

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PATERNO

ISSN 2237-3489

Ednilson Maxir Pacheco¹

Maria Carolina Bazan Rodrigues¹

Jamille Fernanda Ferreira de Souza²

RESUMO:

O presente trabalho tem por finalidade, através do método de pesquisa bibliográfica, fazer uma análise acerca da responsabilidade civil pelo abandono afetivo paterno e suas consequências no seio familiar. No decorrer deste trabalho trataremos de um modo geral sobre a responsabilidade civil decorrente do abandono, sendo a responsabilidade civil direito obrigacional, a prática de um ato ilícito em que gera uma obrigação, um dever de indenizar a vítima que foi lesada pelo ato. Não se pode deixar de mencionar o Projeto de Lei do Senado 700/2007, que propõem uma mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe reparação de danos ao pai ou à mãe que deixar de prestar assistência afetiva a seus filhos, seja pela convivência, seja por visitação periódica.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Afetividade. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT:

This study aims, through the literature search method, making an analysis of civil responsibility for paternal abandonment and affective consequences in the family. Throughout this work we will deal generally on civil liability arising from the abandonment, and the obligatory civil liability law, the practice of an illicit act that generates an obligation and a duty to indemnify the victim who was injured by the act. One can not fail to mention the design of the Senate Law 700/2007, which propose a change in the Statute of Children and Adolescents,

¹ Acadêmicos do IV Termo do Curso de Direito pela AJES - Faculdades de Administração e Ciências Contábeis do Vale do Juruena. ednilsonpacheco20@gmail.com; mariacarolina_bazan@hotmail.com ;

² Advogada, Pós Graduada em Direito Público, Especialista em Direito Civil, Mestre em Direito Constitucional e Docente da Ajes – Faculdade do Vale do Juruena. – jamillefernanda@yahoo.com.br

which requires repair damage to the father or mother who fails to provide emotional support to their children, either by coexistence, either by periodic visitation.

KEYWORDS: Civil responsibility. Affectivity. Dignity of human person.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Contexto Histórico de Família; 3. Responsabilidade Civil da Família; 4. Existência do dano moral no contexto familiar; 5. Projeto de Lei do Senado PLS nº 700/2007; 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas. Referências de sítios da rede mundial de computadores.

1. INTRODUÇÃO

O atual modelo jurídico de família é pautado na convivência e nas relações afetivas, em que o dever de criar e educar o filho é do pai.

Tal dever se constitui pelo princípio da dignidade humana e outros princípios do direito de família, sendo fundamento suficiente para ensejar, segundo as regras da responsabilidade civil, a reparação por abandono afetivo do menor.

Desta forma, aquele pai que não cumpre esta obrigação jurídica deixando o filho em abandono, deverá responder perante o Estado nas sanções previstas em lei, para que seja protegida em suas necessidades material, mental, moral, psicológica, social, religiosa, educacional e afetiva da criança. Havendo esta conduta omissiva a constatação do dano moral a integridade da criança, o assunto passa para o ramo da responsabilidade civil e não mais do direito familiar.

Em relação aos danos morais nas relações afetivas e familiares o fato é que algumas são oriundas do dever legal e outras são oriundas do simples desejo de afeição, de carinho e do querer bem, porém, todas elas são capazes de gerar desconfortos quando o amor acaba e algum dos lados envolvidos tem uma conduta ofensiva aos direitos da pessoa humana.

O alicerce principal para a formação do caráter e de personalidade de um homem é a instituição da família. Um bom convívio familiar colabora significativamente para o saudável e equilibrado desenvolvimento psicossocial do ser humano, já que é na família que se formam as primeiras relações humanas, os primeiros vínculos afetivos e primeiros padrões de comportamento de uma criança.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DE FAMÍLIA

O atual modelo jurídico de família é pautado na convivência e relações afetivas, em que o dever de criar e educar o filho é do pai. Que se constitui pelo princípio da dignidade humana e outros princípios do direito de família e é fundamento suficiente para ensejar, segundo as regras da responsabilidade civil, a reparação por abandono afetivo do menor.

O termo “família” advém da expressão latina *famulus*, que significa “escravo doméstico”, que designava os escravos que trabalhavam de forma legalizada na agricultura familiar das tribos ladinas, situadas onde hoje se localiza a Itália.

Para Washington de Barros Monteiro:

O poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava e várias teorias tentam explicar a remota origem do poder familiar. O poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores³.

Porém, essa acepção primitiva da família se transformou várias vezes durante a história, devido as transformações sociais, culturais, religiosas, econômicas e a incorporação de novos valores.

Posteriormente, os homens começaram a buscar relações com mulheres de outras tribos, caminhando para as relações individuais e exclusivas, tal qual a monogamia. Chegando à civilização romana, que sofreu forte influência do modelo grego, é possível perceber a modificação da família para uma entidade ampla e hierarquizada.

Foi a Antiga Roma que sistematizou normas severas que fizeram da família uma sociedade patriarcal. A família romana era organizada preponderantemente, no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. O pátrio poder tinha caráter unitário exercido pelo pai.

Na Idade Média, preponderou o direito romano nas relações familiares. O casamento religioso era o único conhecido, mas ainda persistia o pátrio poder e as normas ligadas às relações patrimoniais entre os cônjuges.

Maria Helena Diniz explica que:

O moderno direito de família rege-se por princípios: Princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar. [...] Deveras, a família está passando por

³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito de Família, Ed. 38º. São Paulo: Saraiva 2007, p. 349.

profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise⁴.

Diante dessa breve análise histórica, ficam notórias as variações que a instituição familiar sofreu até chegar a modalidade atual, como conhecemos. A família, atualmente, recebe toda proteção e amparo do Estado, independentemente da forma como é constituída, conforme previsto no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que diz, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

Há de se ressaltar que a família contemporânea funda-se na afetividade que surge em decorrência da convivência entre seus membros, juntamente com a reciprocidade de sentimentos, pois a sustentabilidade da família se dá diante da existência do afeto.

A função da família na modernidade faz-se na qualidade de formadora, no sentido de preparar os filhos às responsabilidades futuras, relativamente às normas de convívio social. A família, como agente de socialização que é, ajuda na formação de caráter por meio da instrução e do cuidado, o que reconhece a dignidade inerente ao ser humano.

Como será aprofundado logo adiante, a instituição da família que se cria através dos laços sanguíneos e se mantém através do poder familiar vem perdendo espaço nas mais recentes doutrinas e jurisprudência, bem como pela própria legislação, por um fator muito mais preciso e condizente com a realidade: o afeto.

A instituição da família é o alicerce principal para a formação do caráter e de personalidade de um homem. Um bom convívio familiar colabora significativamente para o saudável e equilibrado desenvolvimento psicossocial do ser humano, já que é na família que se formam as primeiras relações humanas, os primeiros vínculos afetivos e primeiros padrões de comportamento de uma criança.

A ausência de afeto pode, portanto, gerar para uma criança, graves e muitas vezes irreparáveis consequências morais e emocionais. São as marcas do abandono afetivo que ficam gravadas nas pessoas, podendo até mesmo ser causa de distúrbios psíquicos em alguns, conforme veremos mais adiante.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, aponta como direito da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária:

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5: direito de família. Ed. 25ª. São Paulo: Saraiva 2010, p.18.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA FAMÍLIA

A responsabilidade civil está dentro dos direitos obrigacionais, a prática de um ato ilícito gera uma obrigação, um dever de indenizar a vítima que foi lesada pelo ato. O instituto é trabalhado desta forma no dia a dia dos operadores do direito, sempre havendo uma reparação de danos, uma indenização pecuniária ao final de toda demanda processual que gere uma responsabilidade ao autor.

Quando o agente causador do dano, com o seu comportamento, transgredir uma lei preexistente ou ocasionar dano a um terceiro a responsabilidade passa a ter duas possibilidades de surgimento: a contratual e a extracontratual.

Responsabilidade Contratual encontra-se no dispositivo 389 do Código Civil, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Já a segunda, denominada de Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana (*Lex Aquilia*), consta como regra geral do artigo 186 CC, do ato ilícito. E ocorre quando a norma jurídica violada for diretamente a norma legal a lei. Neste tipo de responsabilidade o agente transgressor viola uma norma jurídica legal preexistente. Dispõe o artigo 186 do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No artigo 186 do Código Civil, conforme cita o Professor Carlos Roberto Gonçalves estão presentes os quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Acrescenta ainda o autor, que os pais são responsáveis pelos filhos que estiverem sob sua autoridade, no sentido de ser titular do poder familiar. Os pais são responsáveis pelos atos praticados por seus filhos menores de idade e quando estes vêm causar algum dano a terceiros, nesses casos os pais devem repará-los.

Não basta dizer que o artigo 186 é o artigo matriz da responsabilidade. É necessário que haja combinação com os artigos 187 e 927 CC para que a responsabilidade extracontratual seja confirmada.

Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Para Paulo Luiz Netto Lobo:

O poder familiar não apenas diz respeito às relações entre pais e filhos. Interessam suas repercussões patrimoniais em relação a terceiros. Os pais respondem pelos danos causados por seus filhos menores, que estejam submetidos a seu poder familiar. Trata-se de “Responsabilidade civil transobjetiva, pois a responsabilidade pela reparação é imputável a quem não causou diretamente o dano.”⁵

Essa questão de abandono afetivo dos pais em relação a seus filhos situação muito séria, mas que aos poucos vem quebrando paradigmas e solidificando entendimentos positivos quanto ao direito de os filhos buscarem na justiça uma indenização pelos danos sofrida pela ausência de afeto.

É necessário para fins de definição, que o ato comissivo ou omissivo do agente seja voluntário, pois a conduta humana sempre tem que partir de uma vontade consciente (voluntário do agente). A vontade é o que justifica a responsabilidade civil.

Para que seja caracterizado o dano, deve ser analisada a violação de um direito e a sua correlação direta com a causa dos danos a terceiros. Sem a prova do dano não há como alguém ser responsabilizado. É elemento essencial obter um prejuízo sofrido tanto de ordem material como moral.

Portanto, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Sempre será devida a indenização quando se constatar que um ato ilícito resultou em um dano.

No transcorrer dos anos o dano essencialmente moral foi pacificado no entendimento jurisprudencial. E está se tornando cada vez mais comum demandas envolvendo filhos que se queixam da ausência dos pais, pois o ato preenche os pressupostos de admissibilidade da responsabilidade civil.

O dano moral é hoje um dos temas de Direito Civil que mais se transforma ao longo dos anos. Com a constante transformação da jurisprudência moderna fez com que situações antes inimagináveis que ensejassem o dano moral, hoje se tornassem lides processuais. A possibilidade de indenização é pacificada no nosso ordenamento jurídico, sendo que a magna

⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. Família e Cidadania. Belo Horizonte. Del Rey, 2002, p. 27.

carta de 1988 prevê acerca da possibilidade de proteção jurídica a agravos imateriais. Também com base na doutrina dominante e a jurisprudência que a cada dia traz inovações no instituto do dano moral.

É conceituado como dano moral quando a lesão designada não produzir qualquer efeito patrimonial. Ou seja, o dano será de esfera moral quando a diminuição de um bem jurídico abranger a honra, a dignidade, a intimidade, a vida e etc. Atingindo assim, o ofendido como pessoa sem tocar no seu patrimônio. Acarretando a ele uma série de sofrimentos, dores, tristezas, humilhações.

Ao configurar o dano moral é preciso que se evitem excessos, pois só deve ser designado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Meros dissabores, aborrecimentos e mágoas estão fora da órbita do dano moral, pois tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Poderão reclamar a reparação do dano moral, além do ofendido, seus herdeiros, cônjuge ou esposa e os membros da mesma família que são ligados ao ofendido afetivamente. Isto é, serão legitimadas aquelas pessoas que mantêm vínculos firmes de amor, de amizade ou de afeição.

Os absolutamente incapazes como seres humanos que são, possuem capacidade de direito ou de gozo, podendo pleitear indenização por dano moral. Adentrando no tema deste artigo, a ausência da figura paterna pode perfeitamente ser lamentada pela criança, absolutamente incapaz na esfera cível, podendo postular, através de um representante, ação de indenização por danos morais em face de seu pai ou mãe que tenha praticado o dano.

Semelhante o caso para os idosos que são abandonados por seus filhos já em idade avançada que desenvolvem grande afetividade por eles mesmo que não tenham discernimento para perceber o real significado deste sentimento.

4. A EXISTÊNCIA DO DANO MORAL NO CONTEXTO FAMILIAR

Em 2004, o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais julgou, em sede de apelação cível, caso emblemático, decidindo ser indenizável a dor sofrida pelo abandono afetivo.

dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (MINAS GERAIS, 2004).

Tratou-se de caso em que o genitor, após se divorciar, continuou prestando alimentos ao filho menor (que permaneceu sob a guarda materna), mas deixou de manter com ele qualquer contato, abandonando-o afetivamente.

O relator do recurso anotou em seu voto – acompanhado pelos demais julgadores – que a responsabilidade dos pais não se pauta unicamente no encargo alimentar, mas também no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Concluiu, então, estarem presentes o dano (ofensa à dignidade), a conduta ilícita (não cumprimento, pelo pai, do dever familiar de convívio e educação, por meio da afetividade) e, por fim, o nexo de causalidade. Assim, foi fixada indenização por danos morais no valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Contra referido *decisum* foi interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. Ao debruçar-se sobre a questão, a Quarta Turma do Tribunal da Cidadania reformou o acórdão mineiro sob o entendimento de que o dano moral pressupõe ato ilícito e que o abandono afetivo é incapaz de gerar o direito à reparação pecuniária:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2005).

Colhe-se do corpo do acórdão que, “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada” (BRASIL, 2005). De acordo com o entendimento do relator, já existe sanção prevista em lei para a hipótese de abandono moral: a perda do poder familiar.

Ainda segundo o julgador, acolher a tese de responsabilização civil enterraria definitivamente a possibilidade de restabelecimento da relação paterno-filial entre os envolvidos.

Convém ressaltar, entretanto, que a votação do julgado não foi unânime, tendo o Ministro Barros Monteiro divergido da maioria. Extrai-se do voto-vencido lavrado pelo Ministro:

Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. [...] O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. [...]. Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção [...]. (BRASIL, 2005).

Como se vê, o Ministro vencido sustentou que, além do dever de assistência material, o genitor tem o dever de alcançar assistência moral ao filho menor, além do que a destituição do poder familiar não obsta a indenização por danos morais.

Em seguida, contra a decisão em apreço foi interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, o qual, porém, não foi conhecido sob o fundamento de que a análise da indenização por danos morais reside no âmbito da legislação infraconstitucional.

Outra ação paradigmática promovida pelos mesmos fundamentos (danos morais em decorrência do abandono afetivo) tramitou na Comarca de Capão da Canoa/RS, tendo os pedidos sido julgados procedentes, com a condenação do genitor ao pagamento de danos morais à filha. Ante a ausência de interposição de recurso, a sentença transitou em julgado.

No *decisum*, o julgador frisou que a educação não abrange somente a escolaridade, “[...] mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se ‘autoafirme’”. Anotou, ainda, que “é menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer ‘fui indevidamente incluído no SPC’ a dizer ‘fui indevidamente rejeitado por meu pai’”.

Os casos acima descritos, que ganharam ampla divulgação nacional no meio jurídico, indicam a controvérsia que permeia a matéria. Os demais Tribunais pátrios, da mesma forma, têm demonstrado que a questão está longe de ser pacificada.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se pronunciou no sentido de que “[...] o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo.” (SANTA CATARINA, 2010).

Na fundamentação do acórdão em tela, registrou-se que a tristeza e a angústia sentidas pelo filho em razão de ter sido rejeitado pelo pai não constituem causa apta a caracterizar danos morais.

A mesma Corte de Justiça, contudo, já havia anteriormente decidido em sentido diametralmente oposto, assentando que “o pai que se omite em cuidar do filho, abandonando-o, ofende a integridade psicossomática deste, acarretando ilícito ensejador de reparação moral.” (SANTA CATARINA, 2008). Consignou-se no corpo do julgado que, diante dos efeitos

negativos da ausência do genitor na vida do filho, o abandono afetivo constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana hábil a gerar dano de ordem moral.

Assim, pela análise dos precedentes jurisprudenciais supra, nota-se que a impossibilidade de reparação moral por conta do abandono afetivo é tópico cujo entendimento ainda não foi sedimentado pelos Tribunais pátrios.

Diante do fato exposto podemos analisar sobre duas vertentes doutrinárias, em nosso âmbito jurídico possuímos correntes doutrinárias que acreditam que a indenização representa um aspecto positivo pois se torna perfeitamente cabível a reparação do dano, quando a necessidade afetiva do autor não for suprida, ou seja, quando o autor deixar de proteger seu filho de acordo com as normas jurídicas o mesmo será responsabilizado. Vejamos a seguir posicionamento doutrinário.

Maria Berenice Dias⁶ revela ser favorável à indenização por abandono afetivo, ao defender que a indenização por abandono afetivo poderá constituir-se em “instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade”, podendo até exercer um papel pedagógico no seio das relações familiares.

Diante do exposto, o abandono afetivo seria tratado com um inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade, como não se pode obrigar a ninguém dar afeto, a indenização possui a função reparatória do abandono afetivo.

Da mesma forma há as correntes doutrinárias que discordem deste entendimento, ressaltando os aspectos negativos que este procedimento acarretara, pois a abertura para as possibilidades de indenização decorrentes da ausência de afeto poderá acarretar uma banal monetarização do Direito de Família. Vejamos a seguir posicionamento doutrinário:

Rafael Lazzarotto Simioni⁷ afirma que as relações entre os filhos e os pais condenados a arcarem com a indenização são profundamente afetadas pelas decisões judiciais, o que torna impossível qualquer perspectiva de perdão, compreensão, aceitação, enfim, afetividade entre eles.

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª ed.— São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: Dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, 2006, p.24.

Assim, quando se entra na esfera da responsabilidade civil, há também a necessidade de se realizar criteriosas análises com o intuito de evitar que se crie uma indústria indenizatória pela ausência do afeto paterno.

5. PROJETO DE LEI DO SENADO PLS Nº 700/2007

Em “defesa” do abandono afetivo, não somente a doutrina e os Tribunais brasileiros têm se manifestado. No dia 09 de setembro a Comissão de Direitos Humanos aprovou, através do Projeto de Lei do Senado 700/2007, uma mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe reparação de danos ao pai ou à mãe que deixar de prestar assistência afetiva a seus filhos, seja pela convivência, seja por visitação periódica.

O Projeto determina que o pai ou a mãe que não tiver a guarda da criança ou do adolescente também ficará obrigado pelo Código Civil não somente a realizar visitas e a tê-los em sua companhia, como também a fiscalizar a manutenção e educação desses menores. O texto define a assistência afetiva devida pelos pais aos filhos menores de 18 anos, como a orientação quanto às escolhas e oportunidades na área da educação e profissionais, a solidariedade e o apoio nos momentos de intenso sofrimento ou de dificuldades e a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou pelo adolescente, desde que possível de ser atendida.

O projeto de lei busca regulamentar uma situação que há anos vem sendo discutida nos Tribunais e que já foi tema de diversos trabalhos acadêmicos. A responsabilização pelo abandono afetivo dos filhos já foi aceito no Superior Tribunal de Justiça, tendo em seu voto a Ministra Nancy Andrighi, no REsp 1159242, sustentado:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.**

Assim, o Projeto de Lei só vem a cristalizar aquilo que há tempo é pleiteado pelos estudiosos do Direito de Família. Não que seja tutelado o direito ao afeto como sentimento, pois sentir é algo que não pode ser exigido. Não se pode quantificar nem qualificar sentimentos. Longe disto, necessita-se da disciplina do afeto como cuidado.

Para o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o PLS é inovador e necessário, defendendo a imprescindibilidade da intervenção do Estado nos casos que versem sobre abandono afetivo. Apenas discordam da criminalização do ato danoso, sendo bastante a reparação civil (Senado e IBDFAM, 2009).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Provado que a ausência afetiva foi capaz de gerar ilícito o direito civil dever dirimir e corresponder ao lesado, dando a este o direito de procurar recursos jurídicos que asseverem a conduta do lesante (responsável paterno), e ao mesmo tempo lhe criar condições para que possa minorar as consequências deste ato ilícito, ou seja, a devida indenização ao lesado (filho abandonado afetivamente).

É importante ressaltar que ainda que os tribunais diante desta situação aleguem que o fato não incorre em dano indenizável, deve se rememorar pela história da responsabilidade civil o dano à imagem e à honra, pois este tema também enfrentou grandes resistências, e nem por isso o judiciário se furtou a aceitar a concretude do fato à lei civil que prevê a obrigação de indenizar o dano moral e assim dar uma resposta efetiva à sociedade.

Uma outra corrente de juízes e desembargadores em casos julgados acharam que há embasamento jurídico suficiente para fundamentar as ações de abandono afetivo, então não tem porque não criar um posicionamento positivo perante o assunto.

Esta não é uma necessidade do direito de família que intenciona obrigar alguém a amar, mas parte do princípio de que a ninguém é dado o direito de ocasionar prejuízos a outrem, e se assim o fizer deve indenizar na medida certa do mau que causou e na proporção do seu poder aquisitivo. A punição além do caráter preventivo terá um cunho educativo.

O dano ocorrido na esfera psicológica de uma criança tem a iminência de ser maior do que os danos materiais capazes de se refazerem com facilidade, pois os danos morais nem sempre podem ser apagados, assim é certo que as consequências deixadas na personalidade de uma criança a marcará na sua vida adulta. Pois, se alguém não cumpriu o seu dever familiar

imposto pela lei e isso gerou ao filho, a quem por regra geral devia ter o prazer de conviver, um prejuízo que obteve seu amadurecimento sadio deve ser levado a reparar o mau que fez.

Portanto, se a sociedade se ergue diante desta conjuntura, procurando o judiciário para proteger a dignidade da criança, cabe a ele cumprir seu papel de equilibrador das relações sociais, sem deixar que alegações sentimentais lhe tirem a função principal de aplicar as normas aos fatos sociais da vida diária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Just.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 15 de setembro de 2013.

DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª ed.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 139

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5: direito de família. Ed. 25ª. São Paulo: Saraiva 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 408.550.54. Rel. Des. Unias Silva da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, MG, 15 de setembro de 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Família e Cidadania. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

MIRANDA, Pontes. Direito de Família: direito parental: Revista dos Tribunais, 2012, São Paulo. Parte especial.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito de Família, Ed. 38ª. São Paulo: Saraiva 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8º edição. Ed. Forense, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: Dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª ed. Rev. Atual. E ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito dos avós) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 139

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, Elementos e Limites ao Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REFERÊNCIAS DE SÍTIOS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n. 549.484.4/6-00, 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro. Julg. 16 abr. 2009. Disponível em: www.tj.sp.gov.br.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 4ª Câmara de Direito Privado. AC 361.324.4/7. Rel. Des. Maia da Cunha. Por maioria. Jul. 27 mar. 2008. Disponível em: www.tj.sp.gov.br.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. AC 410.524-2/0-00; Ac 3694929; 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro. DJESP 08 jul. 2009. Disponível em: www.tj.sp.gov.br.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 8ª Câmara de Direito Privado. Ap com Revisão nº 11.903-4/7-00. Rel. Des. Caetano Lagrasta. Julg. 12 mar. 2008. DJESP 27 mar. 2008. Disponível em: www.tj.sp.gov.br.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 990.10.038606-9. Rel. Des. Natan Zelinchi de Arruda. Por maioria. Jul. 11 nov. 2010. Disponível em: www.tj.sp.gov.br.