguém em decorrência de ação lesiva de terceiro. E temos também o dano que não se refere a patrimônio, mas sim os que dizem respeito a direitos inerentes à condição de homem, onde não há valor pecuniário, como é o caso do dano moral em caso de abandono afetivo, pois todos tem direito a convivência familiar, se os pais por algum motivo se escusam a proporcionar essa convivência com o filho, devem os mesmos indenizar os danos psicológicos que provavelmente ocorreram na vida desta criança ou deste adolescente que não vivenciou essa convivência que lhe é garantida por lei.

Na tutela dos direitos da personalidade, cuja violação gera responsabilidade civil temos que sua proteção poderá ser de duas formas: - preventiva, por meio de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória ou, com o fim de evitar a concretização da ameaça ou lesão de tal direito; - repressiva, que será realizada por meio de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal se a lesão já houver se efetivado.

O dano deve ser indenizável, para que se possa exigir determinação judicial que fixe retorno do *status a quo ante*, podendo fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.

Para ser reparável o dano deve cumprir três requisitos: a violação deve ser de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; deve haver a certeza do dano e a subsistência do dano.

Nexo de causalidade, para definir este tema o código civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, sendo perfeitamente conceituada por Gagliano (2011, p. 94):

causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse último como uma consequência sua, direta e imediata.

O Código Civil optou claramente por esta teoria ao estabelecer que:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

E por último, o diferencial da responsabilidade civil objetiva para a responsabilidade subjetiva:

É o elemento acidental da culpa, já que este está presente apenas neste tipo de responsabilidade, aqui verifica-se a culpa *latu sensu* abrangendo também o dolo. Quando ocorrer dano por motivo de culpa será responsabilizado o agente independente se a conduta foi realizada sem a observância de negligência, imprudência ou imperícia.

O Código Civil de 2002 traz claramente em seu artigo 186:

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

4.3 Dano moral

O dano moral abrange o oposto do dano material, pois aqui não é possível criar um valor, não é pecuniário, abrange o dano moral o campo dos direitos personalíssimos como a honra, a imagem, a vida privada, lesionando a esfera jurídica tutelada constitucionalmente.

Há doutrinadores que defendem, a não possibilidade de reparação do dano moral, alegando falta de um efeito penoso durável; a incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; a dificuldade de descobrir a existência do dano; a indeterminação do dano do número de pessoas lesadas; a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; o ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz; e a impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação.

Porém, o dano moral deve sim ser utilizado, já que a reparação tem uma natureza compensatória do dano sofrido, diminuindo, em parte as consequências da lesão.

Vamos concluir com a definição de Gagliano (2011, p.119):

Resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma pena civil, e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil.

4.3.1 Quantificação do dano moral

O artigo 944 do CC/2002 estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

A quantificação do dano moral conforme dispõe o artigo acima exposto, deve ser realizada de acordo com a extensão do dano, o que só pode ser verificado no caso concreto, os critérios usados para esta quantificação são os princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, motivação das decisões judiciais, e ainda deve ser utilizada a equidade.

O juiz precisa do princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é a cláusula geral da personalidade legítima a reparação de danos extrapatrimoniais.

O princípio do livre convencimento motivado das decisões judiciais, é necessário para que ao decidir o caso concreto, o juiz justifique porque decidiu daquela forma, com base na realidade dos autos. E para assim criar um sistema de indenização justo, de acordo com a realidade de nosso país e de nosso tempo.

O princípio da razoabilidade é necessário pois nele está embutido o censo de justiça, ele é utilizado para que o interprete possa agir de acordo com o critério da proporção alcançando o equilíbrio, a moderação e a harmonia.

A equidade deve ser utilizada para o bem comum e os fins sociais a que a lei se destina, estes dois conceitos são indeterminados deixados intencionalmente pelo legislador para o juiz aplica-los aos casos concretos, de acordo com as circunstâncias particulares, condições sociais, econômicas, políticas, culturais, etc. esse campo de conceitos indeterminados, conceitos válvulas ou flexíveis, é o específico e próprio da equidade.

4.3.2 Dano moral nas relações familiares

Este tema não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, já que é difícil medir a extensão do dano, especificamente do abandono afetivo entre pais filhos. Parte da doutrina diz que não é cabível, pois a destituição do poder familiar já que está protegido pela dignidade da pessoa, o princípio da afetividade e o da proteção integral da criança e do adolescente.

Nossa jurisprudência vem realizando julgados em que é reconhecido o direito, nos casos em que é comprovado o dano psicológico na vida da criança e do adolescente, provado por testemunhas, laudos psicológicos e de assistente social.

O dano familiar pode ser utilizado como forma de financiar os tratamentos psicológicos para reparar a condição em que fica a criança e o adolescente. E este dano deve ser utilizado além da forma compensatória para com relação ao dano moral causado na criança e do adolescente, mas também como forma de coibir que outros pais deixem de prestar a devida participação na vida dos filhos, e que sirva como lição, punição por ter deixado de prestar assistência moral e afetiva ao filho.

5 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

5.1 O abandono afetivo e suas hipóteses

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente virou o centro dos direitos de nosso ordenamento jurídico, com uma máxima de que tudo será de acordo com o que proteger o melhor interesse da criança.

Aos pais é incumbido o dever de proteção aos filhos, dando assistência material, intelectual, e moral, O código penal em seu artigo 244 e 249 estabelece como crime os genitores que abandonarem os filhos.

O ECA estabelece como infração em seu artigo 249 os genitores que descumprirem, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem com determinação de autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

Vários são os fatores que causam o abandono afetivo paterno, em nosso estudo não será exaustivo a demonstração das hipóteses, já que esse abandono pode ocorrer de diversas formas.

Conforme relatado por Venosa (2001, p.67), a evolução da sociedade a mulher alcançou a independência financeira, e não só por esse mas também outros fatores fizeram frágeis as relações familiares, as tendências do mundo moderno, remam contra esta instituição protegida pelo Estado.

O abandono afetivo geralmente é causado devido ao fracasso do relacionamento dos genitores, que pode ocorrer de diversas formas.

Pode ocorrer no caso mais clássico, quando a sociedade conjugal se dissolve por meio do divórcio, e a criança ou adolescente fica com a genitora e o pai então se esquivava das obrigações afetivas, e não mais se importa com a vida dos filhos frutos daquela relação fracassada.

Quando o menor é fruto de uma relação extraconjugal e o genitor tem o objetivo de se desligar afetivamente do filho havido fora do casamento lhe pagando apenas pensão alimentícia, mas não participando da vida da criança e do adolescente.

É possível ocorrer esse abandono também devido ao fato de ser o filho fruto de um relacionamento passageiro, em que na maioria das vezes o genitor desaparece no mundo e não oferece assistência nenhuma a criança ou adolescente.

Outra decepção para os filhos é em datas festivas na escola como o dia dos pais, e seu pai não comparece, ficando frustrada sua expectativa em que o genitor iria comparecer, vendo ainda que o de seus colegas se apresentaram ao evento.

Pois apesar de o afeto estar sendo considerado um valor jurídico, em que pese ser norteador das relações familiares, não existe em nossa legislação nenhuma previsão nesse sentido.

Enfim diversas formas além dessas podem ocasionar o abandono afetivo, assunto que vem sendo questionado pela maioria da doutrina e jurisprudência, mas que na sua maior parte vem defendendo a ideia de ser cabível a indenização, abaixo iremos analisar como vem posicionando nossa jurisprudência sobre este assunto.

De acordo com Hironaka, (2006, p.48), “a criança não se divorcia dos pais”, nesse prisma é que deve ser analisado pelo julgador, ao decidir no caso concreto o pai que abandona afetivamente o filho, lembrando que estamos discutindo neste estudo o abandono afetivo, de assistência moral na vida do filho, não importando se o pai cumpria com dever de alimentos.

Vamos analisar agora os elementos da responsabilidade civil para a aplicação no abandono afetivo.

5.2 Elementos da responsabilidade civil e sua aplicação ao abandono afetivo paterno

5.2.1 Conduta omissiva quanto aos deveres paternos

A partir do momento que o homem tem o conhecimento da paternidade, isso lhe acarreta direitos, mas também muito deveres que quando não cumpridos estamos diante de uma conduta omissiva do genitor.

Quando o genitor da criança não cumpre com a assistência moral como educação, tê-lo em sua guarda, ainda que seja nas visitas regulamentadas pelo juiz, entre outras obrigações, ele está diante de uma conduta omissiva.

É de suma importância a participação do pai na educação da criança para que a criança crie uma imagem de uma autoridade, ajudando na sua formação.

Sabemos que quando o pai não cumpre com seus deveres inerente do poder familiar, estamos diante de uma negligência, uma omissão no cumprimento dos seus deveres paterno, deveres estes que resultam em direito dos filhos.

No momento em que o pai não fornece ao filho carinho, afeto, atenção, não está respeitando o dever moral a ele imposto, indo contra os princípios estipulados na CF/88.

Para fechar vamos verificar a concepção de Lobo, a afetividade é dever imposto aos pais na sua relação com os filhos, ainda que exista desamor ou desafeição entre eles, ou seja, é

um dever jurídico permanente oponível a pais e filhos, independentemente dos sentimentos que estes nutrem entre si.

Em suma, a conduta do pai que não oferece apoio imaterial ao filho, descumpra com os deveres do poder familiar, e pode se dizer também que foi negligente na criação e na educação de sua prole. Estamos então diante da omissão de um dever previsto em lei.

Portanto, podemos perceber que um dos requisitos necessários para configurar o abandono afetivo na possibilidade de enquadramento em responsabilidade civil, já foi identificado, que é a existência da conduta omissiva.

5.2.2 Dano

O dano no caso do abandono afetivo é aquele que atinge a personalidade do indivíduo, haja vista que a presença do pai na sua infância é basilar para sua formação como ser humano e seus efeitos refletem durante toda a vida do indivíduo.

Causando também dano psíquico pois a criança que é abandonada afetivamente pelo pai pode vir a desenvolver transtornos como depressão, baixa autoestima, agressividade, mudança na personalidade.

Quando ocorre estes tipos de dano o filho tem o direito de ser reparado, assim determina o artigo 927 do código civil, que todo aquele que por ato ilícito causar dano a outrem tem o dever de repará-lo.

Podemos dizer que por analogia ao artigo 927 do CC/02, o genitor que se negligencia, não cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar, que são previstos em lei, deverá indenizar o filho pelos danos a este causado.

Giselda Hironaka,(2006, p.42), diz sobre ausência da presença do pai:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo a 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 já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Portanto o ilícito praticado é a conduta omissiva do pai em não cumprir os deveres inerentes ao poder familiar, e o dano causado é os prejuízos que afetam o direito da personalidade da criança. Pois a falta de assistência imaterial do pai (conduta omissiva) com relação ao filho causa grave dano a seus descendentes.

5.2.3 Culpa

Neste elemento o que deve ser observado é se o pai agiu ou não com negligência ou imprudência, se agiu de forma contrária a um homem médio, se cumpriu ou não o que se espera de um pai/médio.

Tem que ser avaliado a existência de culpa para que seja possível o cabimento da indenização, pois é preciso avaliar se a falta de afeto e assistência imaterial, foi por vontade própria, sendo omissa de forma imprudente ou negligente, sendo neste caso responsável pelos danos causados.

Pois se vier ocorrer do pai se afastar de sua prole devido a circunstâncias alheias a sua vontade este não agiu com culpa, não há o dever de indenizar.

Hironaka, (2006, p.43) apresenta alguns exemplos em que isto pode ocorrer:

Como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não saber se, realmente, este suposto incumprimento é imputável à própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião.

Portanto, o elemento culpa se apresenta como um norteador para a fixação da indenização, já que faz parte integrante de um dos elementos da responsabilidade civil subjetiva, se não houver culpa não há o dever de indenizar, é necessário que se tenha deixado de cumprir as obrigações de um pai/homem médio, vindo a causar dano aos filhos, não é necessário aqui que haja intenção, apenas a conduta omissiva ou negligente, e que tenha agido por vontade própria.

5.2.4 Nexo de causalidade

Este elemento é analisado da seguinte maneira: o dano sofrido pelo filho abandonado tem que estar diretamente ligado a conduta omissiva do pai, que por negligência ou imprudência não cumpriu com o dever de assistência imaterial com relação ao filho.

O nexos de causalidade não é fácil de ser identificado pois o dano causado afeta a esfera íntima do indivíduo, alcançando a subjetividade, já que os danos são psicológicos, deve ficar provado que a conduta omissiva do pai é que provocou o dano psíquico no filho.

Portanto, deve ser provado no caso concreto se houve dano causado no filho, através de perícia, utilizando-se de exames psicológicos para apurar estes danos.

Obtendo o resultado da perícia, realizada por profissionais habilitados e especializados para tal, que o dano sofrido pelo indivíduo foi decorrente da negligência do abandono do pai, este deverá repará-lo.

Resumindo ensina Cavalieri Filho (2010, p. 47), o nexo causal “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.” Assim, todo dano ligado a uma causa que gere dano está sujeito à indenização, assim, a causa deverá ser determinante para a produção do dano.

Em entrevista informal realizada com a psicóloga clínica Raquel de Abreu Ramirez, CRP – 04/8163, Graduada em Psicologia - especialização clínica - pela Faculdade de Ciências Humanas da - Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC pode nos esclarecer que o abandono afetivo e moral de crianças e adolescentes é, realmente danoso no que diz respeito à formação da pessoa, sua psique, sua história de vida.

Esclarece ainda que na esfera afetiva e de maneira geral poderá se manifestar na criança ou no adolescente processos de tristeza, depressão, baixa autoestima, autoagressão e/ou agressividade ao meio como defesa da própria fragilidade e como forma de sobrevivência. Já na esfera moral, aqui entendida como falta de exemplo e parâmetros de comportamentos sociais aceitáveis, os danos poderão se manifestar através de atitudes de desajuste podendo ficar próximas à delinquência.

Informa a importância dos pais na formação dos filhos, uma vez que a infância é o período no qual o indivíduo se forma. É nesta fase que há percepção do “eu” diferenciado do “outro” tão importante no processo de socialização e na definição dos futuros objetos de amor. O pai e a mãe são as pessoas responsáveis por esta formação e, havendo abandono, haverá, certamente, uma falta que se manifestará por toda a existência desta pessoa. A reversão deste dano será possível através de tratamento cujo tempo varia de pessoa para pessoa.

Foi esclarecido também, que o indivíduo que guardou para si o trauma de ser abandonado por um dos pais poderá sim manifesta-lo em seus futuros filhos já que se há o trauma, certamente ele se manifestará de uma forma ou de outra. Faz ainda como observação que o livro mais lido do mundo diz em **Provérbios 22:6** "Ensina a criança no caminho em que deve andar, e, ainda quando for velho, não se desviará dele." Além disso é muito difícil alguém dar sem ter recebido.

Também afirma a psicóloga, no que diz respeito às consequências diferentes do abandono afetivo entre menores do sexo feminino e do sexo masculino, que o papel do pai na formação emocional e psíquica da criança tem especificidades em relação ao sexo. Dentro da

visão psicanalítica, a grosso modo, o pai é o primeiro objeto de amor da menina e o interditor, o representante da lei, no que diz respeito amor do menino pela mãe. Assim sendo, as consequências serão diferentes em cada caso. Dirão respeito possivelmente às escolhas amorosas na vida da menina e a questão de identificação de papel social, na vida do menino. Há, ainda, relação da forma vivenciada nesta fase com o aparecimento de desajustes emocionais ligados às neurose e psicoses.

Ressalta ainda que quando falamos de ser humano nada é definitivo ou determinado. Existem pessoas que generosamente amam sem terem sido amadas e aquelas que, sendo amadas, se tornam áridas afetivamente. O universo humano é intocável e imprevisível.

Como podemos observar são inúmeros os problemas psicológicos causados nos filhos que tem ausência de amor paterno, em todas as esferas da sua área afetiva, sejam amorosos, seja familiar, seja na vida cotidiana.

5.3 Posições jurisprudenciais e projetos de lei sobre indenização por abandono afetivo

Como vimos acima, os danos existem e devem ser indenizados, a jurisprudência andou se posicionando a favor do cabimento da indenização por danos morais.

Tendo como principal justificativa, a ministra Nancy Andrighi, tomou posicionamento contrário do que vinha sendo adotado no Superior tribunal de Justiça e votou a favor do cabimento de dano moral, por estar configurado o descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, protegido pelo artigo 227 da CF/88. Luis Felipe Salomão, comenta sobre o REsp 1.159.242/SP⁴, em seu artigo, STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo, no site Consultor Jurídico

Em 2012 o caso apareceu no TJ\MG, quando o juiz de primeira instância indeferiu o pedido de indenização, usando a justificativa que o distanciamento do seu pai ocorreu devido a agressividade da mãe, e argumenta ainda que todo filho que passar pelo dessabor das consequências emocionais causadas por uma separação judicial dos pais, terá o seu emocional abalado.

Mas no Recurso Especial de número **757.411 - MG (2005/0085464-3)**⁵, foi reformada a sentença e o pai foi condenado a uma indenização devido ao abandono afetivo, tendo sido usado pela turma, a justificativa de que houve descumprimento dos deveres paternos, e foi frisado que houve comprovação do dano emocional e psíquico causado na

⁴ https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012

⁵ https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=>

pessoa do filho, que deveria então ser pautado, naquele caso, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como vimos existe a linha de posicionamento que entende que não é cabível o dano moral em caso de abandono afetivo, por estar acabando com qualquer esperança de reaproximação, o relator do REsp 757.411/MG⁶, foi o Ministro Fernando Gonçalves, onde o voto condutor se utilizou também do fundamento de que a consequência jurídica do descumprimento dos deveres de sustento, guarda, educação, é a destituição do poder familiar.

A mudança de entendimento vem sendo fortificada, como vimos, quando o STJ decidiu por rejeitar os embargos de divergência, em Recurso Especial⁷, contra uma decisão do próprio Tribunal Superior, quando a ministra Nancy Andrighi, reconheceu a possibilidade de ser concedida a indenização, a turma decidiu por diferenciar a obrigação jurídica de cuidar, como dever de proteção, de uma inexistente obrigação de amar.

Com o assunto chegando cada vez com mais demandas, temos no congresso Nacional dois projetos de lei sobre abandono afetivo.

O Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), é o proponente do projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007, que está em tramite, com o intuito de modificar o ECA, caracterizando como ilícito civil e penal o abandono afetivo.

A proposta pretende trazer o dever dos pais de prestar assistência moral aos filhos menores de dezoito anos, seja através do convívio ou através da visitação periódica. Para tanto, podemos entender como assistência moral a orientação sobre as principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais, culturais, a solidariedade, e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade, a presença física pretendida e esperada pela criança é possível de ser entendida.

Pretende ainda aplicar pena de detenção de seis meses a um ano, para o genitor que sem justa causa deixar de prestar assistência moral ao filho menor.

Ainda deseja impor aos pais o dever de sustento, educação e guarda dos filhos, o projeto de lei visa impor os deveres de prestar assistência material e moral⁸.

Está tramitando o Projeto de Lei n. 4294 de 2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT) o qual pretende alterar o Código Civil e o Estatuto do Idoso.

⁶ https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006

⁷ https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090827_162.pdf> Acesso em: 27 de abril de 2013

⁸ http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516

Tal Projeto pretende acrescentar um parágrafo ao artigo 1632 do CC/02 sobre o abandono afetivo sujeita aos pais o pagamento de indenização por danos morais.

Como podemos ver o assunto já está presente no Poder Legislativo que sabiamente pretende fixar dano moral ao pai que não prestar assistência a seu filho menor.

6 Considerações finais

Como vimos as relações familiares, e o próprio conceito de família foram objeto de muitas mudanças com o advento do mundo moderno, onde o pátrio –poder, passa a ser poder familiar que agora é exercido pelo pai e pela mãe, em igualdade de direitos e deveres.

O abandono afetivo paterno objeto de nosso estudo envolve diversas questões, vimos que deve ser preenchido os elementos da responsabilidade civil, devendo estar caracterizada a culpa, o dano, a conduta omissiva, e o nexo causal.

Apesar de haver posições jurisprudenciais que alegam que não cabe a indenização por dano moral devido ao fato de que a perda do poder familiar já por si só seria uma sanção.

Mas a partir do momento que o pai abandonou afetivamente o filho, não seria para ele um “castigo” ser destituído do poder familiar, já que se esquivou em todo o tempo de manter o contato com o filho, isso não seria o suficiente para abalar sua estrutura emocional, além do mais todo aquele que causa dano tem o dever de indenizar.

A ideia de que ocorreria a monetarização do afeto não deve prosperar, pois não é neste sentido que a indenização é aplicada. Podemos partir do exemplo de um consumidor que teve seu nome inscrito nos órgãos de restrição ao crédito indevidamente por uma empresa de telefonia, e ao fazer uma compra em outro estabelecimento se deparar com o nome negativado, e tem o desprazer de vivenciar um constrangimento, um vexame, o qual o fez sentir humilhado. Então a indenização não torna o *status a quo ante*, pois com o pagamento da indenização não faz passar o constrangimento que aquele indivíduo passou, serve apenas como uma forma compensatória.

Da mesma forma deve ser entendido do filho, que sofreu o desprezo do próprio pai, que não recebeu afeto, que não teve o pai presente em festas comemorativas, de aniversário, escolas, médico, isso também não voltará, mas ele deve ser compensado, e ressarcido pelos gastos com tratamentos psicológicos.

Deve ser observar que a valorização do afeto nas relações familiares, está começando ser vista como base do desenvolvimento da criança e do adolescente como um adulto saudável e bem resolvido psicologicamente, devendo mesmo haver essa mudança de entendimento, para que caminhe em direção a existência de pais mais conscientes e responsáveis para com relação a seus filhos, não tratando os filhos como objetos que podem ser encostados quando não mais houver interesse.

Tendo como base, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de nosso ordenamento jurídico, principalmente na esfera familiar, protegida constitucionalmente pelo

Estado, devendo ainda observar a prioridade absoluta, do melhor interesse da criança e da proteção integral, é necessário que acrescente ao ECA, ou ao Código Civil a previsão de cabimento do dano, para que forcem os pais a prestarem esse apoio aos filhos, como forma de ajudar no desenvolvimento psíquico e moral da criança.

Na entrevista tivemos a oportunidade de observar o quanto a criança e o adolescente é prejudicado por não ter a figura do pai presente em sua infância já que este representa uma autoridade, um espelho, um orientador importantíssimo na vida do filho, até mesmo na ajuda da escolha da profissão, e principalmente na formação do caráter.

Portanto, o dano moral no abandono afetivo paterno, deve ser visto como uma via de mão dupla, sendo para o filho uma forma de compensação pelos danos sofridos e para o pai uma lição, para que não repita o erro, pois como gerou dano tem o dever de indenizá-lo, e mostrando para a sociedade que este tipo de descaso deve ser rejeitado e não permitido pela sociedade.

E como vimos existem diversas sentenças favoráveis, e principalmente as decisões dos ministros do STJ, mudando o entendimento no sentido de que é cabível, tendo em vista que ocorre o descumprimento de um dever legal de cuidado. A esfera legislativa também está se manifestando, como vimos acima os projetos de lei que pretendem alterar o ECA, ou até mesmo acrescentar artigo ao Código civil.

Sinal que nossa sociedade está evoluindo no sentido de proteger cada dia mais a criança e o adolescente, não ficando omissos a essas condutas danosas que os pais praticam na vida do filho, por um simples fracasso em um casamento, ou por constituir nova família.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2001. *In: Vade Mecum*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

_____. Lei no 10.741, de 1 de outubro de 2003. *In: Vade Mecum*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração em Recurso extraordinário nº 567.164-0 Minas Gerais**. Embargante: Alexandre Batista Fortes. Embargado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 18 de agosto de 2009. Disponível em < https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090827_162.pdf> Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração em Recurso extraordinário nº 567.164-0 Minas Gerais**. Embargante: Alexandre Batista Fortes. Embargado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 18 de agosto de 2009. < https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090827_162.pdf> Acesso em: 27 abr. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2010. Disponível em: <
<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/115595662/segunda-secao-rejeita-embargos-a-decisao-que-concedeu-dano-moral-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 30 out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 813p. v.5

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.3

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011. 568p. v.4

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. **Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª região**, ed. 78, São Paulo: Thonson, 2006.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 3.ed. 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. O princípio jurídico da afetividade no direito da família. **JusNavigandi**, jun., 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 out. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5.