

RESPONSABILIDADE CIVIL POR FALTA DE AFETO À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Fabiane da Silva Prestes¹
Michele Noal Beltrão²

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade de dano moral decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Inicia-se com uma visão histórica, social e legislativa sobre família, a incorporação do afeto nas relações familiares e as influências adquiridas no decorrer dos tempos, até a transformação em família igualitária, garantida pelo ordenamento jurídico vigente. Analisa-se a mudança do entendimento de família como unidade econômica para uma compreensão social. Este novo paradigma eudemonista demonstra um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e completem, sendo evidenciados os princípios do direito das famílias, em busca da proteção, valorização e o desenvolvimento de seus membros. Por fim, realiza-se um estudo sobre a possibilidade ou não de indenização pecuniária decorrente do abandono perpetrado contra o filho, analisando as correntes positivas e negativas desta ordem de reparação pela falta de afetividade.

Riassunto: Questo studio si propone di esaminare la possibilità di danni morali emotivo paterno-filiale. Si comincia con una legislazione storica, sociale e familiare, concernente l'iscrizione di affetto nelle relazioni familiari e le influenze acquisite nel corso del tempo, fino a quando il cambiamento di famiglia egualitaria, garantito dalla normativa vigente. Analizza l'evoluzione comprensione della famiglia come unità economica per una comprensione sociale. Questo nuovo paradigma eudemonistico dimostra uno spazio privilegiato per gli esseri umani per integrare e completare, che sono indicati i principi del diritto di famiglia, in cerca di protezione, la valorizzazione e lo sviluppo dei suoi membri. Infine, abbiamo condotto uno studio sulla necessità o meno di danni patrimoniali derivanti dall'abbandono perpetrato contro il bambino, analizzando le correnti positivi e negativi di questo ordine di riparazione per la mancanza di affetto.

Palavras-chave: abandono afetivo; dano moral; família

Introdução

A amplitude do presente estudo recai sobre a (im)possibilidade de dano moral decorrente de abandono afetivo, abordando argumentos favoráveis e contrários a possibilidade de um pai ser responsabilizado civilmente e por isso, condenado a indenização pelo abandono afetivo perpetrado contra o seu filho.

A criança necessita de alguém que a conduza, que alimente e proteja, lhe dê carinho e atenção. O princípio da paternidade responsável assegura que a autoridade exercida sobre a criança deve ser sempre no sentido de promover sua personalidade, a fim de conduzi-la ao

¹ Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santiago, mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Pesquisadora na Linha Meio Ambiente, Direitos Humanos e Novos Direitos. Bolsista da Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de nível superior – CAPES. fabianeprestes@gmail.com

² Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz - UNISC, professora do curso de Direito e Diretora Acadêmica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santiago. mnbeltrao@urisantiago.br

alcance da maioridade com dignidade e qualidade de vida. A função paterna abrange o amparo afetivo, o sustento, a guarda e a educação, deste modo, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos.

1 A evolução do afeto na relação paterno-filial

Para que se compreenda a atual proteção destinada aos filhos, o local que ocupam na sociedade e no ordenamento jurídico, fundamental é retomar o papel ocupado pela infância, em cada época, ao longo da história da humanidade. Da mesma forma que, faz-se necessário aludir sobre a incorporação e as transformações do afeto no decorrer dos tempos, visto que laços afetivos e de amor não são simplesmente regras nas relações familiares, já que abrangem um emaranhado de situações, fatores e acontecimentos onde nem sempre essas regras são respeitadas.

Parte-se então do desejo de ter um filho, sentimento existente desde a origem da humanidade, entretanto, complexo e muitas vezes não respeitado. O afeto foi por muito tempo considerado instinto, independentemente do tempo ou do meio que cercava essa família e por muito tempo os filhos pequenos foram insignificantes, sendo considerados, como todas as crianças da época, inexistentes para a história que só trazia a sociedade dos adultos.

Segundo DEMAUSE³:

A história da infância é um pesadelo, do qual recentemente começamos a despertar. Quanto mais atrás regressamos na história, mais reduzido o nível de cuidado com as crianças, maior a probabilidade de que houvessem sido assassinadas, abandonadas, espancadas, aterrorizadas e abusadas sexualmente.

Vê-se dessa forma, que quanto mais se retroage na história, mais se percebe a falta de cuidado e de proteção destinada à criança, que muitas vezes era criada sem contato algum com seus pais, ou eram por eles cruelmente tratadas.

Nesse sentido, MARIA REGINA FAY DE AZAMBUJA⁴ reitera:

A humanidade tem dispensado à criança tratamento legislativo que se coaduna com a compreensão do significado da infância presente em cada momento histórico. Já que em seus primórdios, os homens praticavam várias formas de violência à criança,

³DEMAUSE, Lloyd *apud* GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de Pais Contra Filhos: a tragédia revisitada*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 53.

⁴ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência Sexual Intrafamiliar: É possível Proteger a Criança*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE, v.8, n. 36, jun/jul 2006.

“desde os egípcios e mesopotâmios, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais e europeus, não se considerava a infância como merecedora de proteção”.

No Egito, era de costume enfaixar os filhos recém-nascidos, o que impedia a movimentação dos membros, propiciando uma atitude tranqüila dos bebês, fazendo com que o coração batesse mais fraco, o choro fosse menos freqüente, a criança dormisse mais e dessa forma, não desse tanto trabalho a quem a cuidasse⁵.

Entretanto, em alguns estudos das sociedades primitivas, demonstra-se a preocupação com os filhos e que o pai em algumas situações pode ter sido mais amoroso do que a mãe, já que há registros de casos em que as mães eram indiferentes e até cruéis com seus filhos.

Segundo RAMOS⁶:

Pode-se compreender esta função do pai, através do significado da palavra "couvade" no dicionário *Littre*: "couvade, ação de couver" (ação de chocar). "Do bizarro costume em virtude do qual, quando uma mulher dá à luz, o marido vai para a cama, toma a criança e recebe os cumprimentos dos vizinhos". (THIS, 1987, p.143).

Percebe-se, dessa forma, que ao contrário da maioria dos casos, na época *couvade*, o bebê não era abandonado no berço, ou entregue aos cuidados de uma ama. Era recebido pelos braços do pai, que cuidava afeto e dedicação.

No entanto sabe-se que as primeiras instituições destinadas a acolher e assistir as crianças foram as Rodas dos Expostos, que tiveram origem na Idade Média e surgiram com a aparição das confrarias de caridade no século XII. Pode-se dizer que a Roda dos Expostos foi uma das instituições brasileiras que mais durou, sendo criada na Colônia, multiplicou-se no Império e se manteve durante a República, somente sendo extinta em meados dos anos 50. Essa instituição desempenhou um importante papel, sendo que por um século e meio foi praticamente a única instituição de assistência e proteção à criança em todo o Brasil.⁷

No século XV, surgem os primeiros retratos de crianças, demonstrando que a família começou, a partir de então, a se organizar em torno dela. Como retrata ARIÈS:

[...] a partir do século XV, quando os *putti* surgiram na iconografia, os artistas multiplicaram as representações de criancinhas brincando. Reconhecemos nessas pinturas o cavalo de pau, o catavento, o pássaro preso por um cordão... e, às vezes, embora mais raramente, bonecas.

⁵GONÇALVES, Hebe Signorini. *Infância e violência doméstica: Um tema da Modernidade*. Rio de Janeiro: 2002, Relume Dumará, p. 136.

⁶RAMOS, Sônia Waltrick, *A Construção do vínculo afetivo na tríade parental*. Acervo dos direitos da criança e do adolescente, p. 06.

⁷MARCILIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726 – 1950. História social da infância no Brasil*. Marcos Cezar de Freitas (org) 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 55.

Observa-se que crianças eram representadas em pinturas e fotografia brincando o que demonstra o início de uma nova visão desta fase da vida, já que até então a criança era tida como um homúnculo - adulto em miniatura, onde se vestia como tal e não lhe era dada a atenção como ser em formação, com capacidades e potencial para a aprendizagem e desenvolvimento.

No século XVI, um novo sentimento da infância é incorporado, considerando que a criança, por sua ingenuidade e graça, era uma fonte de distração e de relaxamento para o adulto. PHILIPPE ARIÈS⁸ considera que nessa época surge:

[...] um sentimento superficial pela criança, a que chama de “paparicação” – reservado à criancinha em seus primeiros anos de vida, enquanto ela ainda era uma coisinha engraçadinha. As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico.

Assim percebe-se, um novo sentimento na relação paterno-filial e nas relações que envolviam a criança, entretanto esse sentimento não podia ser considerado amor, apenas surgia a aparência de uma preocupação com a criança, tida mais como um brinquedo, ou uma forma de divertimento.

No século XVII na Europa, a mortalidade infantil era natural. Os índices de morte de crianças com idade inferior a um ano eram elevados e o abandono dos filhos chegou a ser uma prática muito comum.

No século XVIII, a educação da criança das classes burguesas, aristocráticas e das classes populares seguiam quase o mesmo ritual, primeiro os filhos eram colocadas na casa de uma ama, esse ato de abandono, ocorria alguns instantes, após o nascimento da criança. Percebe-se, assim, que os filhos de todas as classes sociais, conheciam da mesma forma essa solidão prolongada, sofrendo, na maioria das vezes, a falta de cuidados básicos, abandono moral e afetivo. Depois, o retornavam para casa com quatro ou cinco anos de idade, e, por fim, eram encaminhados para o convento ou internato, entre oito e dez anos.

No fim do século XVIII, o afeto aparece com um conceito novo, ocorrendo uma espécie de revolução das relações; a maternidade para a maioria das mulheres passa a ser um papel de destaque, gratificante, e a presença física e o cuidado destinado à criança está presente, porque estão agora incorporados de um ideal. A mãe é considerada a rainha do lar e é freqüentemente comparada a uma santa.

⁸ARIÈS, Philippe *História Social da Criança e da Família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 50.

Na Europa, a partir de 1850, o filho passa a ser visto como sendo objeto de amor de seus pais, e a sua morte é motivo de luto para a família, que se transforma na base da sociedade, focalizada no casal, com função procriadora, passando os filhos a ocupar um importante papel no seio familiar.⁹

Na concepção de SANTOS¹⁰,

Cada época e cultura têm uma visão diferente de infância, mas a que mais predominou foi a da criança como ser inocente, inacabado, incompleto, um ser em miniatura, dando à criança uma visão negativa. Entretanto, já no século XVIII, Rousseau¹¹ se preocupava em dar uma conotação diferente para a infância, mas suas idéias vieram a se firmar no início do século XX, quando psicólogos e pedagogos começaram a considerar a criança como uma criatura especial com especialidades, características e necessidades próprias.¹²

Verifica-se que cada época percebeu a criança de uma forma diferente, assim o sentimento de infância atravessou fases distintas, desde uma indiferença total em que a criança era vista como ser inacabado, passando-se por uma fase de proteção totalmente irregular, até se chegar à fase da proteção integral, onde a criança passa a ser vista a partir de sua condição especial de desenvolvimento, torna-se um verdadeiro sujeito de direitos e passa a ter garantias asseguradas em lei.

Nesse alinhamento o afeto na relação paterno-filial também evoluiu, passando de uma fase de total indiferença e salvo raras exceções, nenhum contato com o filho, para uma fase em que a criança era vista mais como um brinquedo, até se chegar à fase de em que o filho é recebido com amor e merece ser tratado com carinho e dedicação, e o abandono é considerado um crime.

2 Repersonalização das relações familiares

A família sofreu grandes mudanças no decorrer dos tempos, principalmente com o advento do Estado Social, que representou um verdadeiro avanço nas relações familiares, vez que, proporcionou a proteção do hipossuficiente, promovendo a justiça social e a solidariedade, reduzindo o autoritarismo e equalizando os membros da família.

⁹AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁰ SANTOS, Marli Pires dos. *O Lúdico na formação do educador*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

¹¹ No livro *Emilio ou da educação*, Rousseau destaca que o adulto, sabendo quais são os pensamentos, sentimentos e interesses das crianças, não irá impor os seus. Embora as fases do desenvolvimento humano já tivessem sido reconhecidas por outros pensadores, foi Rousseau quem mostrou a importância das mesmas, classificando-as: Até os 05 anos, fase animal, ocorre o primeiro sentimento de si mesmo; Aos 12 anos o indivíduo torna-se consciente de si mesmo, é o momento da vida em que o racional desperta. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio ou da educação*. Tradução Sérgio Millet. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as relações familiares foram profundamente alteradas, pode-se dizer que a Constituição incorporou um paradigma humanista no Direito de Família, elevando a pessoa humana para o centro da tutela jurisdicional.

É nesse sentido que GUSTAVO TEPEDINO¹³ considera,

A família embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor extrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida que – e somente na medida em que – se constitua um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

Assim sendo, percebe-se que a família atual busca sua base na dignidade da pessoa humana, por meio da afetividade, já que, não há mais a função meramente econômica e nem exclusivamente procracional, modificando-se desse modo o papel da família, que passa a ser considerada instrumento de realização do ser humano.

Dessa forma, CANEZIN¹⁴ dispõe:

A concepção de afeto desdobra-se, dessa forma, na solidariedade, companheirismo e respeito. Essa visão sociológica das relações familiares é de importância cabal, pois reflete o momento de transformação que atravessa o instituto familiar, importante e imprescindível à preservação da própria unidade e sobrevivência sociais.

Vê-se, pois, a nova concepção de família formada por laços afetivos, com dimensão biológica, psicológica e espiritual, devendo por isso, ser compreendida à luz da interdisciplinaridade e com base nos princípios norteadores do Direito de Família.

No que se refere a essa nova concepção de família, TEIXEIRA e SÁ¹⁵ consideram:

A família, por seu turno, é o lugar privilegiado para o desenvolvimento psicofísico do menor, diante de sua atual faceta, despojada que foi de sua função econômica. Consubstancia-se hoje, no lócus de realização do ser humano, em núcleo de companheirismo e afetividade, lugar do amor, do sonho e do afeto. Diante dessa mudança funcional da família, o menor assumiu papel relevante, uma vez que passou a ser seu protagonista, exatamente por estar em condição de desenvolvimento e de construção de sua personalidade. Esta fase de edificação do caráter e dos valores que regerão sua vida demanda que seu bem-estar seja alcançado a todo custo, mobilizando, por isso, família, sociedade e Estado para que se cumpra este objetivo.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 350.

¹⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho. *De Reparação do Dano Existência ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial* Revista Brasileira de Direito de Família – RBDF – IBDFAM – N° 36, Jun-Jul, 2006, p. 75.

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. SÁ, Maria de Fátima Freire. *Fundamentos Princiopológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso*. Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM, RBDF – n° 26. Out-Nov, 2004, p. 25.

Como se observa, a família, a sociedade e o Estado são responsáveis pela concretude dos direitos das crianças e adolescentes, os quais conduzem a um desenvolvimento integral. Dessa forma, é perceptível que a criança necessita de alguém que a conduza, alimente e proteja, lhe dê carinho e atenção. De modo que, é de fundamental importância para o desenvolvimento da criança a convivência familiar.

Nesta seara, TEIXEIRA e SÁ¹⁶ afirmam que

[...] é na alteridade, na reciprocidade e no relacionamento com o outro que a personalidade se constrói, como um processo dialético e dialógico com o outro. Por isso, a necessidade da convivência familiar e comunitária, para construir e edificar a afetividade, além de possibilitar a inserção social. Eis a justificativa constitucional para considerar-se a convivência com “o outro” como direito fundamental.

Assim sendo, é perceptível a importância da convivência com o outro para a formação da personalidade, sendo de imenso valor a convivência com o pai, eis que se trata de um direito fundamental da criança garantido pelo ordenamento jurídico e reafirmado pelos princípios do melhor interesse da criança, paternidade responsável e proteção integral.

2.1 O paradigma eudemonista

O novo modelo de família pluralizada e multifacetária permite a sua formação de acordo com os laços de afeto entre seus membros assumindo um papel de grande importância na formação do indivíduo como cidadão, não apenas na sua convivência social e na sua condição de existência no mundo, mas também na satisfação de seus anseios e na busca pela felicidade.

A expressão *eudemonista*, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral.¹⁷

Segundo MARIA BERENICE DIAS¹⁸,

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido de proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.*

¹⁶ *Ibidem*, pp. 23-24.

¹⁷ Aurelio Buarque de Holanda Ferreira, Novo dicionário de língua portuguesa, p. 592.

¹⁸ *Op.cit.*, p. 53.

Assim, nota-se que a doutrina eudemonista representa um novo paradigma nas relações familiares tem como objetivo a realização pessoal daqueles que integram a família, na busca da plenitude, em um ambiente de respeito, afeto e felicidade.

3 A (im)possibilidade de dano moral decorrente de abandono afetivo

O afeto passa a ser uma exigência na convivência familiar contemporânea, vivam ou não os membros da família, no mesmo lar. Entretanto, a sociedade depara-se, constantemente com situações complexas, com o rompimento da relação paterno-filial.

Dessa forma, explicitar-se-á sobre a possibilidade ou não de dano moral decorrente de abandono afetivo, verificando se essa omissão de afeto pode gerar ou não indenização, já que, amor e dinheiro são grandezas diferentes, e nas relações de família, o elemento essencial é o afeto.

3.1 O Projeto de Lei 700/2007

Com o objetivo de regulamentar a responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo, o senador Marcelo Crivella criou o Projeto de Lei 700/2007¹⁹, embasado nas Leis 8.069/90, 10.406/2002 e na Declaração dos Direitos da Criança. O projeto pretende alterar alguns artigos Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

O Senador²⁰ justifica a proposta ponderando:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes - além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer - o direito à dignidade e ao respeito.

¹⁹ Tramitação de matérias (proposições). SF PLS 00700/2007 de 06 de 12 de 2007. Autor: Senador Marcelo Crivella.

Ementa: Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Despacho inicial: (SF) CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. (SF) – CDH – Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. 06/12/2007 – protocolo legislativo.11/09/2007 - SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO. Encaminhado ao Plenário. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516 .Acesso em 28 de junho de 2009.

²⁰ CRIVELLA, Marcelo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=11978>. Acesso em 20 de março de 2013.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Vê-se, pois, que em que pese o projeto de lei não tenha recebido grande repercussão, representa um avanço sobre a tão contraditória matéria da responsabilidade civil por desamor, fixando em lei os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e caracterizando o abandono como um ilícito civil e penal, dessa forma, passível de indenização. Destaca-se, que atualmente, o projeto de lei encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, aguardando pauta na referida Comissão.

3.2 Impossibilidade de dano moral decorrente de abandono afetivo

Há correntes doutrinárias que enfocam a acepção negativa do dever de indenizar, considerando que amor e dinheiro são grandezas diferentes e que a condenação do pai ao pagamento de uma pena pecuniária, afasta qualquer possibilidade de aproximação futura com o filho, considerando que a indenização não terá caráter pedagógico e que um litígio judicial poderia alimentar ainda mais a falta de afetividade existente entre o genitor para com o filho.

Essa corrente destaca como fundamentos para negar ao filho a reparação do dano moral, o risco da monetarização das relações de família e a utilização da indenização como uma forma de castigar o pai, que em muitos casos foi impedido de conviver com o filho. Considerando ainda, que a liberdade afetiva é superior a qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de uma afetividade forçada causar danos ainda maiores para pais e filhos.

3.3 Possibilidade de dano moral decorrente de abandono afetivo

A corrente, que disciplina a possibilidade de dano moral por abandono afetivo, leva em consideração a indenização pecuniária não irá restabelecer o amor desfeito, mas que a dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno, deve ser indenizável, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa vertente se direciona fundada na importância do pai na formação do filho e no direito fundamental a convivência familiar.

A figura paterna é de essencial importância para o desenvolvimento da criança, em especial por que o pai é responsável pela primeira ruptura de intimidade mãe-bebê. E também pelo dever que o pai tem de promover a personalidade do filho, impondo os limites necessários para que a criança possa desenvolver-se e constituir-se como sujeito.

É de bom alvitre ressaltar o posicionamento de HIRONAKA²¹:

A ausência injustificada do pai como se observa, origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo a formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e proteção – função psicopedagógica – a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

Dessa forma, reitera-se que a ausência da figura paterna origina prejuízos para o desenvolvimento da criança, seja pela falta de amor, carinho e atenção, seja pela falta de uma referência.

Sendo o direito a convivência familiar um direito fundamental da criança e do adolescente, a quebra desse direito, ocasiona o sentimento de abandono ao filho, que pode gerar distúrbios emocionais, já que prevalecerá o sentimento de desprezo e rejeição.

Nesse sentido, MARIA ISABEL PINTO DA COSTA²² destaca:

Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho. Daí o direito-dever de visitar os filhos quando, por não viverem sob o mesmo teto ambos os pais, apenas um deles detém a guarda. Assim, o outro tem o direito de visitar o filho, mas principalmente o dever, pois o filho menor, criança ou adolescente, tem prioridade em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe a Constituição Federal no art. 227.

[...] O tratamento carinhoso e respeitoso é, sem dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente. Então, se faltar o carinho, o afeto e o respeito pela personalidade da criança, que está em fase de formação, se está negando a essa criança um direito fundamental protegido pela constituição.

²¹ *Op. Cit.*, p. 08.

²² COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto?* Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM. RBDF – Nº 32, Out-Nov, 2005, p. 33.

Reitera-se que a convivência familiar é um direito fundamental na vida da criança e do adolescente, já que se encontram em uma fase peculiar, e a omissão de afeto pelos pais pode lhes causar danos emocionais, que prejudicam o desenvolvimento saudável.

3.3.1 A valorização do afeto pelo Poder Judiciário

Com a consagração do afeto como direito fundamental e sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, o Judiciário passou a reconhecer o valor do afeto.

Na expressão de GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA: “O amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. Esclareça-se que o amor, assim como outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor.”²³

Assim percebe-se que a relevância do afeto para a seara jurídica vem a romper com o antigo paradigma existente desde o Código Napoleônico, que conferia ao patrimônio lugar de destaque. A compreensão do valor do afeto nas relações jurídicas de direito de família altera a estrutura familiar não podendo ser considerada somente do ponto de vista patrimonial-individualista. Dessa forma, o afeto passa a ser entendido como um valor inerente à formação da dignidade humana, tal como o direito à herança genética, guardadas as proporções.²⁴

3.3.2 Casos paradigmáticos

A primeira decisão sobre responsabilidade civil por abandono afetivo foi proferida na Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, em sentença proferida em 16 de setembro de 2003, referente ao Processo n. 141/1030012032-0, da 2ª Vara, cujo prolator foi o juiz de direito Mário Romano Maggioni.

Ao fundamentar sua decisão, o magistrado²⁵ considerou:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda, educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar

²³ ALMEIDA, Guilherme Assis. *O valor do amor*. Disponível em <http://www.mundodosfilhos.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2008.

²⁴ ANGELUCI, Cleber Afonso. *Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Revista CEJ. Brasília, n 33: jun 2006, p. 50.

²⁵ MAGGIONI, Mario Romano. Proc.141/1030012032-0. Ação indenizatória. Sentença Proferida em Capão Canoa, 2ª Vara, 15 de setembro de 2003.

os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

Convém destacar, a respeitável decisão do Ministério Público, em que pese ter intervindo no feito por haver o melhor interesse da criança, manifestou-se em contrariedade, entendendo que não caberia ao Judiciário condenar alguém a pagar indenização por falta de amor.

O advogado da menina destacou: “Não sei se uma ação desse tipo serve para unir pai e filha. Mas é importante que as pessoas saibam que não se pode fazer filhos e deixá-los pelo mundo.”²⁶

Outra ação de grande destaque aconteceu em São Paulo, a decisão proferida pelo juiz Luis Fernando Cirillo condenou o pai ao pagamento de 190 salários mínimos, mesmo admitindo não ser razoável o pedido de indenização de uma filha por ter sido abandonada afetivamente, levou em consideração a gravidade do dano que o abandono afetivo paterno-filial pode provocar.

O magistrado²⁷, ao sentenciar, ponderou:

Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização de dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício-econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.

Outra decisão no Rio de Janeiro o pai foi condenado ao pagamento de 100 salários mínimos por ter abandonado seu filho, a magistrada sentenciou sob o fundamento de que a decisão sirva como a reparação de um dano, suportado na formação da personalidade e identidade da criança. Considerando que:

Se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela lei.

Mas a decisão que rompeu os paradigmas na seara da indenização pelo desamor foi proferida em Minas Gerais. O juiz de direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo

²⁶ MOURA, Danielle Gomes de. *Abandono Afetivo: descumprimento do dever de convivência previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=813&categoria=>> Acesso em :18 de julho de 2012.

²⁷ Disponível em: www.conjur.com.br/static/text/39518,1. Acesso em 19 de agosto de 2012.

Horizonte, julgou improcedente a ação, considerando que não constava no laudo psicológico uma correlação entre o afastamento do pai e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos no filho.

O autor irredimido com a decisão apelou para o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, pelo voto do relator Unias Silva, a sentença de primeiro grau foi reformada, acolhendo o pedido de indenização de 200 salários mínimos. O tribunal de Alçada proferiu acórdão com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sob a fundamentação de que “ser pai não é só dar dinheiro para as despesas, mas suprir as necessidades de seus filhos”.

A matéria chegou ao STJ, que com entendimento diverso da decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, considerou que os pais não são obrigados a indenizar os filhos, pois não são obrigados a amá-los.

Inconformado com a decisão o filho impetrou o Recurso Extraordinário nº 567164 no STF, pleiteando que a matéria do abandono afetivo seja decidida pela mais alta corte do país, o recurso fora impetrado em outubro de 2007, em novembro o relator da Procuradoria Geral da República, entendeu pelo não conhecimento do recurso. Entretanto a Ministra Ellen Gracie afastou a possibilidade de analisar o pedido de reparação pecuniária por abandono moral, pois isto demandaria a análise dos fatos e das provas contidas nos autos, bem como da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), o que é inviável por meio de recurso extraordinário. Para a ministra Ellen Gracie, o caso “não tem lugar nesta via recursal considerados, respectivamente, o óbice da Súmula 279, do STF, e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional”.

É de bom alvitre destacar o voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP, de 24 de abril de 2012, o qual ratificou uma decisão inédita no sentido de que o pai ausente deve indenizar o filho abandonado afetivamente, nos seguintes termos: “indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos [...] destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.”

Assim, percebe-se que o abandono afetivo, quando devidamente configurado, é situação que enseja a tutela do Judiciário. Uma vez que os danos causados na esfera moral e psíquica da criança dificilmente serão apagados. Destaca-se que, não é preciso que se ame filialmente uma pessoa para que se preocupe com ela, basta o sentimento de solidariedade que

une todos os sujeitos dentro de uma sociedade, com o objetivo de que a criança se desenvolva de forma digna e saudável.

Considerações finais

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que dentre todos os campos do Direito, a instituição familiar foi a que mais insurgiu avanços, sofrendo mudanças expressivas quanto ao seu reconhecimento e forma.

Cabe destacar que o afeto na relação paterno filial evoluiu, passando de uma fase de total indiferença e salvo raras exceções, nenhum contato com o filho, para uma fase em que a criança passou a ser vista como uma forma de divertimento, até se chegar à fase em que o filho é recebido com amor e merece ser tratado com carinho e dedicação. Dessa forma, a família reencontrou sua unidade na afetividade, que desponta como elemento nuclear e definidor das relações. E amparada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil passou a ser entendida como um meio de realização do ser humano em toda a sua plenitude.

Atualmente, a função básica da família é a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, num ambiente de convivência solidária, com o objetivo de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirmada em uma nova perspectiva, agora fundada no afeto. Esse novo paradigma eudemonista demonstra um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem, sendo evidenciados os princípios do direito das famílias, em busca da proteção, valorização e o desenvolvimento de seus membros.

Como se pode perceber, o tema em questão ainda não possui embasamento legal, entretanto, com a finalidade de regulamentar tal responsabilidade civil, o projeto de lei que tramita no Senado Federal, tem pretensão de modificar alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando o abandono moral como ilícito civil e penal. Em que pese o referido projeto não tenha ganhado o devido destaque pela mídia, a de se considerar que representa um avanço na área protetiva de nossa legislação.

A corrente doutrinária e jurisprudencial que enfoca a acepção negativa do dever de indenizar encontra seu fundamento no risco da monetarização das relações familiares, salientando que, por mais que o pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável, esses deveres não podem invadir o campo subjetivo do afeto. Levando em consideração que a ruptura de uma relação afetiva pode ocasionar o pedido de indenização como uma forma de vingança. Ademais, ressalta-se o risco de punir duas vezes, aquele pai que fora privado da

convivência harmoniosa com seu filho, devido a mãe possuidora da guarda, ter inculcido no filho falsas memórias, dessa forma, denegrindo o caráter do pai, e conseqüentemente, afastando pai e filho.

A corrente que enfoca a possibilidade de indenização por falta de afeto considera que a dor sofrida pelo filho deve ser indenizável, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto reitera-se que a indenização pecuniária jamais irá restabelecer o amor desfeito. Mas direcionada na importância da figura paterna para o desenvolvimento do filho e no direito fundamental a convivência familiar, não restam dúvidas de que toda a criança tem direito a um pai, e esse direito compreende: conhecer, conviver, amar e ser amado, ser cuidado, alimentado, instruído, ser posto a caminhar, ser estimulado a falar, ser ensinado a viver, conviver e sobreviver.

Deve-se levar em consideração os diversos casos em que o Poder Judiciário tem se manifestado, reiterando a possibilidade de indenização pecuniária face aos danos que o abandono pode causar ao filho, questão que aguarda o julgamento pela mais alta corte do país.

Assim, entende-se que a reparação do dano moral decorrente de abandono afetivo possui fundamento, uma vez comprovada a correlação entre a falta de convívio e o surgimento de seqüelas emocionais, que comprometam o desenvolvimento saudável. Sendo passível de se buscar indenização, em face de que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material. E a ausência, o descaso e a rejeição ao filho lhe privam o direito fundamental à convivência familiar, violando desse modo a sua honra e imagem, direitos próprios de personalidade.

É evidente que o Poder Judiciário não poderá obrigar um pai a amar um filho, mas aquele que optou ser pai, ou que não tomou precauções para não ser, deve assumir tal responsabilidade com o maior comprometimento possível. Sabe-se, que amor e dinheiro são grandezas diferentes, e por essa razão não se complementam, tão pouco se substituem. Entretanto, a indenização pecuniária deve existir, não pelo dinheiro, porque valor algum irá compensar a dor da ausência, o sentimento de rejeição, mas, sim, como uma forma de inibir que outros pais venham a cometer esse tipo de dano.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis. *O valor do amor*. Disponível em <http://www.mundodosfilhos.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2008.
- ANGELUCI, Cleber Afonso. Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*. Brasília, n 33: jun. 2006.

ARIÈS, Philippe. *História Social da criança e da família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência Sexual Intrafamiliar: É possível Proteger a Criança*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE, v.8, n. 36, jun/jul 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e outros. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Estatuto da Criança e do Adolescente. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com coordenação de Giselle Melo Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *De Reparação do Dano Existência ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial*. Revista Brasileira de Direito de Família – RBDF – IBDFAM – Nº 36, Jun-Jul, 2006.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto?* Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM. RBDF – Nº 32, Out-Nov, 2005

COULANGES, Fustel. *A cidade Antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CRIVELLA, Marcelo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=11978>

DEMAUSE, Lloyd *apud* GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de Pais Contra Filhos: a tragédia revisitada*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. re atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Hebe Signorini. *Infância e violência doméstica: Um tema da Modernidade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

MAGGIONI, Mario Romano. Proc.141/1030012032-0. Ação indenizatória. Sentença Proferida em Capão Canoa, 2ª Vara, 15 de setembro de 2003.

MARCILIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726 – 1950. História social da infância no Brasil*. Marcos Cezar de Freitas (org) 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MOURA, Danielle Gomes de. *Abandono Afetivo: descumprimento do dever de convivência previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=813&categoria=>> Acesso em :18 de julho de 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMOS, Sônia Waltrick, *A Construção do vínculo afetivo na tríade parental*. Acervo dos direitos da criança e do adolescente, 2004.

SANTOS, Marli Pires dos. *O Lúdico na formação do educador*. Petrópolis: Vozes, 1997.

SILVA, Unias. Voto do Juiz Unias Silva. Disponível em: www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. SÁ, Maria de Fátima Freire. *Fundamentos Princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso*. Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM, RBDF 26. Out-Nov, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIAFORE, Vanessa. *Abandono Afetivo e Responsabilidade Civil frente ao Afeto*. Disponível em: www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf