

ABANDONO AFETIVO E OS DANOS MORAIS

GABRIEL, Helena Scotini

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro prevê no direito fundamental a dignidade da pessoa humana, englobando o direito à família, aos cuidados e à afetividade. O direito de ser cuidado, educado e assistido é garantido pela Carta Magna. Entretanto, a realidade de muitos filhos e filhas, é o abandono sentimental pelos pais e mães. Crescem sem a presença daqueles que são peça fundamental para o seu desenvolvimento, o que pode gerar danos psicológicos. O abandono sentimental também é conhecido como abandono parental ou afetivo. Processos de abandono sentimental estão ganhando grande repercussão na mídia pelo valor das indenizações de danos morais que chegam a milhões, com fulcro na responsabilidade civil subjetiva. Diante dessa problemática, através de pesquisas em livros, sites, jornais e leis, o artigo busca a melhor compreensão do abandono afetivo em seu conceito, seus efeitos, limites e consequências.

Palavras – chave: Abandono sentimental. Afetivo. Família. Direito de Família. Danos morais.

Abstract: The Brazilian legal system provides for the fundamental right to the dignity of the human person, encompassing the right to family, care and affectivity. The right to be cared for, educated and assisted is guaranteed by the Magna Carta. However, the reality of many sons and daughters is the sentimental abandonment of fathers and mothers. They grow without the presence of those who are fundamental to its development, which can generate psychological damages. Sentimental abandonment is also known as parental or affective abandonment. Processes of sentimental abandonment are gaining great repercussion in the media by the value of the indemnifications of moral damages that arrive at million, with fulcrum in the subjective civil liability. Faced with this problem, through research in books, websites, newspapers and laws, the article seeks to better understand the concept, its effects, limits and consequences.

Keywords: Sentimental abandonment. Affective. Family. Family right. Moral damages.

Introdução

Esse artigo foi organizado em três capítulos, tendo como objetivo, apresentar um tema de grande relevância social: o abandono afetivo.

Este estudo tem como escopo averiguar o que é abandono afetivo e se é passível de indenização por danos morais, devido ao crescente número de casos na justiça buscando reparação pelos danos causados nos filhos abandonados pelos pais.

Para atingir a meta desta pesquisa, fez-se necessário o exame sobre o instituto da família e sua proteção especial dada pela Constituição da República de 1988 e, como esta tem se transformado com o tempo e as mudanças sociais.

É analisada a transformação do Pátrio Poder para o poder familiar, o que essa nova expressão carrega a responsabilidade que ela traz e como o afeto está presente nesse novo poder.

Por fim, é visto como o abandono afetivo é percebido por doutrinadores e juristas, o ponto de divergência, preocupações com o possível dever de indenizar e como o direito brasileiro vem se posicionando sobre tal assunto.

O Instituto da Família

A família é um dos institutos mais intrínsecos e básicos ao ser humano. Desde os primórdios o homem vive em grupos para sobreviver, nasce em grupo, cresce e se desenvolve no mesmo. A família é o grupo mais importante e é nele que são repassados os costumes e tradições, além dos principais valores sociais e morais que virão a ser base no processo de crescimento e socialização de uma criança. Maria Helena confirma:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. [...] Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (Diniz, 2008. v. 5. p. 9):

Na opinião de Clóvis Beviláqua, a família pode ser definida como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie. (1916 *apud* PEREIRA 1997, p.17),

Consoante com o disposto acima, na percepção de Viana (1998), a família apresenta-se como sendo uma instituição por meio da qual se percebe a preparação das gerações seguintes, tendo como base as instituições atuais para o serviço da civilização, bem como para o real cumprimento de seus deveres sociais. Nesse sentido, constata-se que a família pode ser vista como sendo a fonte de desenvolvimento, assim como de prosperidade.

Constitucionalmente, a família é célula fundamental e básica da sociedade, gozando de proteção especial do Estado. Entretanto, é importante ressaltar que, apesar de ter a tutela estatal, o conceito de família sofre grandes mudanças por ser um fenômeno social. Essas mutações ocorrem em tamanha velocidade que o direito é incapaz de acompanhar.

Segundo Venosa (2005), a unidade familiar é considerada a primeira, assim como a mais importante instituição da sociedade humana. Esta união de duas pessoas responsáveis para criar uma nova geração, desenvolver vínculos de parentescos, de comunidade, até a formação de uma grande sociedade.

Nesse sentido, Gonçalves (2005, p.1) descreve a família como uma realidade sociológica, uma instituição necessária e sagrada que merece a proteção do estado em qualquer aspecto que for considerada.

As várias concepções atribuídas ao instituto família se devem a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou o conceito e colocou todas as novas formas familiares também sob proteção.

Nos dizeres de Dias,

Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas de

convívio que as pessoas encontram para buscar a felicidade. (2010, p. 40).

Sobre essa temática, Gomes (2007, p. 1) afirma que “a família como é tradicionalmente vista ainda é decorrente significativamente do que foi determinado à época da Antiguidade”.

A família antes vista, exclusivamente, como um homem e uma mulher unidos pelo casamento e seus descendentes, passa a reconhecer novas entidades familiares que antes eram mal vistas e repudiadas pela sociedade. O direito da família passa ser influenciado pelo afeto, pelas relações afetivas da sociedade sem ter uma única cara o laço familiar protegido pela lei.

Dresch conclui:

O novo Texto Constitucional provocou verdadeira revolução no Direito brasileiro. Com ele inaugurou-se um novo Direito de Família no país. Seu art. 226 ampliou o conceito de família, ao reconhecer outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, garantindo a elas a proteção do Estado. (Dresch (2016).

Observa-se que a família deixou de ser um conceito jurídico limitado e taxativo e passou a se apresentar com novas estruturas, se adaptando as novas necessidades sociais consequências das novas realidades que foram absorvidas pela Constituição da República de 1988.

Nesse mesmo sentido, Alves afirma que:

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. (ALVES, 2016, p.5).

Segundo Dias (2009), a família, de um modo geral, sempre foi vista como sendo o centro da sociedade, a qual vem desenvolvendo sua função de acordo com a realidade de cada período.

No período atual, nota-se uma grande proteção a família e seus membros como indivíduos dignos de respeito em um aspecto mais afetivo e humano, e menos taxado por aquilo que a sociedade “elitizada” considera politicamente correto.

Dias ensina que:

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. (DIAS, 2009, P.69).

Nessa linha, Gomes (2003) acredita que a família se apresenta como sendo um fato social, e não somente uma instituição de âmbito jurídico. Assim, diferentemente da família patriarcal, hierarquizada e patrimonializada, pode-se dizer que a família moderna é um local onde imperam os laços de afetividade, bem como os princípios ligados à liberdade, igualdade, bem como da própria dignidade do homem.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 43), descrevem a família como um núcleo composto por pessoas que se unirão por um vínculo socioafetivo com o objetivo de permitir a realização plena de seus integrantes.

No pensamento de Lôbo (2012, p. 71)

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. (LOBO, 2012, p. 71).

Ainda com todas as novas acepções no conceito de família feitos nos últimos tempos, Dias (2005) acredita que a lei somente conhecerá a Justiça quando respeitar e considerar, ao todo, o afeto no comportamento que se pretende regulamentar, senão, serão estimuladas as injustiças, o preconceito e o convencionalismo.

O poder familiar

Uma das maiores e mais importantes mudanças feitas no Direito de Família foi feita pelo princípio da igualdade, disposto no artigo 5º da Constituição de 1988, inciso I, sobre o “pátrio poder”, que passou a ser “poder familiar”. O primeiro, regido pelo princípio da autoridade na união de um homem e uma mulher, já o segundo descentraliza a autoridade para o desenvolvimento familiar.

O pátrio poder, retirado do nosso ordenamento jurídico do direito romano, consistia no poder exercido com exclusividade pelo homem da família, o pai, aquele quem tinha total poder e controle sobre a esposa e filhos. A mulher ao se casar saía do estado de filha sob o poder do pai, para esposa sob

o poder do marido. O homem era o centro de autoridade e tomava todas as decisões relativas ao desenvolvimento da família. No Brasil, até a Constituição Federal de 1988, era esse modelo patriarcal que regia as famílias brasileiras.

Como explica Ribeiro (2002), o Estado Romano não interferia na família por acreditar-se que a família era uma representação do Estado e o homem era quem exercia domínio sobre ela, como o imperador exercia o domínio sobre Roma.

Venosa ressalva que:

Na redação originária do Código Civil, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal. (VENOSA, 2007, P. 288).

Silva (2002, p. 450-451) esclarece que “a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal.”

A mulher casada era relativamente incapaz, os filhos legítimos eram subjugados aos poderes do pai e os ilegítimos sequer eram reconhecidos (Almeida, Rodrigues Junior, 2010).

Dall’Alba (2004, p. 2) acrescenta essa temática, afirmando:

[...] de modo que muitas mulheres sequer chegaram a ser capazes durante toda sua vida, pois como poderiam casar-se a partir dos dezesseis anos e só adquiririam a capacidade aos 21 anos, aquelas que casaram antes dessa idade não chegaram a possuir a capacidade plena. (DALL’Alba, 2004, p. 2).

As mudanças só começaram com a saída de casa da mulher para o mercado de trabalho, ao adquirir direito de voto e finalmente luta pela posição de igualdade perante o homem. Neste viés, Stacciarini (2015, p. 1) expõe:

Com o passar dos anos o instituto do pátrio poder evoluiu e passou a predominar-se como o poder de dirigir a educação dos filhos, fixar a sua condição e administrar seu patrimônio sendo conferido exclusivamente ao pai e mais a diante a mãe, criando uma igualdade de condição que não vige a prevalência da vontade paterna. (STACCIARINI, 2015, P.1).

O princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher provocou mudanças no direito de família como nenhum outro.

No ordenamento jurídico brasileiro, o advento da Constituição foi um divisor de águas ao adotar a expressão poder familiar, por tratar com igualdade os direitos e deveres dos cônjuges na relação familiar. A esposa e filhos passam a ter papéis ativos e fundamentais no desenvolvimento da família. Os cônjuges compartilham as responsabilidades e a organização do lar, com a finalidade de atender aos interesses dos descendentes como pessoas em desenvolvimento.

Nesse entendimento, Diniz (2008, p. 19) menciona que:

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. (DINIZ, p.19).

Gonçalves explica:

Poder familiar é o conjunto de direitos e atribuições de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. [...] É irrenunciável, indelegável e imprescritível. (GONÇALVES, p.133).

O pátrio poder passou a ser definido como poder familiar, o que vigora até os dias de hoje. Essa mudança ocorreu para igualar os pais como detentores de direitos sobre o filho (VENOSA, 2005, p. 353).

Esse poder é exercido pelos pais em relação aos filhos enquanto menores, como prega o artigo 1.630 do Código Civil, abrangendo os havidos no casamento ou não, desde que reconhecidos, os não emancipados e os adotivos.

A legislação brasileira busca, atribuindo o poder familiar aos pais, conferir aos menores os direitos básicos que só o núcleo familiar pode oferecer, o mínimo de deveres sob sua responsabilidade. A Constituição da República colocou não só como sua obrigação, mas como da sociedade e do Estado.

O artigo 227 da Carta Magna de 1988 dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diniz elucida que em relação à criação e a educação dos filhos, os pais deverão proporcionar os meios materiais para a sua subsistência e instrução conforme suas condições financeiras e sociais, para poder dar aos menores uma personalidade e uma boa formação intelectual e moral.

O poder familiar é reconhecido como responsabilidade dos pais, autoridade pessoal e patrimonial compreendendo a educação, cuidados e a defesa dos interesses do menor. É o poder de garantir que os filhos sobrevivam até que possam adquirir capacidade de sobreviverem por si mesmos. Essa responsabilidade tem caráter de múnus público do poder familiar, tornando-a irrenunciável, e ainda é instituto imprescritível e extingue-se em casos previstos pela lei.

Diniz aponta que, constitui um múnus público, sendo uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo poder familiar um direito-função e um poder-dever.

Irrenunciável por ser colocado como dever dos pais pela lei, e este não podem convencionar abrindo mão do poder. Imprescritível por não se extinguir pelo não exercício. A extinção se dá nas hipóteses do artigo 1.635 do Código Civil, são elas: a morte dos pais ou do filho, a emancipação, maioridade, adoção ou decisão judicial nos casos do artigo 1.638 do Código Civil.

Carbonera (2000, p. 71) acredita que a autoridade dos pais demonstra os esforços para proporcionar aos filhos as melhores condições de criação e desenvolvimento de personalidade.

É dever dos pais sustentar, educar, corrigir e impor limites, mas também é preciso, para um desenvolvimento ideal, a convivência, o carinho, afeto e proteção. No seio familiar ideal é fundamental a presença do afeto, sendo ele um dos maiores interesses do menor.

No entendimento de Maria Berenice Dias (2007, p. 140), a convivência de pais e filhos é um direito dos filhos e não dos pais. O distanciamento entre eles causa grandes danos emocionais e sequelas em seu desenvolvimento que podem deixar reflexos permanentes em sua vida.

Para Cunha (2009), o afeto é o que move todas as relações humanas, principalmente a relação familiar que é base da nossa sociedade. Os laços criados pelas relações conjugais, parentalidade e fraternidade nascem do afeto e se dissolvem pela falta do mesmo.

O afeto, ainda que não expresso no ordenamento jurídico, é valor fundamental da família e ganha cada vez mais espaço nas palavras de juristas como: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, bem como Álvaro Villaça Azevedo, Luiz Edson Fachin, Sérgio Resende de Barros, entre tantos outros.

O Abandono Afetivo e o dever de indenizar

A realidade brasileira é diferente do que rege a lei. Apesar de leis e toda a proteção constitucional à família, crianças e adolescentes sofrem com o abandono material, intelectual e principalmente afetivo.

Stocker e Hegeman (2002), em seu estudo, expõem a impossibilidade de viver uma vida humana satisfatória sem afeto, até mesmo a impossibilidade viver uma vida humana, ou sequer ser uma pessoa.

Para Sérgio Resende de Barros:

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.

O ser humano tem a necessidade de viver em grupo, de conviver, trocar ideias com outros. Essa necessidade é maior na infância, fase de formação da personalidade, o afeto é fundamental para humanizar e é natural o desejo de ter um lar, pertencer a uma família e ser amado por ela.

Farias nos ensina:

Que se há de afirmar do desenho da família na contemporaneidade é de núcleo fecundo para o desenvolvimento dos aspectos mais

positivos do ser humano, como a solidariedade, a ajuda recíproca, a troca enriquecedora e os laços afetivos. Um verdadeiro lar: um lugar de afeto e respeito. (2010).

Desta forma, o significado de ser pai ou mãe é indicado como a figura que cria, educa, ensina, direciona e convive sob as características do respeito e do afeto.

A essência do poder familiar, segundo Dias (2009, p. 388), não esta somente no dever constitucional de cuidar, assistir, educar, não se limita aos cuidados patrimoniais, mas também no afeto responsável pela ligação entre pais e filhos, propiciada pelo encontro e convivência familiar.

O abandono afetivo ocorre quando os pais deixam de exercer esse dever de cuidado e passam a agir com indiferença com sua prole.

Na visão de Tânia da Silva Pereira “[...] o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana”.

Lôbo (2011, p. 312), descreve o abandono afetivo como:

[...] inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. (LOBO, 2011, p.312).

Nessa linha de pensamento, Camargo Neto (2011, p. 17/30) explica que, o dano afetivo, enquadrado no gênero dos danos morais, ou na subespécie dos danos à pessoa, é aquele que atinge a criança e o adolescente, em consequência da inviabilização da convivência dos pais com os filhos, o descumprimento desse direito-dever.

A não participação dos pais para com os filhos, o rompimento de ligações pessoais e afetivas gera danos, possíveis transtornos psicológicos no desenvolvimento da criança e adolescente.

Ao referir-se a tal assunto, Cardoso (2018) diz que o sofrimento da criança abandonada pode ocasionar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto de sua vida. A criança pode se isolar do convívio social,

apresentar depressão, tristeza, problemas escolares, além de problemas de saúde.

Como faz notar Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. (HIRONAKA, 2011).

Diante do abandono afetivo e seus danos, o que se vê atualmente é a crescente indagação sobre a existência ou não de um direito indenizatório. A doutrina e os tribunais divergem quanto ao tema.

Aqueles contrários à aplicação do dano moral no direito de família sustentam que não se pode obrigar alguém a amar o outro, e muito menos reparar a dor emocional com pecúnia.

A despeito disso, Souza (2010, p. 60-74), assim se posiciona em discordância e contrariedade a maioria dos doutrinadores:

Monetarizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto muitas vezes de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis, longe de ser um instrumento de aquisição ao interesse do filho, pode ao contrário, redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado. (SOUZA, 2010, p.60-74).

Há uma grande preocupação por parte dos operadores do direito quanto à indenização de dano moral por abandono afetivo se transformar em um incentivo à indústria do dano moral devido ao valor da indenização, e conseqüentemente banalizar algo tão fundamental para a formação do ser humano.

Angeluci (2006, p. 51) expressa suas dúvidas em relação ao valor dado à extensão do dano quando não se pode fixar um valor ao afeto do pai para com seu filho. Não pode ser calculado o dano moral em si.

Dentre os casos julgados pelos Tribunais brasileiros, vários provimentos foram negados sob o entendimento de não haver cabimento de condenação por danos morais em razão do abandono afetivo, visto que não é possível

obrigar alguém a amar terceiro, quantificar o valor desse amor e não caracteriza ato ilícito. Vale notar esse exemplo:

DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO À FILHA. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. O distanciamento do varão em relação à filha, somente reconhecida mediante sentença, não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja plausível que a autora tenha sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. Ademais, em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70063526610, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/06/2015).

As decisões seguem a tese adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça – STJ, quando firmou o entendimento de que a indenização por dano moral pressupõe prática de ato ilícito (REsp 757.411/MG, 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves, un. DJU 29.11.2005). Em seu voto, o ministro-relator enfatiza que escapa do arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou manter um relacionamento afetivo.

Entretanto, o Direito brasileiro vem, recentemente, tomando decisões no sentido inverso, nas quais reconhece o dever de indenizar o dano moral em razão do abandono afetivo. A mudança se deve ao recente entendimento de doutrinadores e juristas que o pedido de reparação visa reparar o dever de cuidado, inerente à relação pai-filho, e não o amor por si só.

Montemurro (2015) identifica que o que gera o dano é o prejuízo na formação de uma criança ao negar em desferir amparo, assistência moral e psíquica, é desatender necessidades, é em muitos casos desfazer os vínculos afetivos já estabelecidos e descumprir deveres derivados do poder familiar.

Um dos mais relevantes ensinamentos sobre o tema em pauta é o voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi, no qual ela aponta o que gera o dever de indenizar no abandono afetivo nos seguintes termos:

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art.227 da CF/1988. Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que

já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada na parte final do dispositivo citado: “[...] *além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência* [...]”. [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar [...]. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é destinado 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. (grifo nosso).

Entende-se que é devida a indenização pela omissão no dever de prestar cuidados determinados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e não pela falta de amor. Não havendo dever de amar, os pais devem cuidar adequadamente e com dignidade sua prole.

Outro aspecto levantado por Montemurro (2015) é que o valor jurídico atribuído ao dever de cuidado pela ordem constitucional visa assegurar a dignidade da pessoa humana e a proteção dos filhos. Quando esse dever é ignorado, desdobra-se em ato ilícito.

Na visão de Pereira, “afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele.”

Visando a reparação do dano sofrido pelo abandono afetivo, a indenização vem alcançando altos valores. É importante frisar que essa reparação não pode se tornar uma de enriquecimento ilícito para a pessoa indenizada, ao se mensurar a negativa do dever de cuidar é preciso cautela.

Ao analisar a lei civil, convém enfatizar o artigo 944, caput, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, devendo recompor os prejuízos integralmente.

À vista disso, Hironaka (2011) explica que a responsabilização civil seria uma forma de compensar os filhos pelos danos causados pelo distanciamento intencional e injustificado dos pais, e também uma forma de punir o infrator e alertar os demais genitores para as consequências destes atos.

A 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso de Sul, deu provimento com unanimidade a um recurso de ação de indenização por danos morais intentado por dois menores em face do pai, em razão de abandono afetivo. Em primeiro grau o pedido foi julgado improcedente, mas ao recorrerem o recurso foi provido e o pai condenado a pagar a cada um dos filhos o valor de R\$ 100.000,00 por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

Ponderou caso, o Desembargador Dorival Renato Pavan relator desse julgado que:

Negar o afeto é negar um direito fundamental, é ofender a integridade e a dignidade do filho, ser humano em processo de formação da personalidade, na medida em que a presença regular e efetiva do pai em sua vida é essencial e indispensável ao seu pleno desenvolvimento rumo à maturidade, formação pessoal, social e moral. (JUSBRASIL, 2012).

O Desembargador também comentou, “[...] o abandono afetivo é ignóbil, vil, repulsivo e assume a forma de um espectro quando praticado contra o infante, a criança ou o adolescente.” (Jusbrasil, 2012)

Consoante com o que foi dito, muitos outros tribunais andam tomando o mesmo rumo sobre o dever de indenizar, caracterizando uma grande tendência moderna de indenização ao abandono afetivo desde que comprovado o dano aos filhos, bem como a conduta ofensiva.

Explica ainda Silva (2011, p. 42):

Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave. (SILVA, 2011, p. 42).

A admissibilidade das ações, no entanto, deve ser analisada no caso concreto, com prudência de modo a evitar ações meramente gananciosas, que

visam o enriquecimento ilícito, e ao mesmo tempo assegurar que condutas ofensivas a direitos da personalidade dos filhos não fiquem impunes.

O Projeto de Lei 700/2007 aprovado pela Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal em 2015, pendente de aprovação pelo Congresso Nacional, obrigará a reparação de danos morais aos pais que deixarem de prestar assistência afetiva aos seus filhos, por meio da convivência ou visita periódica, confirmando o atual entendimento jurisprudencial (IBDFAM, 2015).

Não há como saber os trilhos que a Justiça brasileira irá seguir, o que pode se notar é a grande divergência entre os Tribunais. Não se pode negar que é preciso que algo seja feito para que crianças e adolescentes cresçam com todas as suas bases fundamentais seguras.

Assim, Barros (2017) afirma que é preciso restabelecer uma parentalidade responsável, mudar a cultura de uma sociedade onde pais só exercem sua função nos finais de semana, e quando fazem, negligenciando seus filhos.

Por todo o exposto, é visível que o afeto é fundamental nas relações familiares, sendo indispensável a convivência e o cuidado para com o desenvolvimento da criança e do adolescente. A falta desses cuidados causa sérios danos que podem vir a ser objeto de ação indenizatória ajuizada pelos filhos negligenciados emocionalmente em face dos pais.

O núcleo obrigacional violado pelo abandono afetivo é a omissão de prestação de cuidados e não essencialmente a falta de amor, e é sobre esse núcleo que o dever de indenizar incide. Dever este que ainda é uma insegurança jurídica e sem limites delineados.

Considerações finais

Antes de se aprofundar nos argumentos conclusivos, é imperioso ressaltar que este artigo não visa esgotar o tema dada sua complexidade.

O trabalho apresenta o fundamental papel do instituto da família na sociedade. A família é base, é célula núcleo de todo ser humano. É neste

núcleo que o ser humano nasce, cresce, se fortalece e se desenvolve até ser capaz de sobreviver por si mesmo e criar um núcleo familiar, dando continuidade ao ciclo da vida.

No Direito, o instituto da família se vê protegido constitucionalmente por ser a base onde são transmitidos costumes, tradições, valores, princípios morais e sociais que fazem cada pessoa ser parte da sociedade como um todo.

A família toma uma nova forma com o passar do tempo, é cada vez mais abrangente e se permite guiar pelo afeto, que une as pessoas e que forma laços.

Com a transformação para o poder familiar, o ser humano passa a ter maior dignidade dentro do ambiente familiar antes controlado e sustentado única e exclusivamente pelo homem. As mulheres e os filhos passam ter seus direitos assegurados e o afeto ganha mais espaço;

Este estudo comprova que o afeto tem valor fundamental no círculo familiar. Ele está presente no cuidado com os filhos quanto à proteção, alimentação, cuidados médicos e prevenção de doenças, na educação e na formação integral dos filhos como pessoas de direito e futuros cidadãos.

Entretanto, a realidade de muitas crianças e adolescentes é o abandono afetivo, sendo este o causador de danos irreversíveis para a formação dos abandonados. É lastimável que seja cobrado da Justiça o que deveria ser espontâneo.

Tendo em vista a proteção constitucional para com a família e o fato de que o Direito Civil Brasileiro é baseado na Constituição Federal de 1988, os pais têm o dever de cuidar e assistir os filhos menores.

São os pais os responsáveis por estes até serem capazes de se responsabilizarem por si mesmos. Caso contrário, os responsáveis pelas crianças estarão sujeitos ao dever de indenizar os infantes pelo danos causados ao menor.

Referências

ALMEIDA, Renata Babosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Fernando de Brito. A homossexualidade e o princípio constitucional da igualdade. Argumentar: **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós- Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 6, 2006.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **A responsabilidade civil por dano afetivo**. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos: na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Civil Anotado**. 11. ed. Ver., aum. E atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1337.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2011.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva ,v, VI, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha **A sexualidade vista pelos Tribunais**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. In: **Responsabilidade Civil no Direito de Família**, ob. cit., p. 406

SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. SILVA, Claudia Maria Teixeira. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n° 25 - Ago-Set 2011. Porto Alegre: Magister.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. **Dano moral por abandono: monetarizando o afeto**. *Revista das famílias e sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n. 13, p. 60-74, 2010.

SOUZA, Ionete de Magalhães; OLIVEIRA, Caroline Orneles; JÚNIOR, Washington Navarro Souza. **A responsabilidade civil pelo abandono afetivo nas relações familiares**. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo: Sage|Síntese, ano XVII, n° 98, p. 57-71, Out – Nov 2016

STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. **O valor das emoções**. São Paulo: Palas Athena, 2002, p. 45.

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

VENOSA, Sílvio Sálvio. **Direito Civil - direito de família**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 5.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, v.7, 2007.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1998.

Sites Acessados

ANGELUCI, Cleber Afonso. **Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/713/893>>. Acesso em: out 2018.

BARROS, S. R. **O Direito ao afeto. Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>>. Acessado em Nov 2018.

BARROS, Cláudio R. **Abandono afetivo e os limites do dever de indenizar**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57256/abandono-afetivo-e-os-limites-do-dever-de-indenizar>>. Acessado em nov 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: S.F, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em out 2018.

CARDOSO, Mariana. **Abandono afetivo: psicóloga explica os danos para formação da criança**. Disponível em: <<http://blog.terapiadebolso.com.br/abandono-afetivo-psicologa-explica-os-danos-para-formacao-da-crianca/>>. Acesso em out 2018.

Código Civil Brasileiro de 1916. **Lei n. 3071 de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em out 2018.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: nov. 2018.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato. 2004**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm>. Acesso em out 2018.

DRESCH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51859/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acessado em: nov 2018.

GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a mudança de paradigma das entidades familiares.** 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>>. Acesso em: out 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em nov 2018.

MONTEMURRO, Danilo. **Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acessado em out 2018.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia>>. Acesso em nov. 2018.

Stacciarini, Alessandra. **Poder familiar: evolução histórica e legislativa. Poder familiar: evolução histórica e legislativa.** Jus Brasil. 2015, p. 1. Disponível em: <<https://alestacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/190133523/poder-familiar-evolucao-historica-e-legislativa>>. Acesso em nov. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Disponível em www.stf.jus.br.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. Pai é condenado em danos morais por abandono afetivo de dois filhos. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100131148/pai-e-condenado-em-danos-morais-por-abandono-afetivo-de-2-filhos>>. Acessado em nov 2018.