

**DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NAS RELAÇÕES
AFETIVAS: ABANDONO AFETIVO**

FROM THE POSSIBILITY OF CIVIL RESPONSIBILITY ON AFFECTIVE RELATIONS:
AFFECTIVE ABANDONMENT

**Torben Fernandes Maia
Harrison Alexandre Targino Júnior**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo levantar a problemática acerca de um tema que vem ganhando bastante espaço nos diversos fóruns jurídicos, bem como doutrinas e recente decisões jurisprudenciais: a possibilidade de se responsabilizar judicialmente um particular, por danos causados em desfavor da afetividade de outrem. A discussão irá girar em torno da **possibilidade do abandono afetivo paterno-materno ensejar danos moral** e psicológico ao patrimônio afetivo, em virtude uma possível omissão daquele que deveria lhe fornecer afetividade, e a possibilidade de repará-lo mediante remuneração. Recentemente, os tribunais vêm se manifestando pelo provimento da indenização, entretanto é preciso que se analise minuciosamente caso a caso para que o instituto não venha a ser banalizado, nem deixar impune os responsáveis pelo dano causado.

Palavra-chave: Indenização; Abandono Afetivo; Dano Moral.

ABSTRACT

This article aims to show the problems involving a theme that is gaining a lot of space in the various legal forums, just as in doctrines and recent jurisprudential decisions: the possibility to make juridical responsible a particular, for damages caused in disfavor of the affectivity from someone else. The discussion will be based around the possibility of paternal-maternal 's affective abandonment generating moral and psychological damages on the affective patrimony, in virtue of a possible omission from the one that should provides affectivity, and the possibility of repairing the damages through remuneration. Recently, the courts have been manifesting through the supplying of indemnification, however it is necessary the precise analyses from case to case so the institute do not become banal, neither let unpunished the responsible from the caused damage.

Keywords: Indemnification; Affective abandonment; Moral Damage.

1 CONSIDERAÇÕES:

Vivemos em uma época cuja procura pelo Judiciário recrudescer a cada dia que passa. Tem se tornado bastante comum a procura judicial para resolução dos mais diversos conflitos, onde os particulares procuram resolver todos os desentendimentos através deste. Conseqüentemente, os tribunais passaram a ser amplamente procurados e, uma vez provocados, têm que se manifestarem acerca dos mais diversos tipos de litígios; dentre eles, os problemas de foro íntimo dos particulares, como a afetividade, relações de família e mais recentemente sobre a ocorrência do que se convencionou chamar de abandono afetivo. Essa incursão no universo particular do indivíduo trata-se de uma árdua tarefa: materializar o imaterial, examinar o caso concreto, quantificando os sentimentos para poder, então, definir a remuneração devida por eventuais danos causados a estes.

Essa recente questão vem ganhando os palcos dos tribunais e da doutrina, os quais se encontram divididos em duas correntes distintas: uma acredita que os danos causados a afetividade não é passível de reparação pecuniária, e a outra diametralmente oposta advoga a tese de que seria possível repará-los mediante indenização.

A presente investigação se dedica ao estudo da possibilidade ou não de indenização decorrente do abandono afetivo.

2 RESGATE FILOSÓFICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO TECIDO SOCIAL

Diante de um tema de tal magnitude, como a responsabilização civil nas relações afetivas, é interessante que se faça um resgate histórico sobre a família, as relações afetivas e a intervenção estatal no meio social, bem como analisar seus pensamentos sob a perspectiva da temática deste artigo.

A primeira referência que entendemos ser importante citar é Aristóteles. No século IV a.C, o filósofo grego retratava o homem como ser social e classificava a dignidade como o propósito da vida do homem (KELLY, 2013, p. 41). Para o aluno de Platão, a vida digna é a busca de virtudes como justiça, bondade e beleza, também ele afirma que o propósito da polis é capacitar o ser humano a viver de acordo com essas virtudes.

Ora, é de fundamental importância lembrar brevemente qual a origem da tão proclamada polis: a junção de várias pequenas associações (das quais a originária é a família) (HIRONAKA, 2003, p. 9). Desta forma interpretamos que se há tamanha valorização da polis na filosofia aristotélica, é natural a valorização de sua origem, a família, e conseqüentemente a valorização dos “pais”, fundamentais na constituição desta. Conforme Giselda Hironaka:

“em Aristóteles, assim como em toda a tradição grega, é um consenso entre os autores a idéia de que são os pais que têm autoridade sobre seus filhos, e que é o marido que tem autoridade sobre sua esposa (ou suas esposas).” (HIRONAKA, 2003, p. 7).

Ainda analisando Aristóteles, percebemos a classificação do homem como ser social e numa analogia com a família moderna destacamos a necessidade dos pais para a constituição da criança (através do direcionamento educacional e do acompanhamento afetivo) como, de fato, um ser social.

Já no século XVII percebemos dois grandes pensadores que analisaram diretamente a perspectiva da família e a responsabilidade dos pais nesse contexto. Segundo o jurista alemão, Samuel Pufendorf:

“A condição paterna envolve moralmente um encargo, do qual os pais não têm como escapar moralmente (ainda que possam dele escapar materialmente).” (HIRONAKA, 2003, p. 23).

Ou seja, para Pufendorf, a paternidade é não somente uma relação de poder, mas de dever quanto aos filhos em função da moralidade da própria relação.

Também neste século e uma linha de pensamento convergente surge Thomas Hobbes. Para ele, a paternidade também não envolve apenas poder sob os filhos, mas também um dever quanto a eles. No entanto, no caso de Hobbes se considera que esse dever existe em função da vontade do filho (HIRONAKA, 2003, p. 23).

No contexto do Iluminismo Francês, chegamos a John Locke e suas divagações sobre o Estado, a função do governo e os direitos individuais do homem. Segundo Locke, o governo que não respeita e protege os direitos naturais dos indivíduos – ou limita desnecessariamente sua liberdade – não seria legítimo (KELLY, 2013, p. 108). Ora, não seria o direito a ter uma família um direito natural inerente à sua dignidade e à sua própria condição de existência como ser social? Assim, o considerando não seria obrigação do governo proteger o direito à

família? Diante de uma análise do pensamento de Locke e uma analogia com o tema deste artigo não é difícil concluir pela necessidade da responsabilização civil pelo abandono afetivo, afinal, este ato consiste em privar o ser humano de um direito natural, o direito de ter uma família e ter através dela todas as condições para o seu desenvolvimento.

No entanto, não param por aí as reflexões de Locke que podem elucidar nossa discussão, pois ele em outro momento falou especificamente sobre a relação entre filhos e pais e a importância destes para o desenvolvimento da prole:

“Os filhos, confesso, não nascem [em] estado pleno de igualdade, embora nasçam para ele. Quando vêm ao mundo, e por algum tempo depois, seus pais têm sobre eles uma espécie de domínio e jurisdição, mas apenas temporários. Os laços dessa sujeição assemelham-se aos cueiros em que são envoltos e que os sustentam durante a fraqueza da infância. Quando crescem, a idade e a razão os vão afrouxando até caírem finalmente de todo, deixando o homem à sua própria e livre disposição.” (LOCKE, cap. VI, § 55).

Após a análise desse tema sob a perspectiva de um dos maiores pensadores do iluminismo francês, trataremos também de um dos maiores nome de um movimento subsequente a esse: o iluminismo americano e os pensamentos de um de seus líderes - ex-presidente americano -, Thomas Jefferson (1743-1826). Consideramos de importância a análise dele em que se afirma que é direito de todos: a vida, a liberdade e a busca da felicidade (KELLY, 2013, p. 140). Ora, será que o Estado estaria possibilitando esses direitos a todos ao permitir que alguns indivíduos crescessem com afeto e plena capacidade de desenvolvimento enquanto outros crescessem sob os sabores do destino sem nenhum cuidado e afeto? Será que nessas duas situações está sendo assegurado direito à busca da felicidade? Percebe-se que diante dessa visão seria obrigação do Estado possibilitar que todos tivessem esses direitos e uma forma de assegurar estes seria garantindo que todos indivíduos tivessem apoio afetivo, especialmente quando tratamos do direito à busca da felicidade.

Chegando à atualidade, encontramos ainda embasamento para uma corrente “pró-responsabilidade civil nas relações afetivas” em Michel Foucault, conquanto expressa, em sua célebre frase: “*As luzes que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas*” (VEIGA, 2007, p. 78). Com ele, percebemos a necessidade de responsabilização do indivíduo pelos seus atos, afinal são frutos de sua liberdade (e esta coexiste, segundo o próprio filósofo francês, com a disciplina).

Por fim, constatamos nessa sintética análise histórica que muitas reflexões e análises de filósofos e juristas do passado constataam a grande responsabilidade dos pais no contexto familiar, a necessidade da família na vida do indivíduo e que, portanto, convergem na discussão para o posicionamento pró-responsabilização civil por abandono afetivo.

3 A PRESENÇA MATERNA E PATERNA NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO E DA DIGNIDADE HUMANA

A convivência familiar é o ambiente típico capaz de fornecer a uma criança, fruto ou não da relação sexual do casal – nos casos de filiação mediante adoção, também deve haver relações afeto -, todos os cuidados básicos necessários para a formação de uma pessoa em sua plenitude, pois é através dos pais que é construído toda a estrutura psicológica dessa, mediante o fornecimento de carinho, atenção, cuidado e a afetividade das relações familiares.

A convivência familiar é de suma importância para uma criança em desenvolvimento, momento o qual ela se encontra em estágio de crescimento físico e construção de todo o seu patrimônio psicológico e moral que irão lhe acompanhar para o resto de sua vida, além de estruturar e compor toda a sua personalidade. A presença dos pais nos momentos de comemorações, como datas festivas escolares e aniversários, compõem o momento de convívio e contribuem em muito para esse desenvolvimento sadio.

Dessa forma, é interessante destacar o raciocínio da Profa. Jacqueline Filgueras sobre o tema:

“para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.”
(NOGUEIRA, 2001, p. 86).

A presença física e moral dos pais vai formar a pessoa humana, pois esses como detentores do poder familiar serão a primeira instituição a formar o indivíduo, lhe fornecendo ensinamentos, valores, princípios e formando cidadãos, de maneira que a omissão dessa convivência é capaz de gerar danos imensuráveis a pessoa.

O afeto possui importância não apenas jurídica, mas também psíquica, onde sua ausência desestrutura o emocional dos filhos, deixando estes vulneráveis a se tornarem pessoas inseguras e infelizes (LOMEU, p.04). Logo, essa ausência quando é injustificada tem a capacidade de agravar ainda mais os possíveis danos a serem causados.

É interessante frisar que vários estudos científicos já foram realizados com o intuito de ratificar e detalhar os eventuais danos sofridos por menores negligenciados afetivamente. Esses estudos foram realizados em bebês, crianças e adolescentes que sofreram o processo de abandono afetivo paterno-materno.

Assim, diversas teorias foram desenvolvidas, e dentre elas uma prevaleceu no meio psiquiátrico: a teoria de Melvin Lewis, professor de psiquiatria infantil que girou em torno da essência que possui as relações de entre os pais e filhos, pessoas próximas, e qual o grau de capacidade dessa relação em evitar eventuais danos emocionais a curto e longo prazo.

Melvin ensinou que os pais são modelos e guias, possuindo um papel de centralidade na estruturação de uma personalidade sadia, capaz de controlar impulsos e comportamentos, cuja ausência ou disfunção severa pode acarretar abalo na personalidade (LEWIS, 1995, p. 247).

Com relação às pesquisas realizadas sobre a importância do afeto, o professor chegou a conclusão que a inibição do crescimento de um indivíduo está diretamente ligada à indisponibilidade ou falhas no fornecimento das necessidades afetivas do primeiro ano de idade do bebê.

Segundo ele, as experiências clínicas realizadas estão repletas de exemplos que podem comprovar esses danos, como exemplos de consequências de privações e separações que foram traumáticas, descritas por atrasos, síndromes ou transtornos e que distúrbios como os de pouca expressividade emocional, dificuldade em reconhecer prazer e alegria, falta de capacidade em lidar com desafios, atinge as crianças que foram rejeitas afetivamente.

O psiquiatra ainda tratou em seus estudos sobre o caso dos pais viciados em álcool e drogas, o qual segundo ele ocorre com frequência, onde esses são incapazes de proporcionar o devido cuidado necessário para o desenvolvimento infantil, uma vez que essa relação é indisponível, ou marcada por abusos, frutos do mau controle de um comportamento agressivo.

4 O DEVER DE AFETIVIDADE POR PARTE DOS GENITORES

A formação do indivíduo é tema de interesse que transcende a esfera individual, onde o desenvolvimento da pessoa humana deve interessar não apenas aos particulares diretamente envolvidos nessa atividade, mas a toda coletividade e o Estado.

Reconhecendo tal importância, o legislador originário e ordinário atribuiu deveres as pessoas responsáveis por tal tarefa, de maneira que é fácil encontra-las em diversos textos do nosso ordenamento jurídico.

A afetividade é direito dos filhos e é também dever dos pais, pois deve preponderar o vínculo de afeto nessas relações. Assim, a nossa Constituição Federal prevê o direito à convivência familiar no art. 227, ao regravar: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade (...) e à convivência familiar...”.

Mais adiante, o mesmo Texto Fundamental complementa e reforça o entendimento através art. 229, ratificando o laço que deverá existir entre pai e filho, propondo obrigações recíprocas entre si: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente –ECA- se apresenta como legislação de extrema relevância social, abraçando totalmente os direitos da criança e do adolescente, onde cabe destacar os Arts. 3º e 19º, os quais também asseguram esse direito, respectivamente;

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais (...) assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”.

“Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” (Grifo nosso).

Também o Art. 22 desse estatuto impõe aos pais os deveres de “*de sustento, guarda e educação dos filhos menores*”, que podem ser assegurados mesmo à distância, nos casos em que há rompimento na relação conjugal entre os genitores. Porém, a convivência familiar não implica em coabitação, mas dever que têm os pais de permanecerem fisicamente e moralmente presentes na vida de seus filhos, onde a distancia não poderá ser utilizada como um argumento para impunidade do dever de convivência.

“Soa paradoxal, mas só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, uma relação verdadeiramente familiar.” (SILVA, p.137).

Com relação aos deveres dos detentores do poder familiar, conceitua o Art. 1.634 do Código Civil que “compete aos pais, quanto á pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; (...)”.

Assim, nos casos de omissão com relação aos deveres desse inciso, é possível prever um dano moral.

5 O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES DE PATERNIDADE E MATERNIDADE

O ser humano é formado não apenas pela dimensão patrimonial, mas também pela dimensão familiar, pela vida social, e principalmente pela sua personalidade, destrinchada nos direitos personalíssimos, como o direito ao nome, ao corpo, à imagem, etc..

Atualmente, entende-se que todas essas dimensões são estruturadas pelo valor jurídico do afeto. Dessa forma, é correto o raciocínio que integra a afetividade como um direito subjetivo de personalidade humana, uma vez que a afetividade é fundamental para reconhecer a dignidade humana e personalizar o indivíduo.

O direito ao afeto nas relações familiares pode ser extraído de diversos textos legais do nosso ordenamento jurídico, como já demonstrado anteriormente.

O fenômeno do abandono afetivo seria então, o descumprimento injustificado do dever de afetividade que deveria ser assegurado por outrem.

Dessa forma,

“Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda, interfere intensamente em seu comportamento, causa-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor, já estão tuteladas a honra e moral, posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro ‘papel de pai’.” (SILVA, 2005, p. 141).

Entretanto, cabe destacar algumas hipóteses de o menor não vir a sofrer os danos psíquicos previamente discutidos pelo abandono afetivo. São os casos em que outra(s) pessoa(s), que não os pais biológicos venham exercer e suprir fielmente os deveres de afetividade que não foi fornecido por quem era de dever. São eles os pais sociais e adotivos, que não os pais naturais, que ao substituírem esses fornecem todo o aparato afetivo e amoroso, evitando a efetivação desses possíveis danos.

Vejamos o que ensina Rodrigo da Cunha Pereira, advogado com vasta experiência na área de Direito da Família, pioneiro na temática aqui analisada e membro do IBDFAM :

“É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção (...), enfim, aquele que exerce uma função de pai.” (PEREIRA, 2003, p. 27).

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência, como bem já disse a doutrinadora Maria Helena Diniz, é o: “conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes das aplicações de normas e casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas” (DINIZ, 1993, p. 137).

Acerca do dano moral advindo do abandono afetivo e o consequente pagamento de indenização por este motivo, percebeu-se nos últimos anos uma evolução na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, além de decisões de diferentes teores nos tribunais de justiça dos mais diversos estados.

Tendo em vista a importância do STJ como órgão de uniformização de entendimentos jurisprudenciais e último colegiado a se manifestar sobre temas do direito civil infraconstitucionais, analisamos os principais julgados já proferidos por esta corte sobre o tema tratado neste artigo.

Em 29 de Novembro de 2005, a distinta Quarta Turma do Superior Tribunal analisou, sob relatoria do excelentíssimo ministro Fernando Gonçalves, o REsp 757.411, sendo esta a primeira oportunidade em que este tema foi analisado neste tribunal. O

entendimento a que chegaram os ministros foi o da não viabilidade da indenização justificada por dano moral devido ao abandono afetivo, pois a indenização por dano moral pressupunha a prática de ato ilícito, o que não era o caso, segundo os ministros. Justificaram também que a consequência do abandono e do descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação era, apenas, a destituição do poder familiar (segundo artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o inciso II do artigo 1638 do Código Civil de 2002) e a indenização apenas diminuiria a possibilidade de aproximação entre genitor e filho. O ministro Barros Monteiro foi voto vencido neste julgado (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 757.411, Mi. Rel. Fernando Gonçalves, 2005).

Posteriormente, no REsp 514350 julgado em 28 de Abril de 2009 o tema voltou a pauta dos ministros do STJ, no entanto, não houve nenhuma mudança jurisprudencial ensejada por este caso cuja relatoria foi de responsabilidade do ministro Aldir Passarinho Júnior. Em decisão unânime firmou-se que a indenização por dano moral pressupunha prática de ato ilícito, algo não observado sob a ótica destes julgadores.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar sobre o Recurso Especial 1159242, alterou entendimento que então se consolidava nesta corte. Sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, em julgamento no dia 24 de Abril de 2012, concluiu-se que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo não sendo de forma explícita entendeu-se que algumas locuções e termos manifestavam tal cuidado, por exemplo o artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

A decisão do colegiado merece análise minuciosa, pois não só em seu acórdão como no voto de sua relatora – Min. Nancy Andrighi – alterou-se totalmente entendimento que se tinha até então, uma vez que foi reconhecido o direito de indenização em caso específico de abandono afetivo. Foram expostos importantes argumentos em prol da intervenção estatal no meio familiar em favor dos direitos dos filhos em terem suporte afetivo para garantir plena dignidade humana, visão com a qual convergimos.

Houve o entendimento entre a maioria dos ministros de que há um núcleo mínimo de cuidados parentais que, independentemente do cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto ao aspecto afetivo, condições para uma adequada inserção social e formação psicológica.

Merece destaque comentário da ministra, a qual refutou com maestria o argumento que sustentava a impossibilidade de o Estado intervir nessa seara íntima do indivíduo sob

pretexto de que o Estado não poderia obrigar o indivíduo a amar seu descendente. A ministra deixou claro que o dever de cuidado não lhe é facultativo, mas sim impositivo ao afirmar: “amar é faculdade, **cuidar é dever**” – grifo nosso- (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.159.242, Mi. Rel. Nancy Andrigui, 2009). Segundo a ministra relatora, há um elo não só afetivo, mas também legal que une pai e filho, sendo passivo o entendimento doutrinário de que entre os deveres relacionados ao poder familiar estão a obrigação de convivência, atenção e educação dos filhos, fatores intrínsecos ao acompanhamento psicológico da criança. A relatora completou seu entendimento afirmando que naquele julgamento não se debatia o ato de amar, mas a obrigação biológica e legal de cuidar, dever jurídico decorrente da procriação ou adoção do filho.

Destacamos ainda que os componentes que formam o dano moral são o dano, a culpa do autor e o nexa causal. Portanto, não é difícil perceber a árdua missão que consiste em encaixar nesses critérios aspectos subjetivos como o sentimento da relação parental, no entanto, a ministra Nancy Andrigui afirmou que mesmo nesses casos ainda há questões objetivas para as quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas. É ressaltado, no entanto, que algumas questões práticas podem impossibilitar a transmissão do cuidado e do afeto para o descendente, caracterizando essas situações fáticas como excludentes de ilicitude civil, por exemplo, a distância geográfica e a alienação parental.

A decisão tomada nesse julgamento torna-se ainda mais enfática quando afirma que a perda do poder familiar (até pouco tempo chamado de poder pátrio ou patriarcal) não afasta a possibilidade de indenização moral, pois a prioridade é o resguardo dos interesses do filho. Resguardo este entregue não devido à compensação pelos maus praticados por aqueles que deviam ser seus responsáveis, mas pela possibilidade de oferta de um outro meio para satisfazer a necessidade de educação do filho carente neste aspecto.

Outros ministros também apresentaram importantes votos no julgamento do REsp 1159242/SP, o excelentíssimo senhor Ministro Paulo de Tarso Sanseverino afirmou nesta oportunidade:

“É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai se omitiu do seu dever de cuidado para com sua filha, tendo resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, negado voluntariamente amparo material, deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico e alienado fraudulentamente”

(BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1159242/SP, Relatora Min. Nancy Andrichi, 2009).

Já o Ministro Sidnei Beneti elencou uma série de atos concretos que caracterizariam o abandono afetivo:

“[...] exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor [...]” (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1159242/SP, Relatora Min. Nancy Andrichi, 2009).

Nesse julgamento em análise o ministro Massami Uyeda foi voto vencido afirmando impossibilidade de quantificação de negligência do pai no exercício do poder familiar, inviabilizando, assim, uma recompensa pecuniária.

Importante perceber que mesmo antes de os senhores ministros modificarem a jurisprudência do STJ no julgamento deste caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se pronunciara – neste mesmo caso – pela admissibilidade de responsabilização civil e indenização pecuniária por abandono afetivo. Na sentença os senhores desembargares paulistas afirmaram que o pai era bastado e próspero e entenderam a existência de abandono afetivo neste caso, pois o pai ainda teria consciência da sua omissão e das consequências deste ato. Neste julgamento de segundo grau sentenciaram o réu ao pagamento de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) de indenização, no entanto, no julgamento do REsp 1159242/SP os ministros do STJ, mesmo reconhecendo a possibilidade de indenização por abandono afetivo, consideraram esse valor muito alto e deram provimento parcial ao recurso do réu, diminuindo o valor a ser pago para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Foi este mesmo caso que deu ensejo aos embargos de divergência relatados pelo ministro Marco Buzzi mais recentemente no dia 09 de Abril de 2014. O entendimento contraditório entre a Terceira e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de indenização por dano moral advinda de abandono afetivo levou à Segunda Seção do STJ a reponsabilidade de estabelecer jurisprudência unificada sobre o tema. Apesar do voto do então relator no sentido da admissão da responsabilidade de reparação civil em caso de abandono afetivo, a Segunda Seção admitiu preliminar de não conhecimento dos

embargos de divergência pelo fato de a decisão tomada pela Terceira Turma ter ocorrido em caso excepcional, não servindo, portanto, de referencial para os embargos de divergência.

Diante desse cenário nos deparamos com a sensação de incerteza e decepção, pois o Superior Tribunal de Justiça não fez jus ao seu papel de último intérprete das leis federais infraconstitucionais e deixou um vácuo jurisprudencial ao não uniformizar o entendimento jurídico nacional sobre o tema da indenização em decorrência de dano moral advindo do abandono afetivo.

Frente à essa incerteza jurisprudencial destacamos o projeto de lei nº 707/07 do Senador Marcelo Crivella do Rio de Janeiro que estabelece justamente a assistência afetiva pelos pais aos filhos (BRASIL, Projeto de Lei nº 700 do Senado, de 2007)⁷. Sendo aprovado este projeto de lei, a legislação passaria a se manifestar de forma mais clara sobre o tema evitando alguma lacuna formal que estabelecesse qualquer tipo de insegurança jurídica e exigisse um comportamento ativista do judiciário.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico buscou analisar a possibilidade de imposição de indenização por dano moral devido ao abandono afetivo, tendo em vista a avassaladora consequência desta omissão cometida pelos que possuem o dever de presta-lo. Afinal é na fase da infância – momento em que na maioria das vezes ocorre esse abandono - que o indivíduo começa a construir sua identidade, necessitando, portanto, de muita atenção e suporte tanto material quanto imaterial.

Dessa forma, diante de tudo que foi tratado e discutido nesse trabalho, não foge à razoabilidade concluir que uma vez configurado o abandono afetivo, deve-se buscar a tutela judicial a fim de indenizar os indivíduos que tiveram o seu patrimônio afetivo danificado.

Entendemos que a razão está ao lado dos defensores da tese de indenização para este tipo de dano, uma vez que ficou demasiadamente comprovada a potencialidade destrutiva da omissão afetiva na vida de uma pessoa. O que defendemos não é a imposição estatal de amor nas relações familiares através de uma sentença, mas sim que os responsáveis pelo dever de cuidado e carinho, deveres os quais decorrem de legislação em vigor previamente demonstradas, que quando não o façam, compensem sua omissão, em virtude dessa consequência para o terceiro.

Apesar da indubitável necessidade de apoio psicológico e carinho por parte dos pais, a jurisprudência vinha há muito tempo afirmando a impossibilidade de sanções pecuniárias àqueles responsáveis que não forneciam esse suporte afetivo básico, pois nos entendimentos vigentes até então não seria possível quantificar materialmente a falta que fez o não apoio sentimental dos responsáveis daquele indivíduo, no mais se entendia que a lei não poderia obrigar ninguém a amar outra pessoa. Contudo, recentemente a doutrina e a jurisprudência mudou sua visão por entender que independentemente de amar aquele por quem é responsável, o indivíduo é obrigado a dar um mínimo suporte de atenção para que o outro preserve plenamente a dignidade humana a qual tem direito por se tratar de um princípio fundamental de aplicação vertical e horizontal.

Por isso tudo, nos reafirmamos a posição de que o abandono familiar é capaz de gerar consequências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, entendimento que é seguido atualmente por diversos sociólogos, psicólogos e da terceira turma do STJ que no julgamento do REsp 1159242 afirmou que a simples perda do poder pátrio não afasta a possibilidade de indenização.

Segundo o sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, a “modernidade líquida” promove cada vez mais a eliminação da divisão entre a esfera do público e do privado (BAUMAN, 2009, p.49). Portanto, seria um atraso cercear o direito da prole de ter afeto em prol da privacidade da família, uma vez que a dignidade humana (princípio fim que é protegido ao garantir o apoio psicológico e moral ao filho) é um princípio fundamental sacramentado na maior legislação brasileira, a nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carla C. Muniz Ludmila C. **ABANDONO AFETIVO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA: uma análise acerca da possibilidade.** Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4759&idAreaSel=5&seeArt=yes>> acessado dia 13/07/2014 às 16:09.

BAUMAN, Zygmunt. **VIDA LÍQUIDA/** (texto e edição) tradução Carlos Alberto Medeiros. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 5^oed. Atualizada, São Paulo: Saraiva, 1993.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL.** Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 - p. 69-102, abril / 2002. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/9/4>>. Acesso em: 31 jul. 2014, às 14h40min.

KELLY, Paul. **O LIVRO DA POLÍTICA/** (texto e edição) tradução Rafael Longo. – 1 ed. – São Paulo: Globo, 2013.

LEWIS, Melvin. *Tratado de Psiquiatria da Infância e Adolescência. Tradução Irineo C. S. Ortiz.* Artes Médicas. Porto Alegre. 1995.

LOCKE, John. **SEGUNDO TRATADO DO GOVERNO CIVIL/** (texto e edição) tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa – Editora Vozes.

LOMEU, Leandro Soares. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação.** 2009. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=569> >. Acesso em 30 de jul. 2014, às 16h33min.

NETO, Alfredo Veiga. **FOUCAULT & EDUCAÇÃO**, 2ª ed. 1 reimp. – Belo Horizonte : Autêntica, 2007.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico.* Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA.** Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2003.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** *Revista Brasileira de Direito de Família.* Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005.

SKAF, Samira. **RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO PATERNO – FILIAL.** Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf > e acessado no dia 26/07/14>. Acesso em 30 de jul. 2014, às 18h02min.

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. **O DIREITO AO AFETO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE.** Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/30732/19845>> e acessado no dia 13/07/2014 às 17:00.