

ABANDONO AFETIVO: A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E AS POSSIBILIDADES PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Hemilly Gabriellen Santana Santos¹

Layla Millena Carvalho Barros²

Tanise Zago Thomasi³

Direito



**cadernos de
graduação**

ciências humanas e sociais

ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

A reparação por danos morais decorrente do abandono imaterial ainda é matéria controversa na doutrina e na jurisprudência, pois aqueles que são contrários a essa tese, acreditam que não há ato ilícito no desafeto. Todavia, há por parte desses pensadores um equívoco, por confundir o dever de amar, com o dever de cuidar, sendo esse último um dever jurídico, que caso seja descumprido poderá acarretar graves consequências, a exemplo da perda do poder familiar. Em decorrência das mais relevantes controvérsias, o presente estudo objetiva-se em analisar se a indenização por abandono afetivo trata apenas de uma mera monetarização do afeto, bem como compreender se existe a possibilidade de cumular a perda do poder familiar com a indenização oriunda do abandono afetivo. Outrossim, para o desenvolvimento deste trabalho foi empregada a pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrinas nas esferas do direito civil e de família, além do estudo de artigos científicos e julgados dos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE

Abandono Imaterial. Ato Ilícito. Indenização. Perda do Poder Familiar. Princípios.

ABSTRACT

The compensation for moral damages resulting from immaterial abandonment is still controversial matter in doctrine and jurisprudence, because those who are contrary to this thesis, believe that there is no unlawful act in disaffection. However, there is a misconception on the part of these thinkers, for confusing the duty to love, with the duty to care, which the last one means a legal duty, which if it is not fulfilled may have serious consequences, such as the loss of family power. Due to the most relevant controversies, the present study aimed at analyzing whether compensation for affective abandonment is only a mere monetarization of affection, such as to understand if there is the possibility of cumulating the loss of family power with the indemnity arising from the affective abandonment. Moreover, for the development of this work, bibliographic research was used, using doctrines in the spheres of civil and family law, in addition, the study of scientific articles and judged by the Courts.

KEYWORDS

Illegal Act. Immaterial Abandonment. Indemnification. Loss Of Family Power. Principles.

1 INTRODUÇÃO

A ausência dos pais em relação à prole em desenvolvimento, bem como, a omissão dos filhos adultos em amparar os genitores idosos implica em um ato ilícito, em razão de haver o dever legal de cuidado, amparo, assistência moral e psíquica, disposto em normas como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Código Civil e a Constituição Federal, assim, constituindo-se no dever de indenizar em virtude da vulnerabilidade desses grupos, que como consequência do dano apresentam os prejuízos psicológicos e sociais causados pelo abandono imaterial.

Dessa forma, o presente trabalho mostra a importância da família como sendo o pilar da construção da personalidade do menor, realizando um breve contexto histórico a respeito do conceito de família e sua evolução acompanhada pelo direito por meio dos acontecimentos histórico-sociais que resultou no conhecimento das doutrinas pelo pluralismo familiar, independente de sexo, cor e religião, levando-se apenas em consideração a questão do afeto para a harmonia familiar. Tal compreensão ocorreu por meio dos princípios inerentes ao direito de família previstos na Constituição Federal de 1988 os quais são imprescindíveis na observância do dever de indenizar ou não dos responsáveis pelo abandono.

Uma vez que a ausência da convivência configura violação aos princípios do direito das famílias, o desenvolvimento psicofísico dos menores é comprometido, acarretando em consequências danosas para toda a sua vida, como mudanças comportamentais e doenças psicológicas, além de outros fatores que serão abordadas

posteriormente. Também em relação aos idosos, a solidão se mostra o principal inimigo desses indivíduos nesse estágio da vida, tendo o condão de ocasionar doenças não apenas mentais, mas também físicas.

Com isso, a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo trata-se de um tema bastante controverso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, sendo assim, fez-se mister analisar as argumentações utilizadas em alguns julgados, recentes ou mais reconhecidos, sobre a temática, bem como obras de autores renomados na área para compreender se há a possibilidade de cumulação entre o poder familiar e a indenização, objetivando-se também reconhecer se essa reparação pecuniária seria um modo de monetarização do afeto, sendo essa a principal argumentação daqueles que são contrários à possibilidade de indenização, por considerarem que não há obrigação de amar.

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA FRENTE AO CONCEITO DE FAMÍLIA

Para melhor compreender a importância das relações familiares, torna-se imprescindível abordar, primeiramente, como a evolução da sociedade contribuiu para o novo conceito de família que se transformou ao decorrer do tempo. O termo família, vem do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico”, esse termo foi criado na Roma Antiga para designar os grupos que eram submetidos à escravidão agrícola, posteriormente, essa expressão acabou, abrangendo também, a mulher e os filhos que eram chefiados pelo homem da estrutura familiar. Nesse contexto, a base da família era fortemente patriarcal sob a autoridade incontestável do ‘pater familia’.

Somente com a Constituição de 1988 homens e mulheres foram equiparadas em direitos e deveres, cabendo a esposa o exercício da chefia da sociedade conjugal em igualdade de condições com o marido. Com isto, a família patriarcal que a legislação civil brasileira tomou como modelo desde a Colônia até boa parte do século XX, entrou em crise culminando na sua derrota, no plano jurídico, pela entrada dos valores introduzidos na atual Constituição (LOBO, 2011, p. 17).

Contudo, antes da Constituição Federal de 1988, no século IV, com a concepção cristã, a família apenas era reconhecida com a consagração do matrimônio, formada pela união entre homens e mulheres no qual jamais poderia ser destituído em virtude da Lei do Divórcio que atribuía o “sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 35).

Nesse contexto, a noção de família foi se transformando à medida que foram feitas mudanças nos contextos sociais. Com a entrada da mulher no mercado de trabalho, devido a conquista da emancipação atrelada à promulgação do divórcio, somado ao processo de urbanização, houve uma mudança de visão da sociedade e da própria lei perante o conceito de família, como explica Rolf Madaleno (2017, p. 32):

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de

produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Dessa forma, novos grupos familiares surgiram independente de sexo, religião, classe social e sangue. Assim, a afetividade foi se tornando cada vez mais forte e se transformou na base da unidade familiar da união estável entre homem e mulher, das relações socioafetivas, das famílias monoparentais, além das famílias homoafetivas. Esses novos grupos, reconhecidos igualmente pela doutrina e jurisprudência, em especial perante os tribunais superiores merecem proteção constitucional para se equiparar à uma entidade familiar, possuindo direitos e obrigações (MADALENO, 2017, p.36).

Dessa forma, a família monoparental merece uma atenção especial visto que segundo os dados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2015, o Brasil ganhou mais de 1 milhão de famílias compostas por mãe solo, em um período de dez anos. Como consequência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2011, mostrou que cerca de 5,5 milhões de crianças no Brasil sequer possuem o registro do pai no documento (EXAME, 2013), fazendo com que muitas dessas mães tripliquem a jornada de trabalho para compensar o rombo no orçamento familiar.

Apesar disso, o melhor interesse do menor passou a ser regra e não exceção em relação à guarda dos filhos tidos dentro ou fora do casamento, prevalecendo a decisão que atenda melhor aos interesses da prole. O Código Civil de 2002, no artigo 1566, inciso IV, ao abordar os efeitos do casamento, prevê que é competência dos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda (BRASIL, 2002); sendo que o artigo 1632 deixa claro que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não modificam as relações entre pais e filhos.

Nisto, refletindo sobre a importância da participação dos pais separados na vida do filho, o legislador criou a Ação de Regulamentação de Visitas, no intuito de fortalecer o poder familiar, contribuindo para o desenvolvimento físico e psicológico da criança e do adolescente, tendo em vista que a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever (DIAS, 2016, p. 97).

Outrossim, com o Código de 2002, os termos antes empregados sofreram consideráveis modificações como por exemplo: o termo 'homem' pelo emprego da palavra 'pessoa', no intuito de equiparar as condições entre homens e mulheres; possibilidade do marido adotar o sobrenome da mulher; a substituição da palavra 'pátrio poder' por 'poder familiar', denotando igualdade de poderes entre os responsáveis na unidade familiar; entre outros, havendo uma mudança no foco da autoridade absoluta do pai pela igualdade entre os gêneros em busca do bem-estar familiar. Rolf Madaleno (2017, p. 965) conceitua o poder familiar como:

O poder familiar é uma prerrogativa dos pais e um dever que eles também têm, de manter seus filhos menores sob sua guarda, sustento e educação, cabendo-lhes ainda, no

interesse dos filhos, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Logo, a família é a principal instituição pelo qual o indivíduo possui o primeiro contato com a sociedade e, também, responsável por construir a sua personalidade. É a convivência com os pais que possibilita os impulsos e os afetos sejam transformados em relacionamentos saudáveis, segundo as leis da diferença entre gerações e as respectivas formas de convivência (GROENINGA, 2003, p. 186). Portanto, a família possui um papel fundamental para prestar assistência emocional, moral e intelectual, bem como, ter o poder/dever legal de ser cuidado igualmente pelos pais, conforme o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (SENADO..., 2017). Por isso, a importância do poder familiar que dispõe de mecanismos inerentes à proteção dos filhos menores.

3 RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Com a nova interpretação da Constituição Federal de 1988, os princípios se tornaram a principal base do ordenamento jurídico, sendo indispensável a qualquer operante do Direito na aplicação e criação das leis, como forma de alcançar a dignidade humana nas relações jurídicas, independente de sexo, raça e religião. Temos, dessa maneira, o princípio da dignidade humana como sendo o corolário dos princípios da paternidade responsável e da afetividade.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inc. III trata sobre o dever do Estado de evitar quaisquer práticas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, presentes no artigo 6º em relação à saúde, moradia, educação, segurança, alimentação, entre outros, para assegurar o mínimo necessário para a existência do ser humano (BRASIL, 1988). É no direito da família que os efeitos dos princípios da Constituição são mais afetados, atingindo os valores fundamentais que não podem se distanciar da atual concepção de família, com seu desdobramento em múltiplas facetas (DIAS, 2016, p. 45).

Além do princípio da dignidade, o Estado passou a ter o dever de promover a igualdade nas relações, em seu artigo 5º, inciso I, que diz: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Já o Código Civil de 2002, dispôs em seu capítulo do Direito de Família, no art. 1.511, "o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges", sendo essa igualdade estendida aos filhos, acabando, também, com a discriminação decorrente da relação matrimonial ou de qualquer outra.

Intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade humana está o princípio da solidariedade, na qual, cada membro da família deve ser respeitado, existindo uma relação recíproca e solidária. A solidariedade abrange a moral, o social e o emocional. Em se tratando de crianças e adolescentes, atribui-se primeiramente à família, depois a sociedade e por último o Estado o dever de garantir com prioridade os direitos fundamentais aos cidadãos em formação. Assim como a obrigação de amparar as pessoas idosas dispõe do mesmo princípio (DIAS, 2016, p. 49).

Por sua vez, o princípio da afetividade consagrado pelo reconhecimento da união estável, bem como o da paternidade socioafetiva como entidade familiar, atribuiu um forte valor ao afeto como fonte norteadora para um ambiente sadio e harmonioso, ainda que a prática do afeto não esteja prevista em lei. É por meio do afeto que os laços familiares e as relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor dão sentido e dignidade à existência humana (MADALENO, 2017, p. 98). Dessa forma, a privação da convivência comprometeria no desenvolvimento emocional e afetivo, causando danos psicológicos, como veremos nos próximos capítulos.

Assim, o princípio do melhor interesse do menor passou a ser regra para a solução de conflitos concernentes à guarda dos filhos tidos dentro ou fora do casamento. Assim, todas as decisões relacionadas ao interesse da prole passam a ser prioridade, garantindo-lhes integridade moral, física e psíquica, protegendo-os de possíveis danos a sua dignidade ou qualquer outro direito fundamental (CONSTITUIÇÃO..., 1988).

Por fim, o princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos está relacionado ao cuidado, proteção e direitos em razão da vulnerabilidade desses grupos. Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que é o dever da família e da sociedade em geral, propiciar meios que efetive a obtenção dos direitos fundamentais intrínsecos à dignidade humana, visando assegurar a convivência familiar⁴.

De igual maneira, o Estatuto do Idoso apresenta uma série de direitos que devem ser observados por todos, principalmente em relação à obrigação de cuidado dos filhos com os pais, pois assim como a criança e o adolescente, precisam de amparo legal como também de necessidades afetivas diante dos constantes abandonos em asilos⁵.

Portanto, a falta do convívio com os pais idosos configura desrespeito à situação de vulnerabilidade da velhice, contrário ao princípio da solidariedade familiar, da afetividade e dignidade da pessoa humana. Geralmente, por este tipo de abandono ocorrer em razão da negligência e indiferença para com os genitores, deixando de cumprir uma obrigação imaterial, os filhos acabam cometendo um ato ilícito, podendo acarretar indenização por danos morais, os quais abordaremos ao decorrer do texto.

4 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E SOCIAIS ABANDONO IMATERIAL

Na família, vislumbra-se a entidade essencial para a primeira fase da aprendizagem, pois é por meio dela que os hábitos e costumes culturais serão repassados, ten-

4 Lei 8069/90 de 13.07.1990, artigo 4º: "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

5 Lei 10741/03 de 01.10.2003, artigo 3º: "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária".

do assim essa instituição social uma relevante função para o aprendizado da língua, entre outras coisas, além de se concretizar direitos fundamentais para o crescimento e desenvolvimento da criança em diferentes esferas (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2001). Portanto, é por meio do seio familiar que nos filhos será desenvolvida a socialização primária, essa que está relacionada à formação da identidade da criança por meio dos processos de identificação:

A criança identifica-se com os outros significativos por uma multiplicidade de modos emocionais. Quaisquer que sejam, a interiorização só se realiza quando há identificação. A criança absorve os papéis e as atitudes dos outros significativos, isto é, interioriza-os, tornando-os seus. Por meio dessa identificação com os outros significativos a criança torna-se capaz de se identificar a si mesma, de adquirir uma identidade subjetivamente coerente e plausível. Em outras palavras, a personalidade é uma entidade reflexa, que retrata as atitudes tomadas pela primeira vez pelos outros significativos com relação ao indivíduo, que se torna o que é pela ação dos outros para ele significativos. (BERGER; LUCKMANN, 2004. p. 176-177).

Outrossim, salienta-se que a educação não é papel exclusivo dos pais, tendo em vista que a escola, outra instituição social, também possui essa função, no entanto, como visto anteriormente, a família possui papel importantíssimo nesse quesito. Sendo assim, Giselda Hironaka (2006) reforça que o dever de educação dos filhos é um dos papéis dos pais, devendo garantir à criança todas as possibilidades para que essa possa se formar enquanto pessoa humana. Também aponta como sendo primordial à criança, receber uma educação adequada, além da noção de autoridade, tendo a família a missão de imposição de limites àquela. Assim, têm os pais o dever de promover o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, morais e intelectuais de seus filhos (MADALENO, 2017).

Ademais, a Declaração dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, expõe mediante o seu sexto princípio que é necessário amor e compreensão para que a criança tenha o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, sendo responsabilidade dos pais criar os filhos em um ambiente de afeto e de segurança moral e material (DECLARAÇÃO..., 1959). Dessa forma, a violação dos princípios do direito das famílias, a exemplo da afetividade e do convívio, poderá gerar para a criança e para o adolescente graves danos psicológicos, além de comprometer o desenvolvimento saudável desses, tornando-os pessoas infelizes, em consequência da omissão do genitor (DIAS, 2016).

Destarte, tendo em vista que o dano causado pelo abandono afetivo é principalmente um dano à personalidade do indivíduo (HIRONAKA, 2006), diversas pesquisas foram realizadas, objetivando a compreensão da extensão dos danos psicológicos e sociais causados àqueles que não possuíam o convívio paterno.

Resultados apontaram que entre as crianças que possuíam a ausência paterna em suas vidas, aos quatro anos de idade essas apresentaram maior índice de problemas de comportamento, aos seis anos, apresentaram maior pontuação de depressão e maior índice de externalização de comportamentos agressivos, também foi constatado problemas na idade escolar e adolescência, como evasão escolar, baixo rendimento acadêmico, aumento das chances de se envolver com drogas, ansiedade, entre outros problemas comportamentais (CIA; WILLIAMS; AIELLO, 2005).

Nos Estados Unidos, o Departamento de Serviços Humanos e Sociais realizou uma pesquisa que constatou que meninas que sofriam com o abandono paterno tinham 2,5 vezes mais condições de engravidarem durante a adolescência, também 53% de chances de cometerem suicídio; já os meninos que sofriam do mesmo problema, tinham chances de 63% de fugirem de casa e 37% de utilizarem drogas; meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento (MARTORELLI, 2004).

Todavia, ressalta-se também a existência do abandono afetivo inverso, que ocorre quando o filho deixa de amparar os pais durante a velhice, assim, omitindo-se de cumprir uma obrigação imaterial, cometendo um ato ilícito, que gera o pagamento de indenização por danos morais (VIEGAS; BARROS, 2016). De acordo com o Estatuto do Idoso, é obrigação da família assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação de direitos como dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003). Ademais, o artigo 229 da Constituição Federal de 1988 expõe o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

Conforme Bauman (2004) uma inédita fluidez, fragilidade e transitoriedade em construção marcam todas as espécies de vínculos sociais, dessa forma, faz-se necessário informar também sobre as consequências geradas àqueles que possuem mais idade em razão do abandono imaterial. No ano de 2018, o Ministério da Saúde financiou o Estudo Longitudinal da Saúde dos Idosos Brasileiros (ELSI-Brasil), com participação de 7.651 pessoas, tendo como resultado os dados de que 14% dos idosos sentem solidão sempre e que 29% não têm filhos ou os encontram menos de uma vez no ano (MARÇAL, 2016).

Ademais, uma pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia – São Paulo (SBGG-SP) reportou os dados de um estudo realizado junto a duas mil pessoas com mais de cinquenta e cinco anos em dez capitais brasileiras sobre a percepção da população em relação ao envelhecimento, como resultado da pesquisa estão os dados que indicam que o maior medo dos idosos é o da solidão, sendo essa a resposta de 29% dos entrevistados, enquanto isso, o medo de desenvolver doenças crônicas foi a resposta de apenas 18% dos entrevistados (VIDALE, 2017).

Desse modo, a solidão é um sentimento penoso e angustiante, que em consequência da violação da afetividade faz com que indivíduo continue se sentindo solitário, ainda que estando rodeado por diversas pessoas (AZEREDO; AFONSO, 2016), dessa forma, observa-se que esse sentimento tem o condão de gerar diversos resultados, pois conforme Pains (2018) a saúde física e mental das pessoas é corroída por meio da solidão e conforme pesquisas da Universidade de Chicago, nos EUA, o isolamento contribui para o aumento do risco de morte em 14% entre aqueles com 60 anos ou mais.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Em relação à temática abordada, é indubitável a existência de diversas controvérsias para o Direito das Famílias, sendo elas doutrinárias e jurisprudenciais, o entendimento favorável à indenização por abandono afetivo se sustenta no princípio da dignidade humana, esse que é considerado o princípio dos princípios, enquanto o contrário se escoa no argumento de que essa reparação é, na verdade, uma monetarização do afeto, também que é impossível impor sentimentos como amor e afeto (TARTUCE, 2017).

Dessa maneira, visualizando-se os variados debates sobre essa questão, torna-se relevante o estudo da responsabilidade civil relacionada à violação dos princípios do Direito das Famílias, tendo como consequência o abandono imaterial do filho, em desrespeito aos deveres dos pais perante os filhos, que estão estabelecidos em artigos da Constituição Federal (CF/88), essa que é a lei maior da nação, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil.

Por meio do artigo 227 da CF/88 é possível concluir que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, a exemplo da alimentação, educação e saúde, são deveres da família, principalmente, ademais, conforme o artigo 229 desse mesmo documento, os pais têm o dever de assistir e criar os filhos menores. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 4º garante o direito de convívio, sendo esse um dever dos pais, vejamos: “É dever da família [...] assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...], à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 1990).

Sobre o direito e dever de convivência, Rolf Madaleno (2017, p.689) sabiamente expõe:

Prevalece, e sempre, o respeito à dignidade humana do filho em estágio de formação, podendo ser passíveis de punição e de reparação material os deveres parentais deliberadamente omitidos e cuja desatenção importa em uma afetação moral ao menor. E essa afetação moral ao menor tem como decorrência a responsabilidade civil do progenitor sem a guarda do filho e a obrigação de indenização pelo dano moral sofrido pelo menor e pelas eventuais perdas e danos causados pelo outro ascendente ao genitor sem a custódia.

Como dito anteriormente, a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo ainda é um tema controverso, não apenas na doutrina, mas também na esfera jurisprudencial. Dessa forma, importante decisão foi tomada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no dia 8 de agosto de 2019, em que foi reconhecido que a falta da relação entre pais e filhos acarreta a violação de direitos da personalidade humana, assim, mostrando-se cabível a indenização por danos morais (BRASIL, 2019).

Além dessa, um outro julgado relevante ocorreu em 2012, por meio do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012), afirmando que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, não com a utilização do termo,

mas com expressões que manifestam suas diversas desinências, então a comprovação do descumprimento do dever legal de cuidar da prole acarreta em um ilícito civil.

6 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

No ordenamento jurídico a responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 59).

Outrossim, “decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito (GONÇALVES, 2017, p. 26). Por fim, conforme Flávio Tartuce a responsabilidade civil extracontratual, também conhecida por responsabilidade civil aquiliana, surge quando um indivíduo deixa de observar um preceito normativo que regula a vida (TARTUCE, 2015).

Portanto, para que se torne possível a reparação proveniente da responsabilidade civil, é necessária a presença dos elementos que estão contidos no artigo 186 do Código Civil, sendo eles: a ação ou omissão voluntária, ou seja, a conduta humana, o nexo de causalidade, o dano e a culpa (BRASIL, 2002).

Assim sendo, conforme Tartuce (2015) “a conduta humana pode ser causada por uma ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”. Em relação ao dano, esse é elemento essencial para a responsabilidade civil, pois sem ele, não haveria o que falar em indenização, de forma em que poderá haver responsabilidade sem culpa, mas nunca sem o dano (CAVALIERI FILHO, 2012).

conforme Hironaka (2006), tratando-se do elemento culpa, torna-se impossível falar da culpa do não-guardião quando houver fatores relevantes que o impeçam de manter o convívio com a prole, a exemplo do pai que possua domicílio em uma distância considerável do filho, fato esse que irá encarecer o deslocamento daquele, o impossibilitando de cumprir com seus deveres de educação e convívio, entre outros citados anteriormente:

Em sentido amplo, culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa. Na responsabilidade civil, diz-se que a conduta é dolosa ou voluntária, quando o agente pratica o fato determinadamente, visando a causar dano a alguém. A conduta dolosa é chamada por alguns culpa delitual. Na responsabilidade subjetiva, a culpa *lato sensu* é um dos elementos essenciais à formação do ato ilícito. (NADER, 2016, p. 138).

O nexo de causalidade constitui o elemento imaterial da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano suportado

por alguém. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. (TARTUCE, 2015). Além dessa concepção, para outro notável doutrinador, o nexos causal representa “uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar” (GONÇALVES, 2017, p. 413). Desse modo:

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno. (HIRONAKA, 2006, p.9)

7 PERDA DO PODER FAMILIAR CUMULADA À INDENIZAÇÃO

As divergências da doutrina e da jurisprudência frente a possibilidade de cumulação do poder familiar oriunda do abandono afetivo são grandes, por alguns considerarem que a destituição familiar já se encarrega da função punitiva. Em 24 de abril de 2012 a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP (BRASIL, 2012) que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, concordou com o julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo e reconheceu a indenização por abandono afetivo ou moral à filha que sofreu abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

O caso foi reconhecido pela decisão da ação de investigação da paternidade, onde estabeleceu um valor de dois salários-mínimos a título de pensão alimentícia até a maioridade. Ocorre que a filha ingressou com ação indenizatória contra seu pai em razão dos danos ocasionados pelo abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Em primeira instância, o pedido realizado pela filha não foi acolhido, com o fundamento de uma suposta alienação parental. Por outro lado, na segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a procedência do abandono moral e material. No Recurso Especial, o pai alegou que mesmo se houvesse abandonado a filha, a pena aplicável deveria ser a de perda do poder familiar, não a de indenização. Porém, para a Ministra Nancy (BRASIL, 2012), a perda do poder familiar não afasta a possibilidade de indenização, pois tem como principal objetivo resguardar a integridade do menor, dessa forma, a perda do poder familiar não compensa os danos causados pelos pais.

Todavia, a aplicação da perda do poder familiar ao genitor que abandonou a filha por vontade própria sequer pode ser considerado uma punição visto que o pai já não possui interesse ou vínculo com a filha e de nada ameniza o sofrimento do abandono. Dessa forma, a Ministra Nancy deixa clara a diferença entre amor e cuidado, em que amar é faculdade e cuidar é dever, sendo assim, a relação paterno-filial não é apenas afetiva, trata-se de dever legal (BRASIL, 2012). Nesse sentido, os pais assumem a obrigação jurídica básicas de sobrevivência em relação aos filhos, pois não se discute o amar e, sim, o cuidado e a assistência psíquica e moral, que são deveres jurídicos.

8 REPARAÇÃO PECUNIÁRIA

Um dos principais pontos discutidos por aqueles que são contrários à tese da indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo é a de que essa reparação pecuniária seria uma forma de monetarização do afeto, tendo em vista que não é possível impor a obrigação a outrem de ter sentimentos por alguém.

Nesse sentido, deu-se decisão no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Apelação Cível nº 0026284-88.2013.8.24.0020, de que não incumbe ao Poder Judiciário a tutela do amor ou do desafeto, pois os sentimentos não estão sob o controle dos seres humanos, sendo assim, não há a existência de ato ilícito pelo desamor, ou seja, não haveria obrigação de indenização frente ao abandono afetivo, ademais, afirma que a criação de laços afetivos mediante coação pecuniária há de incentivar a insinceridade do amor, contribuindo para o nascimento de relações familiares apoiadas sob pilares do fingimento. (BRASIL, 2019).

Todavia, considerando o que foi discutido nos outros capítulos, nota-se que há equívoco nessa decisão, pois a indenização por abandono afetivo não surge para reparar a falta de amor, pois amar realmente não é um dever e a falta desse não gera o dano, mas a assistência moral e psíquica, também o cuidado são deveres jurídicos, tanto dos pais perante seus filhos menores, quanto dos adultos perante seus pais já idosos e vulneráveis e o descumprimento dessas obrigações geram graves e diversas consequências, essas já citadas anteriormente. Dito isso, ressalta-se que monetarizar não é impor preço às relações familiares, é na verdade um modo de ensinar que as relações afetivas e familiares geram direitos e deveres para as pessoas nelas envolvidas (AMARAL, 2008).

Conforme Azeredo (2016) a reparação pecuniária pelo dano moral decorrente do abandono afetivo não tem como objetivo trazer benefícios pecuniários à vítima, na realidade, ela está mais voltada ao autor do ato ilícito, no sentido em que irá punir o culpado pelo dano que foi ocasionado, além de possuir um caráter educativo e preventivo, pois terá o condão de impedir que o descumprimento das obrigações de cuidado e assistência psíquica e moral ocorram e continuem causando prejuízo exorbitantes, seja para os filhos, seja para os mais idosos, que também necessitam de amparo.

Acerca dessa questão envolvendo a monetarização do afeto, Azeredo (2018, p. 83) afirma que:

Contudo, hodiernamente, esse entendimento vem sendo superado, passando a ser compreendido que a indenização por dano moral é uma pequena compensação pelo sofrimento de forma injusta, sofrido por alguém. Nesses casos de abandono afetivo não se fala em restituição do status quo ante, o que ocorre é apenas uma compensação monetária pelo grande sofrimento vivido, tendo em vista haver outros prejuízos (como vexames, perda de prestígio e reputação, estéticos, dentre outros insuscetíveis de avaliação pecuniária).

Por fim, Tartuce (2017) expressa que a Constituição Federal ao reconhecer expressamente a reparação dos danos morais no artigo 5º, incisos V e X, conseguiu trazer uma resposta final para tal embate, na direção em que a reparação por dano moral decorrente do abandono afetivo não se trata de uma monetarização dos sentimentos, ademais, ressalta que se esse argumento for levado ao extremo e exemplifica que a reparação por danos extrapatrimoniais não seria cabível em casos como de morte de pessoa da família, pelo mesmo motivo que está sendo argumentado pela parte contrária.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca do que foi abordado pela presente pesquisa, salienta-se que as relações familiares têm inegável relevância para o desenvolvimento pleno da prole, além da garantia da preservação da integridade moral, física e psíquica daqueles mais vulneráveis. Diante disso, há a presença de um dever legal, amparado por diversas normas, a exemplo do Texto Maior. Ressalta-se que não se trata de um dever de amar, mas sim de conviver, cuidar e garantir direitos básicos.

Desse modo, analisou-se que para que seja possível a responsabilidade civil, é necessário que haja a conduta humana, a culpa, o nexos de causalidade e o dano, sem esse último não há o que se falar em indenização. Assim, buscou-se analisar os danos que o abandono imaterial tem o condão de gerar para os indivíduos em situação e vulnerabilidade, concluindo-se por meio de pesquisas que por consequência dessa ausência familiar, até mesmo doenças mentais são geradas e, considerando ser bastante comum o isolamento do indivíduo em idade mais avançada, a solidão veio a ser o principal medo dessas pessoas, muito maior que doenças crônicas.

Ademais, por meio da análise de julgados, demonstrou-se notável a controvérsia frente à indenização por danos morais decorrentes por abandono afetivo, em que para determinada parcela é algo que deve ser realizado, conforme o seguimento das normas, tendo em vista que a violação dos princípios do direito das famílias gera um ato ilícito e assim, deverá ser realizada a reparação, por outro lado, uma outra parcela acredita que impor a obrigação de amar e conceder indenização nesses casos configura em uma monetarização do afeto, no entanto, obteve-se o resultado de que havendo violação desses princípios, haverá o dever de indenizar, tendo em vista que não o amor, mas o cuidado e a assistência moral e psíquica são

deveres legais, sendo a indenização um modo de educar o autor do ato ilícito, bem como prevenir o cometimento do dano.

Outrossim, a violação de tais princípios também traz outra consequência: a perda do poder familiar, que como visto anteriormente é o dever dos pais, de manter seus filhos menores sob sua guarda, sustento e educação, dessa forma, buscou-se compreender se era possível a cumulação entre essa perda e a indenização por danos morais, obtendo-se o resultado positivo, vislumbrando uma importante decisão no Recurso Especial nº 1.159.242-SP.

Dessa maneira, salienta-se que o amor não é um dever legal, muito menos deve ser imposto pelo judiciário ou a sua ausência ser passível de indenização, no entanto o amor não deve ser confundido com a convivência, a assistência e o cuidado, que são sim deveres legais e necessitam do cumprimento por parte da família para que nenhum prejuízo seja ocasionado aos mais vulneráveis: crianças, adolescentes e idosos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Silvia Maria Mendonça do. **Monetizar as relações não é impor preço ao afeto**. Consultor Jurídico, 28 de maio de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-28/monetizar_relacoes_ao_impor_preco_afeto. Acesso em: 2 nov. 2019.

AZEREDO, Zaida de Aguiar Sá; AFONSO, Maria Alcina Neto. Solidão na perspectiva do idoso. **Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.**, Rio de Janeiro, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento**. 24 ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2004. p.176-177

BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. 13ª edição reformulada e ampliada, 1999. 3ª tiragem, 2001. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10406/2002**. Código Civil Brasileiro. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 1074/2003. **Estatuto do idoso**. Brasília-DF, outubro de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.159.242/SP**, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0026284-88.2013.8.24.0020**. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Santa Catarina, 7 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.14.323999-4/001**. Relator: Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira. Minas Gerais, 8 de agosto de 2019.

CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. **Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso**. 2017. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CIA, Fabiana; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; AIELLO, Ana Lúcia Rossito. Influências paternas no desenvolvimento infantil: revisão da literatura. **Psicologia Escolar e Educacional**, São Carlos, Universidade Federal de São Carlos, v. 9, n. 2, p. 225-233, 2005.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos da Criança. Assembleia das Nações Unidas, 20 de novembro de 1959.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

EXAME ABRIL. **Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>. Acesso em: 22 out. 2019.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 6: Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador-BA: Editora JusPODIVM, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 4: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre os pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. 242f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo

da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARÇAL, Priscila. Maus tratos contra idosos no Brasil têm números impressionantes. **Hora 1**, Goiás, 15 de jun. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/06/maus-tratos-contr-idosos-no-brasil-tem-numeros-impressionantes.html>. Acesso em: 27 out. 2019.

MARTORELLI, Gisele. Guarda compartilhada: uma necessidade imperiosa. **Migalhas**, 25 de junho de 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5344,31047-Guarda+compartilhada+uma+necessidade+imperiosa>. Acesso em: 18 out. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 138.

PAINS, Clarissa. Órfãos na velhice: isolamento aumenta em 14% risco de morte. **O GLOBO**, 4 de mar. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/orfaos-na-velhice-isolamento-aumenta-em-14-risco-de-morte-22452977>. Acesso em: 26 out. 2019.

SENADO FEDERAL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534718/eca_1ed.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil, volume único**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil, volume 5: Direito de Família**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. Família e Sucessões. **Migalhas**, 26 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acesso em: 2 nov. 2019.

VIDALE, Giulia. Medo da solidão é o que mais aflige os idosos, revela pesquisa. **VEJA**, 26 de out. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/medo-da-solidao-e-o-que-mais-aflige-os-idosos-revela-pesquisa/> Acesso: 27 out. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 11, n. 3, 2016.

Data do recebimento: 10 de junho de 2020

Data da avaliação: 16 de junho de 2020

Data de aceite: 16 de junho de 2020

1 Acadêmica do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: hemilly_oi@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: millenalayla@gmail.com

3 Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professora Titular na graduação e pós-graduação stricto sensu da Universidade Tiradentes – UNIT e Universidade Federal de Sergipe – UFS. E-mail: tanisethomasi@gmail.com

