



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

ANA CAROLINA SILVEIRA DUARTE

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS
RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

BARBACENA

2014

ANA CAROLINA SILVEIRA DUARTE

**INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS
RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

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

Orientadora: Prof.^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral.

BARBACENA

2014

Ana Carolina Silveira Duarte

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial, para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof.^a Esp. Odete de Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof. Esp. José Augusto de Oliveira Penna Naves
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me oportunizar a virtude da vida e por me conceder sabedoria para chegar até aqui.

Aos meus pais e aos meus irmãos pelos esforços empenhados a meu favor.

À minha amiga Thais e a minha orientadora, que muito contribuíram para a elaboração deste trabalho.

E a todos aqueles que de uma forma ou de outra foram importante para eu vencer mais esta etapa. Meu muito obrigada!

Resumo

A presente monografia de conclusão de curso, visa proporcionar conhecimento acerca da indenização por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, apresenta as correntes existentes sobre o tema, a posição jurisprudencial, bem como controvérsias sobre o cabimento ou não de responsabilização civil no âmbito do direito de família.

Este tema é de grande relevância, vez que a ausência de afeto pode gerar consequências irreversíveis, sobretudo na seara psíquica, refletindo também no convívio social, pois é na família que se forma a personalidade do indivíduo que convive em sociedade.

Palavras chave: indenização, abandono afetivo, responsabilidade civil, direito de família.

Abstract

This monograph aims to provide knowledge of indemnification for emotional neglect, it presents the chains related to the theme, the jurisprudential position, as well as controversies over civil liability applicability or not within family rights scope.

This issue is of great relevance, once the absence of affection can cause irreversible consequence, more over in psychic harvest also reflecting the social conviviality, for it is family that forms the personality of the individual who lives in society.

Keywords: compensation, emotional abandonment, civil liability, family law.

SUMÁRIO

1- Introdução.....	Erro! Indicador não definido.
2- A família e as tutelas constitucionais	17
2.1- Evolução histórica	17
2.2- Natureza jurídica	18
2.3- Modelos de famílias	18
2.3.1- Família legítima	20
2.3.2- Família informal.....	21
2.3.3- Família homoafetiva.....	22
2.3.4- Família monoparental	24
2.4- Função social da família.....	25
2.5- Princípios constitucionais de tutela da família	26
2.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	27
2.5.2 Princípio da isonomia entre os filhos.....	27
2.5.3- Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	27
3- Da filiação e o poder familiar	29
3.1- A legitimação dos filhos pós Constituição de 1988	29
3.2- A nova visão do poder familiar	30
3.3- Da sua perda ou suspensão.....	31
3.4- Do poder dever dos detentores do poder familiar- formas de proteção	35
4- A responsabilidade civil e a insuficiência da indenização por abandono afetivo	39
4.1- Da responsabilidade civil no direito de famílias	39
4.2- Das condutas alienantes	39
4.3- Abandono afetivo	45
4.3.1- Efeitos decorrentes - Sequelas geradas nos filhos	48

4.4- Quantum indenizatório	50
4.5- A insuficiência do valor atribuído	53
4.6- Posição jurisprudencial	53
5- Considerações finais	59
Referências	61

1- INTRODUÇÃO

Com as diversas transformações que ocorreram no direito de famílias, tem-se hoje, um grande número de separações que acabam refletindo na vida dos filhos.

Após a separação dos pais, muitos filhos se veem abandonados e carentes de afeto, sendo certo que esta ausência trará consequências negativas para sua vida.

A criança como pessoa em desenvolvimento precisa tanto da figura materna quanto da paterna para uma boa formação de sua personalidade.

Assim, quando um dos genitores se negam a dar assistência moral ao filho esta ele deixando de observar um dever de cuidado e uma obrigação inerente ao poder familiar, surgindo assim, a possibilidade de indenização por abandono afetivo.

Este trabalho abordará as controvérsias sob a possibilidade de indenização na seara do direito de família, o quantum indenizatório nos casos de indenização por abandono afetivo, bem como a posição jurisprudencial acerca do assunto.

Portanto, justifica-se o presente trabalho para avaliar a importância da indenização nos casos de abandono afetivo.

2- A FAMÍLIA E AS TUTELAS CONSTITUCIONAIS

2.1- Evolução histórica

É inegável que com os diversos acontecimentos sociais é difícil uniformizar o instituto da família, mister se faz compreendê-lo de acordo com os movimentos da sociedade ao longo do tempo, não sendo outro o entendimento de Luiz Edson Fachin:

¹“A família como realidade sociológica apresenta, na sua evolução histórica desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.”

A família apresentava-se em um modelo hierarquizado, transpessoal, o que vale dizer que todos os membros da família se agrupavam em torno de um chefe comum.

Neste modelo familiar reinava a regra “até que a morte nos separe” o que por muitas vezes acabava por sacrificar a felicidade dos membros da família em nome da manutenção do casamento.

Compreendia a família ainda como unidade de produção. As pessoas se uniam com o objetivo de formar patrimônio, para posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos.

Com o avanço da sociedade outros valores passaram a vigor, como por exemplo, a concepção artificial do ser humano, sem a necessidade de elemento sexual, ganhando desta forma, evidência a preocupação com a proteção da pessoa humana, passando o ser sobrepor ao ter.

A Revolução Francesa também é marco importante para a evolução da família, sobretudo por trazer em seu arcabouço a ideia de liberdade, igualdade e fraternidade.

Desta forma, como bem ressalta (FARIAS; ROSENVALD, 2013), com os novos valores que passaram a inspirar a sociedade contemporânea, rompe-se definitivamente com a concepção tradicional de família. O escopo da família neste momento passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao

¹ FACHINI, 1999 *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 40

aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora e pela igualdade.

A Família tem sua evolução atrelada ao avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas humanas e descobertas científicas, não sendo desta forma admissível que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

²“Funda-se a família pós moderna em sua feição jurídica e sociológica no afeto, na ética na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea”.

2.2- Natureza Jurídica

De acordo com Diniz (2011), por ter o direito de família natureza jurídica extra patrimonial é ele personalíssimo, o que revela ser um direito irrenunciável, intransmissível e não admitir condição ou termo ou exercício por meio de procurador.

Suas normas são cogentes ou de ordem pública, pois, embora as relações familiares advenham de ato voluntário do sujeito, com por exemplo, o casamento e a adoção os efeitos jurídicos destes atos já estão previamente estabelecidos em lei.

As instituições jurídicas que fazem parte do direito de família são direitos deveres, não sendo outro o entendimento de Ruggiero Santos (1972 *apud* DINIZ, 2011, p.44) todo direito de família repousa nesta ideia: os vínculos se estabelecem e os poderes se outorgam não tanto para criar direitos, como para impor dever, de forma que o poder familiar, a tutela, a curatela não são direitos, mas direitos-deveres/ poderes deveres.

Vale destacar também, que o direito de família é ramo do direito privado, parte integrante do direito civil, apesar de sofrer intervenção estatal, devido à importância social da família.

2.3- Modelos de famílias

² FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 41.

Certamente todas as vezes que pensamos no instituto da família vem nos à mente o modelo tradicional, que é aquele composto de um homem, uma mulher, unidos pelo casamento e cercados de filhos.

A grande mudança das estruturas políticas, sociais, e econômicas produziram alterações significativas na estrutura familiar atual, e, conseqüentemente nas relações jurídico- familiares.

Com o advento da Constituição Federal trazendo como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana, a família que antes era caracterizada pelo interesse patrimonial passa a ter como uma de suas funções sociais a afetividade, tendo como prioridade a realização pessoal de cada um de seus membros.

Sob este prisma, surge a convivência com famílias variadas, como por exemplo, as monoparentais e homoafetivas, as quais estão menos sujeitas as regras e mais aos desejos.

Respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra lastreado no princípio da igualdade e liberdade, a nova Carta magna eliminou injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre, sobretudo no que diz respeito as instituições familiares.

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação a família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação. (DIAS, 2011, p.41).

Diante o pluralismo das relações familiares viu-se a necessidade de reconhecê-las juridicamente e conceituá-las.

Vejamos o entendimento de Maria Berenice Dias:

³O que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada

³ DIAS, 2001, p. 42

vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo, procriação”.

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, afetividade, pluralidade, e do eudonismo, O indivíduo passa a ser prioridade, e não mais os bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família instituição foi substituída pela família–instrumento, ou seja ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seu integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (DIAS, 2011)

Na feliz expressão de João Baptista Villela e Renato Janine Ribeiro destacamos:

⁴“A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor. A família continua mais empenhada do que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade. Não é mais obrigatório manter a família ela só sobrevive quando vale a pena. É um desafio”.

2.3.1- Família legítima

Também denominada família matrimonial era única reconhecida pelo ordenamento jurídico antes da Constituição Federal de 1988.

Família legítima é aquela constituída através do casamento, formada inicialmente por um homem e uma mulher com objetivo de procriação.

O Estado e a Igreja, sob o argumento de manter a ordem social acabaram por intervir na vida das pessoas e na tentativa de regular as relações, assumiram postura conservadora para preservar um estrito padrão de moralidade.

A Igreja Católica consagrou a união entre um homem e uma mulher como sacramento indissolúvel. A ideia de crescei e multiplicai-vos atribui à família a função de procriação da espécie, com o fim de povoar o mundo de cristãos.

O Estado solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou taxativamente, onde os vínculos interpessoais passaram a necessitar da chancela estatal. (DIAS, 2011).

⁴ VILLELA; RIBEIRO, 1979 p. 645

No antigo Código Civil (1916) só era reconhecida como família aquela constituída pelo casamento e esta apresentava as seguintes características: matrimonizada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.

Neste estilo de família o homem exercia a chefia da sociedade conjugal, devendo-lhe obediência a mulher e os filhos e o objetivo da instituição era a conservação do patrimônio, tanto assim que geravam filhos como força de trabalho e o único regime oficial era o da comunhão universal de bens, o que vale dizer que duas pessoas fundiam-se em uma só, formando uma unidade patrimonial.

O Estado tinha interesse na manutenção do casamento o que levou à consagração de sua indissolubilidade e à obrigatória identificação da família pelo nome do varão.

O casamento não podia ser desconstituído, só anulado por erro essencial quanto à identidade ou à personalidade do cônjuge. Fora disso só cabia o rompimento do casamento pelo desquite que no entanto não dissolvia o vínculo matrimonial.

Este modelo familiar refletia diretamente nos filhos, pois a filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, assim só eram reconhecidos aqueles nascidos dentro do casamento. Estes filhos havidos de relações fora do casamento eram alvo de denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório e não tinham nenhum direito.

2.3.2- Família informal

Como visto anteriormente a lei só emprestava juridicidade à família constituída pelo casamento, desta forma não regulava as relações extramatrimoniais, entretanto, não se coibiu o surgimento de relacionamentos sem respaldo legal.

A busca incessante pela felicidade fez com que surgissem novas famílias, e quando da desconstituição dessas uniões seus integrantes começaram a recorrer ao poder judiciário.

Desta forma, os juízes se viam obrigados a encontrar soluções para combater as injustiças, porém, grande era a rejeição de ver essas uniões como família, tanto que jurisprudência as identificava, quando ausente patrimônio a ser partilhado, como relação de trabalho, onde era concedido à mulher indenização por serviço prestado, num segundo momento passou-se a enxergar essas uniões como um negócio e por

analogia era aplicado o direito comercial, sendo as uniões consideradas sociedades de fato.

O muito que se conseguia quando do fim dessas relações informais era a divisão do patrimônio para evitar o enriquecimento injustificado de um dos companheiros.

Em que pese a rejeição dessas estruturas familiares pela lei elas não deixaram de existir, ao contrário aumentavam cada vez mais, daí o legislador não teve outra alternativa senão a regulamentação dessas relações informais.

Assim a Constituição de 1988 trouxe uma novidade neste sentido, albergando no conceito de entidade familiar o que se chamou de união estável, recomendando sua conversão em casamento.

Conforme se depreende de nossa Carta Magna de 1988, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e 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.

A lei 9278/96 que regulamenta a união estável acabou copiando praticamente o modelo oficial do casamento.

O código Civil, por sua vez impõe requisitos para a união estável, gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante ao convivente direitos sucessórios.

Da mesma forma que no casamento, pouco resta à vontade do par, equivalendo a expressão “sim” como a concordância de ambas as partes com que o estado estabelece, podendo se chamar o casamento, bem como a união estável como um verdadeiro contrato de adesão.

Deve-se destacar também a referência que faz a doutrina acerca da união estável em relação ao instituto da usucapião.

Nas palavras de Dias (2011, p. 47) “A união estável transformou-se em um casamento por usucapião, ou seja, o decurso do tempo confere o estado de casado”.

2.3.3- Família homoafetiva

A constituição Federal reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher e em nada se manifestou acerca das relações homoafetivas,

muito embora, já fosse tal situação vivenciada na sociedade quando da elaboração da nova constituição.

Como toda e qualquer relação interpessoal, a união entre pessoas do mesmo sexo também tinha seus litígios, aliás, toda convivência demanda isso.

Assim, situações começaram a surgir, como por exemplo, ruptura das relações, morte de um dos companheiros, e precisavam ser solucionadas. Daí o dilema: como resolver situações não disciplinadas em lei?

Uma coisa era certa não se podia diante à lacuna da lei reinar a injusta, ou seja, em caso de morte de um dos parceiros, não seria correto que a herança fosse direcionada aos familiares do de cujus, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro e muito contribuiu para o crescimento do patrimônio.

Para resolver o impasse, uma das primeiras alternativas foi visualizar os vínculos existentes entre homossexuais como mera sociedade de fato.

⁵“Tratados como sócios, aos parceiros somente era assegurada a divisão dos bens amelhados durante o período de convívio e de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição.”

Inegável é, que não reconhecer as relações entre homossexuais como união estável fere-se três princípios previstos na CF de 1988, quais sejam, dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

Sob este paradigma, é que recentemente, mais especificamente no ano de 2011 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) a fim de que fosse a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como união estável.

A decisão do STF foi no sentido de reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Ayres Britto alegou quando de seu pronunciamento a favor do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo ofensa a um dos objetivos da república federativa do Brasil, previsto no art. 3º, IV da CF.

⁵ DIAS, 2011, p. 48

Art.3 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica (BRITTO, 2011).

Para efeitos jurídicos, após decisão do STF, nos dias de hoje, a união homoafetiva é reconhecida como entidade familiar na modalidade de união estável e qualquer depreciação em relação a esta é um afronto aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e, ainda, fere um dos objetivos da república Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, IV da CF/88.

2.3.4- Família monoparental

Considera-se família monoparental, conforme se depreende do art. 226, §4º da CF a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (CURIA; NICOLETTI, 2014).

Nas palavras de Maria Berenice Dias, (2011) esses núcleos familiares foram nominados de famílias monoparentais, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, as famílias constituídas por um dos pais e sua prole se alargaram e tornaram-se mais visíveis, o que vale dizer que esse modelo de família é mais frequente com a presença feminina.

Na época em que surgiu este modelo familiar a sociedade o associou ao fracasso pessoal de um projeto de vida a dois e era vivido como uma imposição nas maiorias das vezes, ao contrário de hoje que se caracteriza uma escolha livre.

A monoparentalidade na maioria das vezes, ocorre como decisão de um dos membros da família, quer por opção de formar união livre, quer na decisão de ter um filho sozinho, quer na ruptura da vida matrimonial.

A família monoparental tem origem ainda, na viuvez, quando da morte de um dos genitores, na separação de fato, no divórcio dos pais, na adoção por pessoa solteira, nos caso de inseminação artificial por mulher solteira, dentre outras formas.

Mesmo não sendo chefiada por um dos genitores, mas a sendo por parente tal composição de família é considerada monoparental.

⁶Para se configurar uma família como monoparental, basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e desde que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles. Mas não é a presença de menores de idade que permite o reconhecimento da família como monoparental. A maioria dos descendentes não descaracteriza a monoparentalidade como família, é um fato social'.

Por último, vale lembrar, que no caso de família constituída por irmãos, não há que se falar em monoparentalidade, pois inexistente hierarquia entre as gerações, tratando-se nessa hipótese de família uniparental ou anaparental.

2.4- Função social da família

O ordenamento jurídico como um todo era fundado em um direito positivado o que vale dizer que tal ciência assentava em um juízo de fatos e não de valores, onde o juiz se apresenta como “a boca da lei”, fazendo friamente a subsunção do fato à norma.

⁷Entretanto, a neutralidade, tão prestigiada pelo positivismo, é, hodiernamente, repelida pela adoção de valores colhidos na realidade social, tendo em vista que a sociedade não é algo estático, mas sim dinâmico, sofrendo com o passar do tempo influência em todos os sentidos.

Com a especial colaboração do Texto Constitucional, torna-se inquestionável que a ciência jurídica como um todo e, por conseguinte, o Direito de Família é um sistema aberto de valores, fundado em princípios que indicam um caminho a ser trilhado, em busca da efetivação da dignidade do homem, da solidariedade social, da igualdade e da liberdade.

Não estando mais o direito respaldado no positivismo, dúvida não há, de que todo e qualquer instituto, necessariamente tem que cumprir uma função social, vez que hoje o alicerce do direito são os princípios, os quais devem ser seguidos, por levarem a uma finalidade, precisando ser observados em sua aplicação, sob pena de desvirtuá-los da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais.

⁶ FUJITA, 2006, p.692

⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 155

Segundo Gama, Guerra (2008 apud CHAVES, ROSENVALD, 2013. P. p.156) os institutos dos direitos das famílias como um todo (casamento, união estável, parentesco, alimentos, etc) devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar nos princípios constitucionais o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender a sua normatização.

Assim, tem-se que a função social da família esta estabelecida na Constituição Federal e conforme se depreende, a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros. Como exemplo do cumprimento de uma das funções sociais do Direito de Famílias pode-se destacar os seguintes:

1-O reconhecimento do direito de visitas aos diferentes membros da família, como avós, tios e tias. Neste sentido, o parágrafo único do art. 1589 do Código Civil, reconhece expressamente a visitação avoenga. Vejamos:

O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (BRASIL,2012).

2-Possibilidade de condenação alimentícia pra a manutenção dos membros da família;

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

3-o reconhecimento da união estável quando um dos companheiros, apesar de ainda estar casado, já se encontra separado de fato do seu cônjuge, como reconhece o art. 1723, §1º do Código Civil:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.(BRASIL, 2002).

2.5- Princípios constitucionais de tutela da família

2.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88), tal princípio constitui a base da comunidade familiar, seja ela biológica ou socioafetiva, pois tem como parâmetro a afetividade, o respeito mútuo e o desenvolvimento sadio do ser humano em todos os sentidos, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros da família, principalmente da criança e do adolescente conforme estabelece o art. 227 da CF/88. (DINIZ, 2011).

2.5.2 Princípio da isonomia entre os filhos

Também conhecido como princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, está previsto no artigo 227, §6º da CF/88 e artigos 1596 a 1629 do Código Civil, de acordo com este princípio não é admitido haver distinção entre filhos, sejam eles naturais, legítimos ou adotivos. Como por exemplo, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão, abrangendo também, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, sendo proibido que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

De acordo com Maria Helena Diniz “a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio de reconhecimento; logo só poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial, reconhecido e não reconhecido”. (DINIZ, 2011,p.36-37).

2.5.3- Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Tal princípio visa a proteção da criança e do adolescente, sendo certo que é direito destes, o integral desenvolvimento da personalidade em ambiente sadio, sendo também muito usado como diretriz solucionadora de questões conflituosas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativa à guarda, a direito de visita etc., visando sempre o bem estar e os interesses do menor.

3- DA FILIAÇÃO E O PODER FAMILIAR

3.1- A legitimação dos filhos pós Constituição de 1988

A Carta Constitucional de 1988 consagrou como um dos fundamentos da República Brasileira o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e instituiu que todos são iguais perante a lei, fator este que repercutiu diretamente no direito de família.

A nova ordem jurídica instaurada a partir da Lei Fundamental de 1988 e os princípios por ela adotados refletiram sobremaneira no direito de filiação, que passou a tratar os filhos formal e materialmente iguais, independente da forma de filiação, consagrando, portanto, a igualdade jurídica entre os filhos.

A nova Constituição ofereceu especial proteção às entidades familiares e o direito de filiação passou a ser direito fundamental, movimento que segundo Coelho (2007), tratou de aproximar e regularizar a realidade ao que já existia.

Com a Constitucionalização do direito de família vários avanços ocorreram na sociedade como por exemplo, a ampliação das sociedades familiares, igualdade entre homem e mulher e sobretudo entre os filhos.

A Constituição Federal, em poucos dispositivos, espancou séculos de hipocrisia e preconceito.

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros.

Certo é que o direito de família passou por dois grandes fenômenos, como afirma Gama (2008, p. 18), o da repersonalização e o da despatrimonialização das relações jurídicas familiares. Quer-se dizer, as pessoas, enfim, passaram a ser mais importantes que seus patrimônios.

Antes da promulgação da atual Constituição a filiação era disciplina exclusivamente pelo código Civil, o qual estabelecia as seguintes distinções:

- filhos legítimos: os concebidos na constância do casamento, art. 338 do Código Civil de 1916.
- filhos ilegítimos: os concebidos em relação extramatrimonial, desdobrando-se em duas subespécies: a) filhos naturais, nascidos de pessoas sem impedimento para casar (pessoas solteiras, sem vínculo de parentesco). No tocante ao direito

hereditário, os filhos naturais somente tinham direito á metade do quinhão que coubesse ao filho legítimo. b) filhos espúrios, nascidos de pessoas com impedimento para casar.

Segundo Luz (2010), os espúrios por sua vez se dividem em adulterinos, que são os filhos concebidos de uma pessoa casada com outra que não fosse seu cônjuge; e incestuosos quando concebidos de relação entre pessoas impedidas de casar entre si em razão de parentesco.

Já sob a égide da nova lei fundamental, sobretudo em seu art. 227, § 6º, depois repetido no art. 20 do ECA e no art. 1.596 do atual Código Civil, consagrou o princípio da igualdade jurídica para todos os filhos, independentemente de suas origens, o que vale dizer, que a partir daí, todos direitos inerentes aos filhos passam a ser exercidos de forma uniforme.

“Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Art. 1.596 do Código Civil)

Merece destacar, que nos dias atuais apenas se permite distinguir os filhos, entre os havidos na constância do casamento e os havidos fora do casamento, em nada repercutindo tal diferenciação na seara jurídica, vez que a nova Carta Constitucional veda qualquer desigualdade entre filhos.

3.2- A nova visão do poder familiar

Todo o ser humano no decorrer de sua vida, mais especificamente no início, necessita de alguém para criá-lo e educá-lo durante a infância e a adolescência, amparando-o e cuidando de seus interesses e necessidades.

As pessoas mais indicadas para realizarem estas tarefas são os pais, e em falta destes um adulto que possa desempenhar tais funções.

O poder familiar consta, no ordenamento jurídico, como direitos e responsabilidades envolvidas na relação entre pais e filhos, resultado de uma necessidade natural, no entanto, esta concepção sofreu, e permanece sofrendo modificações, sendo denominado inicialmente como pater famílias.

Antes da denominação poder familiar este instituto era denominado pátrio poder, fase em que o pai possuía poder absoluto sobre a família, escravo e agregados.

Entretanto, fatores como a industrialização, o avanço das telecomunicações e a globalização, foram cruciais para realçar no pátrio poder os deveres dos pais para com a sua prole, da mesma forma fortalecer a situação da mulher na sociedade e no núcleo familiar.

Modificação importante, diz respeito à igualdade entre pai e mãe no exercício do poder familiar, princípio constitucional, previsto no artigo 5º da Carta Magna de 1988 e, posteriormente, adotado no Código Civil elaborado em 2002. Diante desta mudança surge novo conceito de pátrio poder, adquirindo nova nomenclatura, passando a ser conhecido como poder familiar, com novo conceito e características.

A diferença básica entre pátrio poder e poder familiar é que no primeiro somente o homem detinha poderes sobre os filhos, já no segundo o poder sobre a prole é exercido tanto pelo homem quanto pela mulher em pé de igualdade, o que vale dizer que ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens do filho menor não emancipado. Se por ventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz à solução necessária, resguardando o interesse da prole.

Neste sentido, surgiram várias definições na tentativa de estabelecer o novo conceito de poder familiar, entretanto, por ainda esta em fase de transição não se tem um conceito definido e uniforme.

Na definição de Diniz (2011), o poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdades de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Bem parecido é o conceito estabelecido por Washington de Barros Monteiro:

⁸ “o poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável”.

3.3- Da sua perda ou suspensão

⁸ MONTEIRO, 2004, p.348

A suspensão do poder familiar é medida menos grave, tanto que é passível de revisão. Superados os motivos que a provocaram pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos.

Deve se destacar, conforme se depreende do art. 1637 do Código Civil 2002 que a suspensão é ato facultativo do juiz, podendo este, deixar de aplicá-la.

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL,2002).

A suspensão do poder familiar não abrange toda a prole, somente recaindo sobre o filho sobre o qual deixou de cumprir algum dos deveres inerentes ao poder familiar.

Conforme visto no artigo acima, a suspensão do exercício do poder familiar é cabível na hipótese de abuso de autoridade, faltando os pais aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos.

Os deveres dos genitores são de sustento, guarda e educação dos filhos, cabendo assegurar-lhes: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Importante salientar, que de acordo com o art. 23 da lei 8069/90 (ECA), embora tenha o genitor o dever de sustento da prole, o não cumprimento dessa obrigação não justifica a suspensão do poder familiar, vez que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda nem para a suspensão do poder familiar.

Art. 23 -A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Importante inovação trazida pela lei 12.962, de 2014 merece ser abordada.

Em que pese o artigo 1637, do Código Civil em seu parágrafo único estabelecer que terá suspenso o exercício do poder familiar o pai ou mãe que forem

condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, tal assertiva se encontra revogada pela lei acima referida, vez que” a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Já os casos de extinção do poder familiar esta disciplinada no art. 1635 do Código Civil 2002.

Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Em que pese o Código Civil não fazer distinção entre extinção e perda do poder familiar a doutrina faz tal diferenciação. Nas palavras de Maria Berenice Dias,

⁹“perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo.”

Neste sentido entende-se que a perda do poder familiar é sanção de maior alcance e, portanto aplicável a condutas consideradas mais graves, sendo medida imperativa, e não facultativa.

Nos termos no art. 1638 do código civil perde-se judicialmente o poder familiar quando comprovada a ocorrência de castigo imoderado; abandono; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e reiteração de falta aos deveres inerentes ao poder familiar.

Desfruta o menor de idade, bem como, toda e qualquer pessoa do direito fundamental à inviolabilidade da pessoa humana que também é oponível aos detentores do poder familiar.

Como bem assevera o art. 227, caput, última parte, da Constituição Federal de 1988 é dever da família colocar a criança e adolescente (ou seja, filhos) a salvo de toda violência, crueldade e opressão.

⁹ DIAS, 2011, p. 435)

Embora haja o mínimo de tolerância para com o castigo moderado, de acordo com Maria Berenice Dias (2011), tal castigo mesmo que moderado não deixa de consistir em ato de violência à integridade física do filho.

De acordo com Dias (2011) se até mesmo a integridade física do preso é assegurada (art. 5º, XLIX), como maior razão deve ser com relação à criança ou o adolescente, ainda que se trate de castigo moderado.

A identificação de atos contrários a moral e aos bons costumes são analisados objetivamente e inclui as condutas consideradas ilícitas para o direito. Entretanto, pode o juiz decidir levando em conta os fatos incompatíveis com o poder familiar e que configurem abuso de autoridade.

A perda da autoridade parental por ato Judicial leva a sua extinção, que é o aniquilamento, o término definitivo, o fim do poder familiar. No entanto, a doutrina inclina-se em admitir a possibilidade de haver a revogação da medida.

A perda do poder familiar não deve implicar a extinção no sentido de afastamento definitivo ou impossibilidade permanente, pois desta forma estaria se ferindo o princípio da proteção integral dos interesses da criança, pois, por óbvio, não é bom o afastamento do menor do seio familiar, sendo esta medida de última aplicação, depois de exauridas todas as possibilidades de manutenção em sua família de origem.

Neste sentido se posiciona Maria Berenice Dias:

¹⁰“Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a sua suspensão”.

A extinção do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Entretanto, destituído o genitor, este não terá direito sucessório com relação ao filho. Já o filho mantém-se no direito de herdeiro.

Urge lembrar, que tanto na perda, quanto na suspensão do poder familiar de um ou ambos os pais, não retira do filho menor o direito de ser por eles alimentados, nem mesmo a colocação do menor em família substituta.

Embora, a lei 8069/90 nada se manifesta neste sentido, entende Maria Paula Gouvêa Galhardo (2003 *apud* DIAS, 2011, p.434) que não está revogado o art. 45, parágrafo único, do Código de Menores (Lei 6.687/79), que diz que a perda ou

¹⁰ DIAS, 2011, p. 434

suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos. Mesmo que não esteja reproduzido no ECA, são normas que não conflitam, guardando consonância com o princípio da proteção integral.

Assim, tem se que o encargo alimentar independe do poder familiar, cessando esta obrigação no caso de o filho vir a ser adotado, pois outra pessoa assume os encargos decorrentes do poder alimentar.

Ainda que a lei decline as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar as fazem de forma genérica, o que vale dizer, que poderá o juiz identificar outras situações capazes de ensejarem o afastamento temporário ou definitivo do exercício do poder familiar.

Desta forma, tendo em vista o princípio constitucional da proteção integral dos interesses da criança, ao destituir ou suspender o poder familiar deve-se levar em consideração o bem estar da criança.

3.4- Do poder dever dos detentores do poder familiar- formas de proteção

Como é sabido, é dever e direito dos pais zelar pelo bem estar dos filhos menores não emancipados, desta forma compete àqueles, como bem estabelece o art. 1634 do CC/02 as seguintes condutas com relação a estes:

_ dirigir-lhes a criação e educação;

Compete aos pais promover meios materiais para a subsistência e instrução dos filhos de acordo com seus recursos e posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes ainda dirigir espiritualmente e moralmente os filhos formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa.

Embora a norma jurídica confira competência aos pais para dirigir criar e educar os filhos, nada estabelece sobre a forma como isso deve ocorrer, vez que,

¹¹“a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, pela convivência familiar e pela conveniência das decisões tomadas”.

¹¹ DINIIZ, 2011, p.593

_ Tê-los em sua companhia e guarda;

Esse direito de guarda é concomitante, um poder – dever dos titulares do poder familiar. Dever porque incumbe aos pais a guarda e criação dos filhos. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter o s filhos no lar, conservando-os junto a ti, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Desta forma, pode o detentor do poder familiar invadir a privacidade do filho, como por exemplo, ouvindo ligações telefônicas, abrindo correspondências, dentre outros, desde que não atente contra a dignidade da pessoa humana, e tal invasão seja voltada integralmente aos direitos e ao bem estar do menor, bem como ao aprimoramento de sua formação moral, religiosa, profissional, intelectual e educacional.

_ Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar; devendo destacar que a ausência do consentimento pode se suprida por determinação judicial.

_ Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, como por exemplo, por meio de escritura pública, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

Tal dispositivo existe para proteger o menor.

¹²“Pois ninguém melhor que seu genitor para escolher a quem confiar a tutela dos filhos menores. Trata-se da tutela testamentária cabível, ante o fato de que a um consorte não é lícito privar o outro do poder familiar, apenas quando o outro cônjuge já tiver falecido ou for incapaz de exercer o poder paternal ou maternal, sob pena de nulidade”.

_ Representá-los, até os 16 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;

¹² (DINIZ, 2011, p.595-596).

A reclamação ocorre por meio da ação de busca e apreensão e o magistrado se convencido do fato, ao receber o pedido de busca e apreensão, ordenará a expedição de mandado liminar, sem audiência do suposto réu.

Para que essa reclamação seja deferida, é imprescindível que a detenção do menor por outras pessoas configure-se como ilegal por privar os pais de manter o filho sob sua guarda e companhia.

Em se tratando de pais separados, nem sempre a ação de busca e apreensão será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda.

Entretanto, não poderá exercer o direito de reclamação sobre o filho o pai ou mãe que se descuida inteiramente dele ou que o mantém em local prejudicial a sua saúde.

_ Exigir que lhes prestem obediência respeito e os serviços próprios de sua idade e condição;

Os menores deverão não só respeitar e obedecer aos pais, mas também prestar-lhes serviços compatíveis com sua situação, participando da manutenção da família, preparando-se para embates da vida.

A lei a fim de proteger o menor, estabelece algumas restrições para o exercício de atividades laborais, como por exemplo, proíbe que o menor trabalhe fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. (DINIZ, 2011)

Deve-se levar em consideração que independentemente da idade em que o menor se encontra, em hipótese alguma poderá ele exercer atividade laboral que apresente risco ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional.

Além dos direitos deveres acima mencionados há outros, sobretudo na esfera patrimonial, como por exemplo, a administração dos bens dos filhos menores não emancipados, o usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder, dentre outros.

Em todas as situações acima mencionadas percebe-se a preocupação em reconhecer uma perspectiva solidária nos núcleos familiares.

4- A responsabilidade civil e a insuficiência da indenização por abandono afetivo

4.1- Da responsabilidade civil no direito de famílias

Com relação ao tema os entendimentos se dividem. Em uma margem encontra-se os adeptos de uma ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares.

De acordo com os defensores desta corrente a indenização seria devida tanto nos casos gerais (aqueles previstos de acordo com os artigos 186 e 187 do Código Civil 2002), como em casos específicos, decorrentes de violação de deveres familiares em concreto.

Em outro giro, há parcela significativa de juristas que admitem a responsabilidade civil na seara familiar, tão somente nos casos em que se caracterizar um ato ilícito, conforme previsão legal genérica.

¹³“Entendem que a responsabilidade civil no seio familiar estaria associada, necessariamente, ao conceito geral de ilicitude, não havendo dever de indenizar sem a caracterização da cláusula geral de ilicitude.”

¹⁴“Seguramente, a obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da prática de um ato ilícito também incide no Direito das Famílias. Por certo, não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiares”.

4.2- Das condutas alienantes

A relação afetiva entre pais e filhos deve ser preservada ainda que a relação entre os pais não esteja mais estabelecida na forma de uma família constituída, ou

¹³ FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 162

¹⁴ FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 162

mesmo jamais tenha se constituído, tendo como principais alicerces os laços de afetividade, de respeito e de considerações mútuas.

Entretanto, muitas vezes quando da ruptura do casamento nasce entre os genitores, ou parte de apenas um deles, uma relação de animosidade, de ódio que acaba por ser transferido à relação entre eles e os filhos menores.

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho.

A conduta do genitor em implantar falsas ideias na cabeça da criança ou adolescente em relação ao outro genitor, com o intuito de fazer com que o filho o odeie e o afaste de seu convívio social, constitui-se a chamada alienação parental.

Tendo em vista a gravidade do tema e os prejuízos que as condutas alienantes podem trazer à pessoa do menor foi criada a lei 12318/2010.

O art 2º da referida lei estabelece quando se caracteriza a alienação parental. Senão vejamos:

“Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este” (Artigo 2º da lei 12318/2010).

¹⁵“O alienador, aproveitando a deficiência de julgamento do menor, bem como da confiança que lhe deposita, acaba transferindo, por meio de “pílulas negativas”, com o passar do tempo, sentimentos destrutivos quanto à figura do vitimado, que irão acarretar no seu repúdio pelo menor, fim último objetivado pelo alienador”.

É importante destacar que a alienação pode se dar de várias formas e não precisa necessariamente, de quem a promove ter consciência do que faz, o alienador pode promover esta campanha contra o alienado sem que tenha a real percepção da sua dimensão e consequências, como por motivos de rejeição, inconformismo, frustração, egoísmo, servindo como forma de punição ao alienado pelo insucesso de uma relação pessoal.

¹⁵ FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011

É, por demais difícil, a identificação de condutas alienantes, pois por muitas vezes estas se confundem com atitudes corretas que precisam ser tomadas pelo genitor, como por exemplo, se o alienado é uma pessoa extremamente agressiva, realiza atitudes imorais, aquele, visando a proteção do filho precisa agir no sentido de afastá-lo da pessoa que apresenta perigo.

Assim, por muitas vezes o juiz tem a necessidade de promover o processo com grande cautela, valendo-se de estudos multidisciplinar, através da participação de psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, provas periciais.

Tendo em vista a dificuldade e a ampla possibilidade de causas para a ocorrência da alienação parental Wandalsen, 2009, pondera:

¹⁶“Existem inúmeras razões para o genitor alienante conscientemente ou não promover a alienação parental. Normalmente, o genitor alienante é tomado por um sentimento egoísta, teve o “orgulho ferido” com a rejeição de que foi objeto ou mesmo apenas tem o sentimento de frustração e inconformismo como fim da união. A separação para o genitor alienante foi mal elaborada e mal resolvida, dando ensejo a uma série de sequelas emocionais. E na busca do apaziguamento dessas sequelas, o genitor alienante busca punir o ex cônjuge privando-o do convívio da prole. Provavelmente o genitor alienante atue movido por um sentimento de vingança e lamentavelmente utilize os filhos como instrumento de seu rancor”.

O art 2º, parágrafo único da lei 12318/2010 trás um rol exemplificativo de condutas alienantes.

Vejamos:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

Neste tipo de conduta alienante o alienador busca de qualquer meio, diminuir, desqualificar a atuação do outro genitor quando este exerce a paternidade ou maternidade, de forma a aparentar ao menor que o genitor não tem condições para exercê-la.

Desta forma, cria no menor a falsa impressão de que tudo o que aquele genitor promove esta errado, ou seria mais bem feito por aquele que promove a

¹⁶ Wandalsen 2009, *apud* FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 52

campanha que denigre a imagem do outro perante o filho, fazendo com que estas incertezas acarretem insegurança ao menor e, por via reflexa, o afastamento cada vez maior daquele genitor que está sendo alienado.

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

Mesmo depois de dissolvido o casamento, ambos os pais, exercem autoridade sobre o filho enquanto estão na companhia do mesmo, determinando condutas, educando, editando normas de comportamento que deverão ser respeitadas pelo menor.

Uma das formas com que a alienação parental pode ser evidenciada esta na contínua desautorização promovida pelo alienador quanto às determinações e condutas promovidas pelo alienado, tirando assim a autoridade parental existente.

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

O desfazimento da família, independentemente de qual seja o seu motivo, não pode interferir na relação estabelecida entre os pais e seus filhos, cabendo a regulamentação da guarda que pode se dar de forma unilateral ou compartilhada, sendo certo que em qualquer das situações é garantido o convívio familiar.

O contato do genitor com seus filhos deve ser contínuo e presente podendo se dar de diversas formas, como por exemplo, telefone, internet, e-mails.

O alienador por muitas vezes com o intuito de proibir o contato entre o filho e o alienado, dificulta a comunicação entre eles, impedindo o recebimento e a realização de ligações para o outro genitor; fiscalizando e não tolerando a troca de e-mails, não aceitando contatos fora das ocasiões em que foram previamente estipuladas.

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

O genitor que não esta com a guarda do menor tem o direito de conviver com este. Tal direito se mostra como forma de dever para com a pessoa do filho, já que este, para seu adequado desenvolvimento social, necessita da presença de ambos os genitores em sua vida.

Assim, qualquer ato que impeça o pleno exercício deste direito-dever pelo genitor que não detém a guarda do menor e que se dê de forma reiterada pode configurar alienação parental, como a conduta do alienador que organiza atividade

para o menor, nos dias de visitas, de forma até mesmo dissuadi-lo de realizar a visita, mostrando ser mais atrativo permanecer com o alienador.

Esses obstáculos podem ser promovidos simplesmente pela recusa injustificada do filho em se encontrar com o seu genitor no dia de visitas, ou ainda, de forma mais ativa pelo alienador, como bem ressalta Kristina Wandalsen:

¹⁷“É frequente ainda o genitor alienante colocar-se em posição de vítima, perpetuando chantagem emocional para sensibilizar a criança e tê-la só para si. A criança é induzida a acreditar que, ao se encontrar com o genitor vitimado, estará traindo quem realmente dela se ocupa. Trata-se de mais uma manobra ardilosa para excluir o genitor vitimado. O alienante não imagina o sofrimento a que a criança é submetida ao ter que escolher entre as duas pessoas que mais ama na vida, ou se disso tem ideia, a crueldade da atitude revela-se ainda maior”.

Vale lembrar que o direito convivencial garantido ao menor não se refere apenas à figura do genitor, mas também a todos os demais parentes, notadamente os avós, que por vezes são alvos da alienação parental, do genro ou da nora.

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

O alienador visando ao afastamento do outro genitor tentará de várias formas fazer com que este não participe da vida do menor, e uma das formas que revela tal situação é a de deixar de comunicá-lo sobre momentos importantes da vida do filho, deixando por exemplo, de informar que está internado, ou mesmo de interá-lo sobre o rendimento escolar, ou, ainda, o que se mostra mais grave, alterar o endereço sem comunicação prévia.

Dessa forma o alienado deixa de tomar parte na vida do menor, não mais participando dos momentos importante, o que acarretará no vitimado (filho) a sensação de abandono, cuja a consequência será na repulsa do alienado.

Realmente, para uma criança ou adolescente, ter a impressão de que um de seus genitores não se importa com ele vai acarretar o seu natural afastamento e repulsa. Contudo, a falsa ideia manipulada na mente deste menor foi de forma articulada pelo genitor alienador que objetivava este afastamento.

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

¹⁷ Wandalsen 2009, *apud* FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 56

A ideia fixa do genitor alienador em romper o vínculo existente entre o menor e o outro genitor, bem como, com os familiares do alienado pode ser promovida pela apresentação de falsas denúncias, de maus-tratos ou de abusos sexuais, cujas graves alegações surtem complexas consequências não só para o menor e o genitor alienado, mas também para toda a família.

Além da repercussão na seara do direito de família, tal ocorrência tem reflexos também no ramo penal, pois repercute na convivência familiar do menor com seu genitor e demais parentes, acarretando a necessidade de apuração do crime denunciado.

O mais difícil inicialmente é verificar que se trata de falsa denúncia, até porque diante da gravidade do apontamento, mostra-se necessário de pronto a proteção do menor quanto ao suposto ato atribuído ao genitor ou dos seus familiares, assim, antes da apuração concreta do ocorrido, pelo dever geral de cautela o juiz determinará a restrição ou mesmo a suspensão do direito de visitas do acusado pra a preservação do interesse do menor.

Constatada a falsa denuncia, tal ato além de acarretar sanção penal, também ensejará a possibilidade de perda da guarda ou sua modificação, além da possibilidade de fixação de indenização por danos morais a favor daquele que foi falsamente denunciado.

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O genitor alienador toma medidas extremas com o intuito de dificultar a convivência com o outro genitor e seus familiares.

Um outro meio de manobra para excluir o outro genitor da vida do filho é a mudança de cidade, estado ou país. Geralmente, essa transferência de domicílio dá-se de modo abrupto, após anos de vida em local ao qual não apenas o genitor alienante encontrava-se acostumado e adaptado, como também a criança que, de inopino, vê-se privada do contato com o progenitor alienado, com os familiares, com os amigos, com a escola à qual já se encontra integrada etc. E tudo em nome de vagas escusas: melhores condições de trabalho ou de vida, novo relacionamento amoroso com pessoa residente em cidade diferente e, via de regra, distante, etc.

Como dito anteriormente, as hipótese acima mencionadas são meramente exemplificativas, podendo o juiz conhecer de outras, tendo sempre em vista que a alienação parental deve ser sempre robustamente comprovada, já que muitos dos atos conceituados como situação de prática de alienação parental podem na verdade ser promovidos com o intuito de proteger o menor.

Neste sentido, tem-se que as condutas alienantes é uma forma de se estabelecer o abandono afetivo, mesmo não tendo o alienado consciência e vontade de abandonar, pois este é afastado do filho por artifícios realizados pelo alienador. Assim, mister reconhecer que neste caso, quem terá a obrigação de indenizar para fins de abandono afetivo será o genitor alienador, pois foi ele quem estabeleceu a distância entre pai/mãe e filho.

4.3- Abandono afetivo

É lamentável o abandono cada vez mais frequente de crianças por seus pais. A falta de afeto entre pais e filhos é fator preocupante nos dias atuais. O cuidado, o amor, a educação, dentre outros direitos inerentes à criança vem sendo violado e por muitas vezes tratado como algo banal, e o que é pior, por quem deveria zelá-los.

Talvez o abandono na fase infantil possa ser o desencadeador de muitos problemas sociais futuros, pois uma geração que cresce desprovida de amparo refletirá conseqüentemente a mesma rejeição em momento posterior.

Por muitas vezes os pais se fazem presentes na vida dos filhos apenas fisicamente, dando tudo o que há de melhor em termos materiais e se esquecem de oferecer-lhes o que é mais importante, o afeto, este compreende a presença tanto física quanto psicológica, de forma a proporcionar o bem estar e a sensação de proteção, certeza do ponto de equilíbrio, atuando de forma indireta na formação do caráter da pessoa em desenvolvimento.

A família de fato é meio pelo qual o indivíduo se baseia, e busca forças e refúgios.

A Constituição da República do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser respeitado por todo, bem como estabelece alguns dos direitos referentes à criança.

Temos também a Lei 8069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que defende os direitos das crianças e adolescentes.

Apesar das leis, os filhos continuam sendo abandonados por seus pais, os quais muitas vezes não prestam assistência material e muito menos afetiva, tendo como consequência a condenação por tal falta.

Um dos primeiros juristas a tratar do assunto foi RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, que analisando o primeiro caso a chegar em uma corte superior brasileira, asseverou:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta. (2010, *apud* GAGLIANO, PLANPONA, 2010, p.740).

Aos adeptos ao entendimento de que só há que se falar em indenização quando houver conduta ilícita, não se admite que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral, pois somente quando uma conduta caracteriza-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes.

Daí surge o dilema: seria o abandono afetivo um dever jurídico de forma que a negativa injustificável caracterizaria um ato ilícito?

Aqueles que entendem que o abandono afetivo caracteriza ato ilícito, sustentam a ideia de uma paternidade/ maternidade responsável, em que a negativa de afeto gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico, e por isso sancionável no campo da responsabilidade civil.

Já aquele que se contrapõem a tese, sustentam que a sua adoção importaria numa indevida monetarização do afeto, com o desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal. (GAGLIANO;PAMPLONA, 2010).

Afeto, carinho, amor, atenção, são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais que o ser. (FARIAS, ROSENVALD,2013, p. 164).

Neste mesmo sentido é o entendimento de Luciano Chaves de Farias:

A falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Não é razoável nem harmônico, com a concepção moderna e constitucional da família querer o Estado-Juiz penalizar alguém pelo fim do afeto, do desamor. O judiciário não deve (e nem pode) querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo. É certo que nenhuma finalidade positiva será alcançada com a condenação em danos morais daquele que rompe relação. Por estar pautada em sentimentos, uma relação pode vir a sofrer as consequências das oscilações sentimentais, típicas da sociedade humana. Qualquer pessoa que inicie um relacionamento deve estar ciente de que os sentimentos podem não ser correspondidos, existindo vários riscos de decepções e frustrações. (FARIAS, 2009, p.22).

Aqueles que entendem não ser passível de indenização o abandono afetivo, não admitem o uso irrestrito e indiscriminado das regras relativas à responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias por importar na patrimonialização de valores existências, afastando o núcleo familiar de sua essência.

Assim, nesta ordem de ideias, na ausência de afeto entre pais e filho e demais parentes ter-se-ia outra solução jurídica, que não aquela de indenização, como por exemplo a destituição do poder familiar e o pagamento de pensão alimentícia.

Em hipótese de negativa de afeto, de acordo com Farias e Rosenvald (2013) os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Famílias deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho, e muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação.

A matéria portanto, ainda enseja discussões, e talvez, a segurança jurídica possa ser alcançada com a positivação desta situação em lei, aduzindo que o afeto é bem jurídico, cuja violação caracteriza ato ilegal.

A caracterização do abandono afetivo como conduta ilícita foi proposta em projeto de lei (PL n. 700/07) pelo senador Marcelo Crivella.

O projeto de lei define a assistência afetiva devida pelos pais aos filhos menores de 18 anos como a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; a solidariedade e o apoio aos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

Além dos deveres de sustento guarda e educação dos filhos menores, a proposta altera o ECA para também atribuir aos pais os deveres de convivência e assistência moral, caracterizando o abandono moral como ilícito civil e penal.

Há também outro projeto de lei (PL 4294/08) acerca do tema, que foi proposto pelo deputado Carlos Bezerra, que propõe alteração no Código Civil, sujeitando pais que abandonarem afetivamente seus filhos a pagamento de indenização por dano moral.

A espera por alguém que nunca telefona, sequer nas datas mais importantes, o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade, não se pode obrigar filhos e pais a se amarem, mas propõe que, ao menos, seja garantido ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado. (BEZERRA, 2008).

Em que pese as divergências acerca do tema merece ser destacado o posicionamento de dois renomados autores:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva de função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010. p. 747).

4.3.1- Efeitos decorrentes - Sequelas geradas nos filhos

A família é a base essencial para a formação da personalidade do indivíduo, sendo nela que se tem as primeiras relações humanas, os primeiros aprendizados de comportamento e contatos de afetividade, formadores do caráter do ser humano. Assim, é dever dos responsáveis pela família zelar por uma ambiente onde reina o amor o respeito, o afeto, a confiança, e o carinho, fatores esses de suma importância no desenvolvimento psicológico saudável dos filhos.

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação.

¹⁸“A convivência dos filhos com os pais não é direito é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida”.

A falta de convívio entre pais e filhos, como por exemplo, em caso de separação, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável do menor.

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debilita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho a omissão do pai gera dano afetivo, e precisa ser corrigido.

Cada criança se desenvolve de acordo com as influências ambientais a que estiver convivendo. As capacidades intelectuais, emocionais e morais surgem dentro do relacionamento de família, e daí é determinada suas relações sociais. As crianças que crescem juntas de seus pais têm maior auto-estima, aprendem melhor e apresentam menores sinais de depressão.

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, como por exemplo, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar. Esse tipo de violação configura dano moral, e quem causa dano moral fica obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.

Deve-se destacar também, que a obrigação não se restringe apenas àquele que efetivamente abandonou, devendo também ser responsabilizado aquele genitor que impediu/dificultou a convivência entre o filho e o outro genitor, ou ainda ocultou do outro a existência do mesmo.

¹⁸ DIAS, 2011, p. 460

¹⁹“Tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com o mesmo. A genitora pode ser penalizada por sua postura, e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo”.

De acordo com DIAS, (2011), o abandono afetivo importa em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e enseja em prejuízo ao estágio de formação do filho, ponderando a autora, que, ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho, não se tratando de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.

Destaca ainda a autora, que um relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono, pois se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.

4.4- Quantum indenizatório

O quantum indenizatório é uma das questões mais polêmicas e controvertidas da responsabilidade civil, revestindo de alguns problemas que podem, contudo serem resumidos no questionamento sobre a função pedagógica, punitiva e satisfativa da indenização.

Quando ocorre um dano moral, a fixação da indenização é mais difícil, haja vista tratar-se de um bem imensurável.

²⁰“De fato, a dor é inestimável e incomensurável em dinheiro, além de ser impossível ser avaliada por outra pessoa que não o lesado. Este problema, todavia, não pode servir de desculpa para o não arbitramento de indenizações, tampouco para o excessivo montante dado”.

¹⁹ DIAS, 2011, p. 461

²⁰ ALVARENGA, p.240

Ao contrário do que ocorre no dano material, o dano moral não pode ser ressarcido *in natura*, vez que é difícil ou praticamente impossível definir a extensão do dano causado, pois não é visível, palpável, e conseqüentemente infungível.

Entretanto, tal situação não pode impedir que seja tal ato lesivo (dor moral) indenizável.

A indenização nos casos de danos morais é de natureza satisfativa, embora a lesão moral não tenha preço, ou seja, visa satisfazer a vítima pelo dano sofrido, tentando compensar uma dor com uma alegria, que seria o percebimento de outro bem, ainda que não moral, mas pecuniário, com o que a vítima poderá aferir outras satisfações, alegrias, contentamentos e até mesmo amenizar algumas conseqüências advindas do dano sofrido.

Não há dúvida de que a moral e os seus valores estejam acima dos bens materiais apreciáveis em dinheiro ou equivalentes. Daí a indenizabilidade prevista no direito não possuir uma contrapartida ou um conteúdo realístico, de natureza e valor correspondentes à natureza do dano sofrido, mas um caráter apenas fictício. A ideia de reparação do dano moral é apenas análoga, o esforço do direito para entender o seu princípio de restaurar ou recompor o patrimônio injustamente lesado aos danos de natureza moral é uma forma indireta de restituição ou compensação. Evita-se assim o iníquo silêncio do direito ante a perda sofrida e a irresponsabilidade do autor do ilícito ou do seu representante em relação à vítima. Trata-se ainda da manifestação da natureza retributiva do direito (dar a cada um o que é seu).

Não se paga a dor sofrida por ela ser insuscetível de aferição econômica, pois a prestação pecuniária teria uma função meramente satisfatória, procurando, tão-somente, suavizar certos males, não por sua natureza, mas pelas vantagens que o dinheiro poderá proporcionar, compensando até certo ponto o dano que foi injustamente causado.

Fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do dano moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter, concomitantemente, satisfatório para a vítima e lesados e punitivo para o lesante, sob perspectiva funcional. No ressarcimento do dano moral, às vezes ante a impossibilidade de reparação natural, na *restitutio in integrum*, procura-se atingir uma situação material correspondente.

O sistema jurídico brasileiro adota o sistema do livre arbitramento, pelo juiz, das indenizações. Isto significa que o arbitramento, será feito por critérios subjetivos

do julgador que, atentando para as condições do caso, para a capacidade econômica das partes, utilizado de critérios de bom-senso, igualdade e justiça definirá o valor da reparação.

Em que pese o livre convencimento do juiz para afixação do quantum indenizatório, há algumas normas que norteiam sua decisão. Vejamos:

Art. 944.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.(BRASIL,2002)

Art. 953.A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. (BRASIL ,2002)

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 2002)

O sistema de arbitramento para a fixação da indenização sofre algumas críticas por parte da doutrina e estão relacionadas ao equilíbrio entre a necessidade de segurança jurídica nas decisões e dos princípios da independência e do livre arbítrio do juiz.

Aqueles adeptos à segurança jurídica defendem que deve haver fixação de critérios para previamente arbitrar o *quantum*, “tabelando” os montantes indenizatórios.

Já os contrários a esta corrente acreditam que obedecendo-se ao livre critério dos magistrados, tem-se que cada caso será analisado individualmente, o que permitirá maior justiça nas decisões, pois que únicas e não “tabeladas”. Embora a livre decisão do juiz possa trazer algumas distorções, uma pré-fixação poderia gerar muitas outras mais, pois seria muito injusto instituir a *pretium doloris* (preço da dor).

De acordo com ALVARENGA, o atual sistema, que confere ampla liberdade para a aferição e quantificação do dano, ainda é o melhor, pois ainda que haja algumas distorções, com indenizações vultuosas ou insignificantes, poderá ser corrigido com a utilização do duplo grau de jurisdição, como é comumente feito.

Deve-se destacar também, a problemática relativa a fixação da indenização tendo como base o salário mínimo.

Muitos alegam que a fixação tendo como parâmetro o salário mínimo é inconstitucional, por força do art 7º, inc IV da CF, que veda a vinculação do salário mínimo para outros fins que não sejam de remuneração dos trabalhadores.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (CONSTITUIÇÃO 1988).

Há doutrinadores, no entanto, que discordam desta inconstitucionalidade alegando para tanto que não há obstáculo para a fixação da indenização por danos morais em salários mínimos fora da relação de trabalho. Isso porque o art 7º da CF/88, é dispositivo que consagra direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores, a ser aplicado para a relação de trabalho, podendo o salário mínimo ser utilizado para outros fins fora dessas relações jurídicas.

Em que pese as divergências acerca do quantum indenizatório, uma coisa é certa, para que não se possa escapar do que é justo, o juiz ao decidir deve sempre aplicar o princípio da vedação ao enriquecimento injusto, bem como buscar a reparação integral do dano, mesmo que de forma satisfativa.

4.5- A insuficiência do valor atribuído

Em que pese a diversidade de valores fixados para fins indenizatórios nos casos de abandono afetivo, tem se que qualquer que seja a quantia esta será irrisória, vez que não há pecúnia no mundo capaz de substituir o afeto.

Amor, carinho, afeto não tem preço, pois só importam e fazem a diferença, quando ofertados gratuitamente.

Mas também não se pode negar a função pedagógica e satisfativa deste instituto, pois se amar não tem preço há de se ter uma forma de diminuir os efeitos desta ausência, bem como de servir como aprendizagem para outros pais a fim de que mudem o rumo da história que ainda é reversível.

4.6- Posição jurisprudencial

No que concerne ao entendimento jurisprudencial, este vem sendo bastante conflitante, considerando que há decisões tanto para a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo quanto pela impossibilidade.

As decisões em sua maioria estão baseadas na presença de danos imateriais com relação aos filhos bem como na possibilidade de enquadramento da conduta no art.186 do Código Civil, dispositivo que consagra o conceito de ato ilícito.

Vejamos algumas decisões:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.

Na mesma linha de pensamento do Superior Tribunal de Justiça se manifestou o Supremo Tribunal Federal, e apreciando a questão negou a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Ponderou a Corte que para o caso "*a legislação pertinente prevê punição específica, ou seja a perda do poder familiar por abandono do dever de guarda e educação dos filhos e não pela via pecuniária de indenização*" (STF, RE 567.164/MG, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 27.5.09)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ALIMENTOS. ABANDONO AFETIVO. ALIMENTOS. Ainda que comprovado o vínculo de pai e filha entre as partes, os alimentos às pessoas maiores de idade e capazes somente são reconhecidos quando comprovada a imperiosa necessidade. DANO MORAL. Os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, não são indenizáveis por impossibilidade de aferição da culpa. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL OITAVA CÂMARA CÍVEL 7005020375. Rel.des. Alzir Felipe Schmitz)

Em que pese no ano de 2005 o Superior Tribunal de Justiça ter se posicionado no sentido de não indenizar o abandono afetivo, no ano de 2012 a 3ª Turma do mesmo Tribunal, entendeu de forma diversa:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
 7. Recurso especial parcialmente provido.
- (REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Em análise as decisões já proferidas, mister, reconhecer que ainda não há unanimidade acerca do caso. Vejamos um breve cronograma, de Vicentini (2013) acerca do assunto:

- **Ano:** 2001- **entendimento:** não - **fundamento:** Caso Pelé X Sandra. Em 1ª instância julgou-se pela improcedência do pedido de indenização por danos morais no qual Sandra alegava não ter tido chance de desfrutar do mesmo apoio emocional, psicológico e financeiro que tiveram os outros filhos legítimos de Pelé – **procedência:** 10ª Vara Cível do Fórum de Santos – São Paulo;
- **Ano:** 2001- **entendimento:** não - **fundamento:** Caso Pelé X Sandra. Entendeu-se que Sandra só passou a ser filha de Pelé a partir do trânsito em julgado da ação de paternidade. Para os desembargadores, antes disso não existia filiação reconhecida e, assim, não tinha como o ex-jogador descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai – **procedência:** TJ/SP 8ª Câmara de Direito Privado;
- **Ano:** 2003 – **entendimento:** sim – **fundamento:** Pai foi condenado a indenizar filho por abandono afetivo em R\$ 48.000,00 – **procedência:** Capão da Canoa-RS Processo nº 1.030.012.032-0;
- **Ano:** 2004 – **entendimento:** sim – **fundamento:** Tribunal reformou decisão de 1º grau, e concedeu a reparação civil por abandono filial-afetivo, fixando indenização de R\$ 44.000,00 – **procedência:** TJ/MG Processo nº 2.0000.00.408550-5/000;
- **Ano:** 2004 – **entendimento:** não – **fundamento:** Tribunal negou a possibilidade de indenização por abandono afetivo, fundamentando que “ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto a outrem, mesmo que seja filho” – **procedência:** TJ/RJ 4ª Câmara Cível Apelação nº 2004.001.13664;
- **Ano:** 2005 – **entendimento:** sim – **fundamento:** Fixou-se indenização de 200 salários mínimos por reparação a abandono afetivo – **procedência:** MG 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais;
- **Ano:** 2005 – **entendimento:** não – **fundamento:** STJ reformou a decisão citada acima da 7ª Câmara Cível de MG, negando a reparação – **procedência:** STJ 4ª Turma - Recurso Especial n.º 757.411-MG;
- **Ano:** 2008 – **entendimento:** sim – **fundamento:** Tribunal concedeu indenização de R\$ 415.000,00 por abandono afetivo à filha desamparada – **procedência:** TJ/SP;
- **Ano:** 2009 – **entendimento:** não – **fundamento:** Corte negou provimento ao Rext, por Relatoria da Min. Ellen Gracie, fundamentando na inviabilidade da indenização

por danos morais, pois já há pena de destituição do poder familiar – **procedência:** STF RE 567164 MG;

- **Ano:** 2012 – **entendimento:** sim – **fundamento:** STJ reformando o acórdão citado do TJ/SP de 2008 que concedeu R\$ 415.00,00 à filha abandonada afetivamente, apenas diminuiu o valor da reparação para R\$ 200.00,00, afirmando o dever de se responsabilizar tal ilícito grave – **procedência:** STJ 3ª Turma RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 – SP.

Na doutrina não é diferente, a tese do abandono afetivo divide os estudiosos do direito acerca do assunto, podendo citar como favorável à indenização Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Lôbo e com contrários, Regina Beatriz Tavares da Silva e Judith Martins Costa.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a família tem como fundamento a igualdade e afetividade, sendo o afeto uma exigência na convivência da família contemporânea. Para tanto, é preciso, sem dúvida, entender que a principal função da família é criar condições para o desenvolvimento saudável da personalidade dos filhos.

A paternidade responsável, muito antes de ser um dever do pai é um direito do filho, muito bem garantido pela Constituição Federal de 1988, que impõe como dever dos pais dirigirem a criação e educação dos filhos menores e tê-los em sua companhia e guarda. Portanto, fica claro que quando um dos genitores deixa de assumir sua real função na vida dos filhos deixando de oferecer-lhes apoio moral estará infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana, ofendendo o direito da personalidade, bem como quebrando dever inerente ao exercício do poder familiar, cometendo desta forma ato ilícito, passível de ser indenizável.

Ficou evidenciado também, que a indenização embora não supra o desafeto pode ser utilizada como meio de punição e como algo capaz de inibir a reiteração de tal comportamento por parte dos pais, podendo ainda ser aproveitada para custear despesas gastas com tratamentos psicológicos advindos do abandono.

Referências

- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. O quantum da indenização por dano moral. **APMP Revista**, v. XI, p. 78-81, 2009.
- BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988;
- CURIA, R. L; NICOLETTI, J. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIAS, B.M. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, H.M; **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FACHINI, Luiz. **Elementos críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil:Famílias**. Bahia: Juspodivm, 2013.
- FARIAS, Luciano Chaves. Direito Civil: Teoria Geral, 8ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FIGUEIREDO, V. F; ALEXANDRIDIS, G. **Alienação parental: aspectos materiais e processuais da lei 12.318, de 26-08-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FUJITA, S. J, **Família monoparental**. São Paulo, Método, 2006.
- GALHARDO, Maria. **Da destituição do pátrio poder e dever alimentar**. Rio de Janeiro: n. 42, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito de constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 37. ed. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem: **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Salvador: 2010.
- Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Salvador 2010.
- RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid, Reus, 1972 .
- VILLELA, B. J. **Desbiologização da paternidade**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade federal de Minas Gerais, separata, 1979. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 30/11/2014

WANDALSEN, Kristina. **Direito e psicologia: um diálogo necessário em direção à justiça nos conflitos familiares.**