

ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE INDENIZAR

Fernando Graciani Dolce

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto histórico - a superação do modelo de família patriarcal. 3. O reconhecimento do valor (do) afeto como objeto de tutela jurídica. 4. O afeto como dever jurídico e o abandono afetivo paterno-filial. 5. A responsabilização pelo abandono afetivo e reparação dos danos dele decorrentes. 6. Evolução da jurisprudência brasileira. 7. Tentativas de legislação sobre o tema. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO



O presente artigo tem por finalidade fazer uma breve análise da figura do abandono afetivo, bem como discutir a possibilidade de indenização pelos danos morais dele provenientes. Trata-se de um pleito que, cada vez mais frequentemente, povoado nossos tribunais do País, e inspirado decisões das mais diversas, muitas vezes diametralmente opostas. Ainda que o STJ tenha assumido posicionamento favorável à possibilidade de indenização em 2012, superando diversos argumentos, o assunto ainda é novo e merece ser tratado com cautela.

2. CONTEXTO HISTÓRICO – A SUPERAÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA PATRIARCAL.

O ingresso do afeto no rol dos elementos de interesse

jurídico, e, portanto, passíveis de serem juridicamente tutelados está intimamente ligado à superação da exclusividade dos modelos biológicos de paternidade/maternidade, resultado de uma longa evolução não somente científica como também social¹.

Para a Cultura Romana, a sociedade tinha base na família, entidade ampla e que girava em torno da figura do *pater*. Necessariamente monogâmica, patriarcal, parental, patrimonial.

Este conceito foi sofrendo adaptações ao longo da Idade Média, quando passou a prevalecer a uma figura reduzida de família, podendo ser denominada de “nuclear”². Era constituída pela figura do “chefe de família”, sempre responsável pela sua condução, pelo seu vínculo matrimonial – sacramentado e indissolúvel – com a esposa e pelo pátrio poder com relação à prole do casal³. Passa a haver, então, uma sociedade da qual a base é o conjunto das muitas famílias patriarcais.

A noção hoje corriqueira de indivíduo como base da sociedade – sujeito de direitos e obrigações, e protegido pelo manto da igualdade formal – somente começa a ganhar forma partir das revoluções liberais que marcaram o fim da idade moderna⁴. A partir de então a família patriarcal deixa gradualmente de ser a única forma admitida na sociedade. Este processo ganha força ao longo do Século XX, impulsionado por guerras, independência das mulheres, entre outros fatores⁵.

No Brasil, o reconhecimento das outras formas de família teve início, como uma tendência, a partir da década de 1950,

¹ PEREIRA, Rodrigo Da Cunha, *Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica*, 4ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 24.

² COMEL, Denise Damo, *Do Poder Familiar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p.23-25.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Vol. V – Direito de Família*, 22ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2014, 369.

⁴ BARROS, Sergio Resende de, “A tutela constitucional do afeto” *In Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey/IBDFAM, 2005, p. 885.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito Civil – Famílias*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.3.

impulsionado pela grande urbanização e êxodos migratórios a partir de então, o que resultou em um sem-número de entidades familiares diferentes da tradicional na nossa sociedade. Este ciclo se encerrou com o reconhecimento e efetivação de outros modelos de família pela Constituição de 1988⁶.

No código civil de 1916, a figura da família ainda era exclusivamente organizada em torno do laço do casamento, que era indissolúvel até a edição da Lei nº 6.515/1977, prevalecendo a figura do Chefe de Família e sua relação baseada em um vínculo carnal e religioso com a esposa, e de poder com relação aos filhos.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite alguns dos novos movimentos adotados pelo direito de família nas últimas décadas são a substituição dos elementos carnal e religioso pelos psicológico e afetivo, bem como o aumento da liberdade individual e da autonomia privada dos membros da família, que possibilita a substituição da autoridade pelo companheirismo no seio familiar⁷.

3. O RECONHECIMENTO DO VALOR (DO) AFETO COMO OBJETO DE TUTELA JURÍDICA.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a estrutura do conceito de família passou por grandes alterações. De acordo com o Prof. Sergio Resende de Barros, os Arts. 226, §3º e 4º, 227, §6º admitem a família estruturada nas relações de autenticidade, amor, diálogo e igualdade, tornando o afeto um fator social jurígeno – que gera direitos e obrigações⁸.

Princípio jurídico da afetividade vem a partir de então dar voz a um anseio social pela formação de relações familiares

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Filiação e princípio da afetividade*, Revista Igualdade, ed. XXVI, Curitiba – Ministério Público do Paraná, 2000.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Direito Civil Aplicado – Vol. 5 – Direito de Família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 33.

⁸ BARROS, Sergio Resende de, *Op cit*, p. 886.

afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Alguns autores defendem que ele é construído a partir de uma interpretação sistemática da previsão de não exclusão de direitos, do art. 5º §2º da CF⁹, enquanto outros afirmam que a figura do afeto supera a principiológica, constituindo-se de um verdadeiro valor a nortear a interpretação jurídica em matéria de Direito de Família¹⁰.

Ainda que restasse alguma dúvida sobre se o afeto seria um critério válido, juntamente com o biológico, para a definição de família, a Constituição de 1988 coloca uma verdadeira pá de cal no assunto ao trazer a figura da Filiação socioafetiva.

Isto porque para além da importante desbiologização, a filiação socioafetiva, representada pela posse do estado de filho, se assenta na crença em uma condição fundada estritamente em laços de afeto¹¹.

O elemento do “trato”, que compõe a condição de estado de filho, significa “*o tratamento que recebe a pessoa tida como filha, o fato de o pai tê-la em sua companhia, promover a sua educação, dar-lhe assistência material e emocional*”¹².

Desta forma, não restam dúvidas de que o Afeto passa a ser mais um critério, juntamente com o biológico, para a definição de família. A nosso ver, ainda que não esteja expressamente positivado no texto normativo, o afeto deve assumir uma função dupla, em primeiro lugar como valor a ser levado em

⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva, atualizado por PEREIRA, Tânia da Silva, *Instituições de Direito Civil – Vol. V – Direito de Família*, 22ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2014, 372-F.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto, “Princípio jurídico da afetividade na filiação”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, nº 41, maio 2000. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>, acesso em 05/05/2015 e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, “Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos” in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

¹¹ VELOSO, Zeno, *Direito Brasileiro da Filiação e da Paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 36.

¹² *Idem*, p. 33.

conta nas relações familiares, e em segundo, como elemento intrínseco de uma relação que se consubstancia principalmente no dever de cuidado, sendo tão importante para o vínculo familiar quanto a declaração de vontade o seria para um vínculo contratual.

4. O AFETO COMO DEVER JURÍDICO E O ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL.

A evolução acima descrita, que culminou com o reconhecimento do afeto como valor e elemento do direito de família nos leva, inevitavelmente, ao seguinte questionamento: a sua negativa pode ser considerada um ilícito civil?

Neste ponto é importante fazer um corte metodológico com a finalidade de restringir o objeto de estudo. O afeto não pode ser considerado um dever jurídico senão em face daqueles que têm o dever de cuidado, e deve estar estritamente relacionado ao exercício do poder familiar.

Desta feita, é impossível se falar em ilicitude da ausência ou desaparecimento do afeto no contexto do vínculo matrimonial. Outro dos importantes movimentos sofridos pelo direito de família ao longo do Séc. XX, conforme apontado por Eduardo de Oliveira Leite, é a democratização da sociedade familiar. Neste contexto, a sociedade matrimonial passa a ser igualitária, com a isonomia entre os cônjuges – ou companheiros, substituindo-se a hierarquia pelo companheirismo e pela possibilidade de ambos opinarem para as tomadas de decisões¹³.

Esta colocação dos cônjuges em posição de isonomia, bem como a cristalização do princípio da dignidade humana, contribuiu sobremaneira para a relativização ou mitigação da culpa entre os cônjuges por ocasião do término da união. Reconhece-se, portanto, que é direito inerente à personalidade

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Op Cit*, p. 33.

humana a constituição de núcleo familiar, também sendo seu direito não manter a entidade formada, sob pena de comprometer a própria dignidade de sua existência¹⁴.

Por este motivo, não há que se falar em ato ilícito proveniente do exercício de um direito legítimo relativo à personalidade humana em face de outro em condição de igualdade. A responsabilização por ilícito no âmbito matrimonial não poderá prescindir de grave lesão a direitos e descumprimento de obrigações, de modo que foge ao interesse deste trabalho.

Com relação à negação de afeto para aquele que, sob jugo do poder familiar, deixa de receber a devida atenção e cuidado do genitor, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm entendido pela possibilidade de enquadramento em um caso de abandono, dito abandono afetivo.

Com efeito, nestes casos, a negativa de afeto pode representar um ato ilícito cometido pelo genitor, que abandona, com relação ao filho que sofre as consequências de um desca-so.

Para mais além da figura do abandono material – que pode ser remediado com a fixação de alimentos (Art. 1.694 e seguintes do Código Civil) ou até mesmo com a responsabilização criminal do responsável (art. 244 do Código Penal), o abandono afetivo ocorre quando o abandonador, ainda que adimplente quanto às obrigações alimentares, deixa de maneira injustificada de exercer a sua parcela de poder familiar e de participar da convivência com o menor abandonado.

Demais disso, com base no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que institui traz para o ordenamento brasileiro o Princípio da Proteção Integral, já previsto na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990, bem como no princípio da Paternidade Responsável (Art. 226 §7º da CF) pode-se desdobrar o

¹⁴ TARTUCE, Flávio, *Direito Civil – Vol. 5 – Direito de Família*, 9ª ed, São Paulo, Método, 2014, 1.2.2

dever de cuidado para com os menores.

Até mesmo doutrinadores mais conservadores têm admitido que “*o abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico*”¹⁵, e concluído que “*sob certas condições, o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua numa indenização*”¹⁶.

De qualquer forma, nos parece claro que o contexto de suporte afetivo corre de forma paralela com o “*singelo e jurídico dever de alimentar*”¹⁷, sendo a convivência parte dos deveres inerentes ao poder familiar¹⁸, e não decorrentes de guarda, e que, portanto compete a ambos os cônjuges, ainda que em uma situação de divórcio ou dissolução da união estável (art. 1.632 do Código Civil).

O abandono afetivo consiste, portanto, na figura do pai (ou mãe) que, não convivendo com o outro genitor, contenta-se em pagar alimentos ao filho, privando-o deliberadamente de sua convivência, atenção, afeto e envolvimento nas questões rotineiras.

Com base na cláusula geral de responsabilidade civil do direito brasileiro, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito (art. 186 do Código Civil).

Acreditamos que este proceder tem, sim, colorido de ato ilícito, à medida que representa violação do dever de cuidado do genitor, bem como do direito à convivência do menor^{19 20}.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Vol. 6 – Direito de Família*, 13ª ed, São Paulo, Atlas, 2013, p. 330.

¹⁶ *Idem*, p. 322.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Op Cit*.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 10 ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 532.

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Op Cit*.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Pai, por que me abandonaste?” In PEREIRA, Tânia da Silva

(Org), *O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*, Rio de Janeiro:

5. A RESPONSABILIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO E REPARAÇÃO DOS DANOS DELE DECORRENTES.

Até agora, a concluímos pelo caráter ilícito do abandono afetivo, consubstanciado no descumprimento pelo genitor de seus deveres de cuidado e convivência, inerentes a cujo dever-reflexo advém do poder familiar. Esta responsabilização é possível ainda que o genitor esteja adimplente com seus deveres de sustento material, e terá cabimento principalmente nestes casos, uma vez que o abandono material tem tratamento específico, inclusive na esfera criminal.

Este ato ilícito é diretamente decorrente do comportamento de omissão voluntária ou negligência assumido pelo genitor com relação ao menor sob seu poder familiar.

Tradicionalmente, a sanção aplicada ao genitor que abandona o filho seria a perda do poder familiar (art. 1.638, II do Código Civil), entretanto diversas vozes na doutrina se levantam contra esta solução, sob o argumento de que a cessação do poder familiar redundaria em maiores problemas para o menor afetado²¹.

Com relação especificamente à figura do abandono afetivo, em que resta preservada a manutenção material, diversos são os autores que defendem que a cessação do poder familiar resultaria não somente em malefícios ao menor prejudicado, mas em verdadeira premiação ao genitor que o abandona, à medida que estaria permanentemente livre de todos os deveres impostos pelo vínculo do poder familiar^{22 23}.

Renovar,
2000. p.575.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito Civil – Famílias (cit.)*, p. 282.

²² SIMÃO, José Fernando, “De Alexandre a Luciane? Da cumplicidade pelo Abandono ao Abandono punido” in *Carta Forense*, jun 2012.

²³ DIAS, Maria Berenice, *Op. cit.*, p. 542.

Observa-se apenas que a perda do poder familiar não exclui o vínculo de parentesco natural para outros efeitos como a obrigação de alimentar ou os impedimentos matrimoniais²⁴.

Doutrina e jurisprudência têm reconhecido que a possibilidade de responsabilização civil do genitor pelo abandono afetivo encontra respaldo na regra geral de responsabilidade civil²⁵. Tal reconhecimento vem justamente preencher a lacuna de uma situação que se fosse resolvida apenas com a perda do poder familiar, representaria um benefício ao próprio genitor que promove o abandono.

Entretanto, para que esta possibilidade se concretize, é necessário que estejam presentes de forma inequívoca os elementos caracterizadores da responsabilidade civil: o ato ilícito; o dano; o nexo de causalidade entre ato e dano e culpa ou dolo.

Não é demais acrescentar que o dano precisa estar presente de forma insofismável, ainda que seja de natureza exclusivamente moral. Neste caso, entendemos que ainda que represente uma dificuldade adicional para sua comprovação, não há espaço para a corriqueira presunção do dano moral advindo do evento lesivo.

Rui Stoco sintetiza posicionamento majoritário da doutrina, de que a ocorrência do dano moral independe de prova, sendo presumido a partir da comprovação do ato ofensivo à moral da parte prejudicada²⁶. Entretanto, entendemos que no direito de família deve ser adotada uma teoria restritiva do dano moral.

Não se trata neste caso de um dano moral que emergiria *in re ipsa*, como nos casos de afronta direta à imagem, tais como calúnia ou difamação, mas sim de um dano específico que, a nosso ver, não pode prescindir de demonstração.

Neste sentido, ainda que seja impossível a comprovação

²⁴ *Idem*, p. 380.

²⁵ Quanto à jurisprudência, v. ponto nº 6.

²⁶ STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.692.

direta da ofensa à moral e da dor sofrida, os seus reflexos devem ser nítidos, e sua demonstração sujeita ao regime geral das provas, também sendo possível que o dano a ser reparado não seja exclusivamente de ordem moral, uma vez que as situações de abandono afetivo podem também gerar danos psicológicos com reflexos patrimoniais²⁷.

Em todo caso, de acordo com estudo de Giselle Groeninga, *“não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna”*²⁸.

Desta forma é possível teorizar algumas hipóteses em que o abandono afetivo não causaria dano. É o caso do filho que, apesar da ausência do pai (ou mãe), foi criado por padras-to (ou madrasta) que lhe fez as vezes de figura paterna, ficando a salvo da mácula do sentimento de rejeição.

Outra hipótese, embora mais dramática, seria aquela em que a convivência com o genitor em si já representaria fonte de danos. O término de uma convivência marcada por maus-tratos, sevícias, injúrias, ameaças e diversas formas de abusos representaria verdadeira cessação de uma situação causadora de danos morais e psicológicos. Neste caso, a ausência ou fim da convivência colocaria o filho em posição mais confortável do que com a presença do pai.

Trata-se, entretanto, de uma situação extrema, cujo cenário deve pressupor a possibilidade de indenização pelos outros e diversos maus-tratos sofridos na constância da convivência, apesar de possivelmente desautorizar um pedido de inden-

²⁷ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 97.

²⁸ GROENINGA, Giselle Câmara, “Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família” in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *A outra face do poder... (cit)*, p. 416.

zação pelo abandono em si, ante à ausência do dano.

Havendo a ocorrência do abandono e a constatação do dano, é importante constatar a existência do nexo causal entre ambos, bem como a culpa do genitor.

Esta culpa pode se consubstanciar em omissão ou negligência do genitor, que fez com que o filho experimentasse, por sua ausência ou descaso, o dano sofrido.

Ao nosso entender, algumas poucas hipóteses podem, ainda, justificar uma quebra do nexo entre ato ou omissão e o dano experimentado, tais como caso de fortuito ou força maior (caso do genitor que estaria ausente e incomunicável, como exemplo daquele que está cumprindo pena restritiva de liberdade, sem a possibilidade de se comunicar ou receber visita).

O nexo causal também pode ser rompido por fato de terceiro, neste caso, do genitor guardião, que não revele a paternidade ao outro, ou ainda, por meio de alienação parental impeça ou ponha obstáculo a qualquer tipo de acesso ao menor.

Apesar de ser hipótese remota, é também plausível o caso em que abandono se dá por culpa exclusiva da vítima, quando esta, por motivos próprios, se recusa a buscar o afeto e o reconhecimento do genitor, entretanto esta hipótese pode estar relacionada à perpetração de alienação parental pelo genitor guardião, e deve ser analisada com cautela.

De todo modo, os pleitos por indenização devido ao abandono afetivo devem trazer demonstração substancial do dano. Neste sentido, é importante que sejam produzidas provas sólidas por meio de perícias interdisciplinares com metodologia própria e específica, de modo a constatar a ocorrência do dano e do nexo de causalidade²⁹.

Não seriam causas aceitáveis de irresponsabilidade, a nosso ver, os argumentos frequentemente invocados de que não se poderia obrigar um pai a amar o filho (exceção de exercício regular de direito), ou da impossibilidade de se colocar um

²⁹ GROENINGA, Giselle Câmara, *Op. Cit.*, p. 416.

preço no amor que foi negado³⁰, uma vez que a discussão acerca do cabimento de danos morais foi há muito superada, tratando-se, sim, de reparação por lesão a direito de personalidade³¹.

A prática em nossos tribunais tem reconhecido que a ação que pleiteia indenização dos danos provocados por abandono afetivo prescreve em três anos, de acordo com a regra geral do art. 206, §3º, V do Código Civil, correndo o prazo a partir da extinção do poder familiar com a maioria do autor.

Ao contrário do entendimento adotado pelo STJ³², entretanto, entendemos que em casos de reconhecimento ou declaração judicial da paternidade após a maioria do filho, o prazo prescricional deveria começar a fluir a partir de então, e não a partir da maioria.

6. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Alguns casos de abandono afetivo levados ao judiciário chegaram até o Superior Tribunal de Justiça, recebendo tratamento diametralmente oposto.

No Recurso Especial nº 757.411-MG, cuja decisão final se deu em 2005, o autor afirmou que teve contato regular com seu pai até os seis anos de idade, quando este se divorciou de sua mãe. O pai constituiu nova família, tendo uma filha em seu novo relacionamento, e se afastou definitivamente do filho, passando a tratá-lo com rejeição e frieza, deixando de comparecer a datas simbólicas e eventos importantes, apesar de nunca deixar de pagar a pensão alimentícia.

³⁰ SILVA, Cláudia Maria da, “Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho”, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, Ano VI, nº 25 - Ago-Set 2004.

³¹ STOCO, Rui, *Op cit*, p. 1.614.

³²

Conforme

http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107099 (aceso em 04/06/2015). O número do processo não foi divulgado em razão de sigilo processual.

Foi pleiteada indenização por danos morais com fundamento no art. 227 da Constituição Federal, julgada improcedente em 1ª instância e procedente pelo Tribunal de Justiça de origem.

O STJ reformou a decisão recorrida, por maioria de votos, sob o argumento do Relator, Ministro Fernando Gonçalves da 4ª Turma, de que “*a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária*”.

O relator entendeu que “*o descumprimento injustificado dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos levam à perda do poder familiar, como a mais grave pena civil a ser imputada a um pai*”.

Nesta ocasião, importantes nomes da doutrina expressaram sua verdadeira indignação para com esta decisão, que representaria uma cumplicidade do Tribunal com o abandono do menor³³.

Em outro *leading case* sobre a matéria, Recurso Especial nº 1.159.242-SP, de 2012, o Tribunal decidiu em sentido contrário.

Neste caso, afirmou a autora que foi gerada fora do casamento, sempre tratada com indiferença, e que seu pai se recusava em reconhecer sua paternidade, que somente foi declarada após processo judicial. A mesma via foi utilizada para a obtenção de pensão alimentícia.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, decisão reformada pelo Tribunal paulista e mantida pelo STJ, apenas com alteração no valor da indenização, em caso de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (3ª Turma).

Na decisão, a Relatora encampou a tese de que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, presentes implicitamente

³³ SIMÃO, José Fernando, *Op. cit.*

no art. 227 da Constituição Federal, e que esta omissão caracterizaria o ato ilícito passível de compensação pecuniária.

A Ministra entendeu, ainda, que não se discute uma indenização pela ausência de amor, que seria uma faculdade, mas sim o descumprimento de um dever consubstanciado na imposição constitucional e biológica de cuidar, que é dever jurídico.

Esta decisão representou sem qualquer dúvida um grande passo na direção da modernização da jurisprudência do STJ.

Entretanto, a nível estadual o entendimento da matéria ainda se encontra bastante dividido, sendo que alguns dos Tribunais estaduais se mostram mais receptivos a esta tese (como é o caso, por exemplo, em São Paulo ou no Rio de Janeiro), enquanto que outros se mostram completamente contrários (a exemplo de Santa Catarina).

Aguardamos a consolidação da jurisprudência nos próximos anos, que deve seguir as importantes linhas traçadas pelo STJ.

7. TENTATIVAS DE LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA.

No ano de 2008, e, portanto, antes da definição do STJ acerca do caráter de ato ilícito do abandono afetivo com reconhecida possibilidade de indenização, foi apresentado pelo Deputado Carlos Bezerra o Projeto de Lei nº 4.294/2008, que insere a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo em parágrafo único do art. 1.632 do Código Civil, nos seguintes termos: “*O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral*”.

O projeto ainda insere o §2º, com redação semelhante, no art. 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003): “*O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral*”. Neste caso, criaria ainda uma figura de “abandono parental inverso”, de discutível legalidade por não estar presente o poder familiar.

Após aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família em abril de 2011, o projeto recebeu substitutivo de autoria do Deputado Antônio Bulhões na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), em 2012, para constar a seguinte redação nos artigos referidos: “*Comprovado o abandono afetivo, caberá indenização por dano moral ao filho*” e “*Comprovado o abandono afetivo por parte da família, caberá indenização por dano moral ao idoso*”.

Após lenta marcha e arquivamentos, o projeto foi desarquivado em fevereiro de 2015 e continua em tramitação perante a CCJC.

A nosso ver, a inclusão da possibilidade de indenização por abandono afetivo no ordenamento jurídico pátrio por meio de lei resolveria diversas das dúvidas enfrentadas pelo poder judiciário, além de abrir caminho para a harmonização da aplicação do instituto.

Entretanto entendemos que o projeto atual mereceria certa dose de amadurecimento, pois a redação atual poderia gerar dúvidas ou dar margem a uma série de ações sem fundamentação jurídica sólida.

Apesar da crítica, trata-se de uma iniciativa elogiável.

8. CONCLUSÃO.

Por meio do presente trabalho pretendemos demonstrar que o afeto se tornou um elemento importante no direito de família, ponto central da relação familiar e digno de proteção pelo Direito.

A sua negativa injustificada no âmbito do poder familiar pode, portanto, dar margem a indenização, entretanto as ações devem ser analisadas casuisticamente e de maneira cautelosa, uma vez que devem ser nítidos os elementos comprobatórios do dano sofrido e do nexos de causalidade.

Deste modo, nem todos os casos de abandono poderi-

am, após análise pormenorizada, dar ensejo à indenização pretendida.

É válido apontar que, de acordo com dados do recenseamento de 2010 realizado pelo IBGE³⁴, 17,5% das famílias brasileiras são monoparentais e 16% são famílias reconstituídas. Conclui-se que em 33,5% das famílias, o(s) filho(s) não vive(m) com ambos os seus pais.

Existe um universo enorme de potenciais candidatos a ingressarem com ações desta natureza. Soma-se a isto uma importante ampliação do “*conhecimento interdisciplinar, que proporcionou nossa capacidade de reflexão sobre que nos torna humanos, seguindo a evolução do conhecimento e das relações sociais, os Direitos da Personalidade*”³⁵.

Desta forma, nas palavras da Profa. Giselda Hironaka, “*o poder judiciário deve fazer uma análise necessária de todas as circunstancias envolvidas, a fim de verificar a presença de danos causados pelo abandono, com a finalidade de evitar que surja uma ‘indústria indenizatória do afeto’*. Deve ser utilizada com parcimônia e bom senso para não se tornar um altar das ‘ vaidades ’ e ‘ vinganças ’ ”³⁶.

Observa-se, por fim, que a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, ainda que seja uma reparação possível, está longe de ser a forma ideal para manejar tais casos. O relacionamento mantido pelo medo do prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de se estabelecer um vínculo afetivo, apesar de ser melhor do que o sentimento de abandono gerado no filho³⁷.

Entretanto, a nosso ver, devem ser sempre fomentados os meios alternativos de resolução de controvérsias como a

34

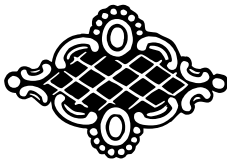
http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/familias_e_domicilios/default_familias_e_domicilios.shtm (acesso em 12/06/2015).

³⁵ GROENINGA, Giselle Câmara, *Op. cit.*

³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Op. cit.*

³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Op. cit.*

mediação e a conciliação familiar, com a finalidade de superar o sofrimento por meio da recomposição dos laços de afeto.



9. BIBLIOGRAFIA.

AGUIAR JR, Rui Rosado de, Responsabilidade Civil no Direito de Família, In “Advocacia Dinâmica”, nº 2, fev. 2005, p. 39-43.

BARROS, Sergio Resende de, A tutela constitucional do afeto. In “Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família”, Belo Horizonte, Del Rey / IBDFAM, 2005, p. 885.

_____, A ideologia do afeto, in Revista Brasileira de Direito de Família nº 14 (jul.-set./2002), Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, p. 8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (coord.), Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva/Almedina, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro Vol. 6: Direito de Família, 11ª ed, São Paulo, Saraiva, 2014, p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Sobre peixes e afetos, In PEREIRA, Rodrigo da Cunha Coord. “Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana”, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 436.

_____, Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo, in “A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais”, coords.: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira, Rio de Janeiro, Forense/IBDFAM, 2005, p. 148.

- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico, São Paulo, Memória Jurídica, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, vol. V – Direito de Família, 22ª ed, São Paulo, Forense, 2014.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, SILVA, Cláudia Maria, Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo, In “Revista Sociedade e Estado”, vol. 21, nº 3, Brasília, Ed. UNB, 2006, p. 667-680. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>.
- ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de, Direito das Famílias, 3a ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- ROSENVALD, Nelson, Indenização por Abandono Afetivo: Possibilidade, in “Carta Forense”, jan. 2015.
- SIMÃO, José Fernando, “De Alexandre a Luciane? Da cumplicidade pelo Abandono ao Abandono punido” in *Carta Forense*, jun. 2012.
- TARTUCE, Flávio, Direito Civil, Vol. 5 – Direito de Família – 9ª ed, São Paulo, Método, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil – Vol. 6 – Direito de Família – 11ª ed, São Paulo, Atlas, 2013.