



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE
REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

Nathalia dos Santos de Moraes

Rio de Janeiro
2017

NATHALIA DOS SANTOS DE MORAES

A INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE
REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso
de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

Nathalia dos Santos de Moraes

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo – Trata o presente artigo do abandono afetivo e da responsabilidade civil, com o objetivo de discutir a viabilidade de ação de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo proposta por filhos em face dos pais ser eficiente para recuperar o dever de afeto. Para tal, foram abordados temas importantes acerca de direito de família e sobre responsabilidade civil, sobre conceito entidade familiar e suas evoluções com o desenvolvimento da sociedade moderna, o significado de abandono afetivo, verificação junto com a psicologia, se a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo é a solução que se coaduna com o Princípio do Melhor Interesse da Criança. Por fim, após a abordagem desses temas, a pesquisa conclui que é fundamental resgatar a consciência do genitor em relação ao dever de afeto, não sendo a via judicial a mais adequada para resgatar os valores de amor, cuidado e zelo de pais em relação aos filhos.

Palavra-chave – Direito de Família – abandono afetivo – responsabilidade civil.

Sumário – Introdução. 1. O reflexo da omissão dos pais quanto aos poderes intrínsecos ao poder familiar. 2. O abandono afetivo e a compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3. Aspectos positivos e negativos do dever de indenização por abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é discutir a ineficácia da responsabilidade civil como mecanismo de reparação pelo abandono afetivo. Procura-se demonstrar que os modelos de família que se desenvolveram na sociedade moderna refletem na divisão desigual dos genitores na criação dos filhos, pois se de um lado temos sobrecarga de responsabilidade, do outro, verifica-se o abandono afetivo, e este, por sua vez, traz prejuízos irreparáveis na vida da criança que se desenvolve nesse seio familiar, sendo preciso avaliar se os prejuízos advindos da omissão do dever de cuidado dos pais podem ser reparados por meio de indenização.

Com esse fito, abordam-se posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema, para demonstrar que embora a responsabilidade civil como mecanismo de reparação pelo abandono afetivo não seja efetiva, pois a ausência de afeto, carinho, proteção, segurança não se repara com pagamento de indenização, foi a solução encontrada pelo Judiciário para

amenizar a omissão paterno-filial.

A inobservância do dever constitucional de criar, educar, apoiar, dar todo o suporte necessário para o desenvolvimento dos filhos por parte dos pais é flagrante nas famílias brasileiras, e em vez de uma paternidade responsável, verifica-se um abandono afetivo em relação aos filhos. Essa situação, entretanto; não é regularizada pelo ordenamento jurídico brasileiro e nos remete às seguintes questões: é possível determinar a prestação de afeto pelos genitores em relação aos filhos? É possível que o Judiciário estabeleça condenação em danos morais por abandono afetivo? Essa indenização, uma vez fixada, resolve os problemas de ordem psíquica gerado nos filhos?

Para compreensão do tema, busca-se conceituar entidade familiar e suas evoluções com o desenvolvimento da sociedade moderna, apresentar o significado de abandono afetivo, bem como verificar, com a ajuda da psicologia, se a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo é a solução que se coaduna com o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

O primeiro capítulo tem por objetivo tratar do dever constitucional de criar, educar, apoiar, dar todo o suporte necessário para o desenvolvimento dos filhos e as consequências da omissão desse dever.

O segundo tem por objetivo demonstrar que o dever de cuidado é um bem juridicamente tutelado pelos tribunais, que impõe aos pais a visitação aos filhos, sob pena de condenação, é melhor que o sentimento de abandono.

Já o terceiro capítulo, tem por objetivo, comprovar que embora a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo seja uma solução para amenizar a omissão da relação paterno-filial, ainda é ineficiente como medida reparadora para compensar os danos causados a um filho que se desenvolve no seio de uma família cujo afeto lhe foi negado.

Levando-se em conta a incidência inegável da Psicologia no caso em questão, mister a consulta a materiais realizados por profissionais do ramo para uma melhor compreensão do caso e verificação das melhores soluções que levariam em conta o melhor interesse da criança.

Por fim, para a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica, será empregado o método bibliográfico, mediante material já publicado, tais como livros, artigos, periódicos, legislação, internet, de modo a embasar o trabalho científico.

1. O REFLEXO DA OMISSÃO QUANTO AOS PODERES INTRÍNSECOS AO PODER FAMILIAR

As relações desenvolvidas nos núcleos familiares geram efeitos sociais, pessoais e patrimoniais regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro, entre eles o poder familiar, o dever de mútua assistência, de alimentos e visitação.

Com o nascimento de um filho, surge uma série de deveres inerentes a esse ofício, que juridicamente denomina-se “poder familiar”, antigo pátrio poder ou *pátria potestas*. Este, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves¹, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.” O poder familiar, em apertada síntese, foi instruído com a finalidade e de proteção e preparação dos filhos para a vida adulta.

No caput do art. 227², da CRFB/88 estão discriminados inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente que decorrem do exercício do poder familiar: 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.

Não só a Constituição, mas outros diplomas legais regulamentam os deveres intrínsecos ao poder familiar, é o que observamos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que confere aos pais obrigações do ponto de vista material, mas principalmente afetivas, psíquicas e morais.

O poder familiar tem como características um munus público, ou encargo, porque aos pais é atribuída uma função quase pública na criação da sua prole, que tem início com o nascimento do filho. Esse poder é instituído visando o interesse dos filhos e da família, para efetivação do princípio constitucional da paternidade responsável, previsto no §7º do art 226³, da CRFB/88.

Ademais, é também, característica do poder familiar, a sua irrenunciabilidade, o que significa dizer que ele é indelegável, de modo que os pais não podem renunciá-lo ou transferi-

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107.

² Art. 227, CRFB/88: 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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.

³ Art. 226, §º 7º, CRFB/88: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.

lo para outrem. É ainda imprescritível, na medida em que, por mais que o poder familiar não seja exercido pelos pais, dele os genitores não decaem, os pais só perdem o poder familiar nos casos expressamente previstos em lei.

No que concerne à sua extinção, o art. 1630,⁴ do Código Civil dispõe que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” e daí conclui-se que o poder familiar extingue-se com a maioridade, ou antes, nos casos de emancipação e outros previstos no art. 5º do mesmo diploma legal.

Já em relação à titularidade do poder familiar, dispõe o §5º, do art. 226,⁵ da CRFB/88 que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, o que se coaduna com o disposto no art. 1631,⁶ do CC ao dispor que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”, dos quais se extrai que a titularidade do poder familiar é hoje exercida por ambos progenitores.

Ainda que haja o divórcio, a separação judicial ou a dissolução da união estável, permanece o direito que os pais exercem de terem os filhos em sua companhia, com o surgimento de um novo modo de exercício do poder familiar, pois daí decorre o direito de guarda para um genitor e em contrapartida o direito de visitas para o outro. Não obstante, nem sempre o exercício do poder familiar é executado dessa forma, já que pode haver a guarda compartilhada.

Esse contexto de regulamentação de visitas é propício para gerar abandono afetivo com relação aos filhos, o que frise-se, não será uma regra, pois é comum na sociedade atual o abandono afetivo de genitores presentes e que coabitam com seus filhos. Portanto, é um erro considerar que filhos que convivem com ambos genitores não possam sofrer com o abandono afetivo.

Diversamente do que ocorreu no passado, na sociedade atual, existem diversos tipos de família. Família não é mais aquela havida do casamento e os filhos advindos dessa relação. A título de exemplo, existem famílias constituídas pela união entre pessoas do mesmo sexo, por pais ou mães solteiras, por pessoas adotados, entre outros. Então, o que se percebe é que a afetividade hoje ganhou muito mais importância do que o laço sanguíneo para a constituição

⁴ Art. 1630, CC: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁵ Art. 226, §º 5º, CRFB/88: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁶ Art. 1631, CC: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

da família.

Desse modo, é necessário proteger e respeitar os valores que dão origem às famílias da sociedade moderna, pois é indubitável que a entidade familiar é o primeiro núcleo de um indivíduo, sendo o pilar de formação do seu caráter e educação.

O abandono afetivo resta caracterizado quando aquele que deveria exercer um papel afetivo na vida da criança e do adolescente acaba tendo um comportamento omissivo. Essa inação dos genitores gera danos aos direitos da personalidade dos filhos, que não dependem exclusivamente de apoio material, mas, principalmente, do afeto dos pais.

Resta claro, portanto, que ser pai e mãe vai muito além do amparo material que é oferecido aos filhos, estes necessitam de carinho, afeto, amparo emocional para que se desenvolvam em um ambiente equilibrado e sadio.

Nesse sentido, não cumprem o dever de educar e criar os seus filhos, os pais que se limitam a dar-lhes apoio material. É equivocada a ideia de que o pai que paga pensão alimentícia cumpre a sua função de pai, pois fazer isso é apenas sustentar a prole. Exercer esse múnus é, conforme prevê o art. 1634,⁷ do Código Civil, muito além do que cumprir com o dever de sustento. Os genitores devem ser presentes na vida de seus filhos, devem educá-los, tê-los em sua companhia e guarda, entre outras.

E quando os pais não cumprem o dever de convivência previsto no art. 227⁸ da CRFB que surge a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, e lembre-se que há abandono afetivo de pais que coabitam com os filhos e, por isso, o dever de convivência não deve ser interpretado como dever de coabitação, mas como o dever de educar.

Os direitos da personalidade da criança são abarcados pela CRFB/88 e quaisquer atos que venham de encontro àqueles são passíveis de sofrerem sanções por meio de indenização por dano moral.

Mas será que é possível que o Judiciário estabeleça condenação em danos morais por abandono afetivo? O que se percebe é que a responsabilidade civil decorrente da omissão do dever de cuidado tem sido encampada pela doutrina de direito privado e jurisprudência após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.159.242, de abril de 2012, que ofereceu

⁷ Art. 1634, CC: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁸ Art. 227, CRFB/88: 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. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

argumentos jurídicos robustos para o desenrolar de conflito de direitos fundamentais, envolvendo a liberdade do genitor e a solidariedade familiar.

“Em síntese, a ministra NANCY ANDRIGHI asseverou que, na hipótese não se discute o amar, que é uma faculdade, mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar os filhos. Assim, considerou o cuidado como um valor jurídico objetivo, sendo que a omissão do genitor no dever de cuidar da prole atinge um bem juridicamente tutelado – no caso, o necessário para dever de cuidado (dever de criação, educação, e companhia) –, importando em vulneração de imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Acrescenta ainda que os pais assumem obrigações jurídicas em relação às sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”.⁹

Depreende-se da decisão que o que permite a reparação pelo dano moral sofrido não é a ausência do amor, do afeto, mas sim a conduta antijurídica consistente na omissão de um dever de cuidado assinalado nos incisos I e II do artigo 1.634¹⁰ do Código Civil, concretamente consubstanciados na violação dos deveres de criação, educação, companhia e guarda.

Assim, devemos nos preocupar com a semântica e, em vez do uso da pioneira expressão responsabilidade por abandono afetivo, o mais técnico seria o uso da expressão responsabilidade por omissão do dever de cuidado, isso porque o afeto é incoercível.

Indubitavelmente o cuidado é uma forma de amor, mas não retrata o sentimento que os pais têm pelos filhos. Segundo Nelson Rosenvald, o cuidado é um amor construído com dispêndio de tempo e energia – amor proativo da pós-modernidade –, forjado em um processo diuturno de providências, e sacrifícios, ou seja, atos materiais perfeitamente sindicáveis e objetivamente aferíveis por um espectador privilegiado.

Associar irresponsavelmente o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto propiciaria elevada insegurança jurídica, a ponto de filhos terem a aptidão de deduzir pretensões de responsabilidade civil contra os pais, mesmo que vivam todos no mesmo lar, pelo

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de *Novo tratado de responsabilidade civil*/ São Paulo: Atlas, 2015, p. 957.

¹⁰ Art. 1634, incisos I e II, CC: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: dirigir-lhes a criação e a educação e exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

fato de que o genitor fora uma pessoa pouco carinhosa e amável, mesmo que jamais tenha negligenciado o dever imaterial do cuidado.

No estado Democrático de Direito em que vivemos, o setor da vida íntima de cada ser humano é impermeável pelo Judiciário, contudo, no que tange à privacidade da relação filial, o dever de cuidado imaterial interessa ao ordenamento jurídico e a jurisprudência já encampou a tese de condenação ao pagamento de indenização como reparação pelo abandono afetivo praticado pelos pais.

2. O ABANDONO AFETIVO E A COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Indubitável que o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura não possui previsão legal específica na legislação pátria. Não obstante, implicitamente há previsão do referido princípio, que pode ser extraído de diversos outros princípios, tais quais o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana.

Embora não haja previsão explícita do princípio da afetividade, esse fato não lhe torna inexistente. Ao contrário, o princípio tem sido muito enfrentado pelos tribunais, sobretudo em relação ao Direito de Família, mais especificamente sobre as questões atinentes à paternidade socioafetiva e ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

Ainda que não exista a palavra afeto na Carta Magna como um direito fundamental, este decorre da valorização da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também trata do tema, conforme se depreende da análise do artigo 3º¹¹ da Lei 8.069/90, baseada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, que dispõe

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de

¹¹ Art. 3º, ECA: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm> . Acesso em: 27 fev. 2018.

lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O Código Civil, quando dispõe em seu artigo 1.638¹², inciso II, que “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”, também tratou do abandono afetivo ainda que por via reflexa.

Assim, o que se verifica é que a interpretação restritiva sobre o abandono afetivo não se coaduna com a sistemática constitucional deste país, pois ainda que os legislações infraconstitucionais e o Texto Maior não prevejam expressamente o Princípio da Afetividade, é possível por meio de uma interpretação dos seus dispositivos, que todo o ordenamento jurídico trata do tema de forma implícita quando busca a proteção integral da criança e do adolescente, com mecanismos a fim de que esse objetivo possa ser alcançado.

Nesse aspecto, é preciso compreender que o termo abandono vai além do aspecto material, ele tem a ver com o abandono de ordem moral, pois é preciso que se entenda que a prestação de assistência material do pai para com o filho não é suficiente para suprir os anseios de atenção, presença e orientação de que necessitam os filhos.

Muito além do dever de subsistência, de visitação periódica, tem os pais o dever de assistência moral, pois o abandono afetivo, expressão de sentido bastante flexível, significa mais que privar os filhos de amor, carinho e ternura. O abandono afetivo, representa, acima de tudo, privação de convivência do filho com os pais.

Não é à toa, que hoje é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o crime de abandono afetivo, no art 232-A¹³, *in verbis*:

Art. 232-A, do ECA: Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Nessa toada, verifica-se que o ordenamento jurídico foi modificado diante dos anseios da população, com previsão atualmente até mesmo de crime para os pais que deixam de prestar assistência moral aos filhos. A criminalização da conduta de abando afetivo, com a responsabilização dos pais pelo abandono dos filhos menores, se aplicada moderada e

¹² Art. 1.638, inciso II, CC: que “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

¹³ Art. 232-A, do ECA: Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

adequadamente, servirá como mecanismo de conscientização do dever paterno-filial e dos deveres impostos aos genitores.

Na jurisprudência, o tema do abandono afetivo já é amplamente discutido, com mais enfoque na responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo, pois o que se pretende é a reparação dos pais que se omitem na razoabilidade de cuidar de sua prole, até porque o abandono afetivo embora não seja expresso no ordenamento jurídico com essa expressão, é previsto por meio de princípios e, portanto, o bem jurídico tutelado, uma vez violado, configura ilícito civil, passível de reparação. Isso é o que se depreende do julgado abaixo transcrito:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **ABANDONO AFETIVO**. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do **abandono afetivo**, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁴

Nesse diapasão, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro trata amplamente do tema de abandono afetivo, em diversas legislações, inclusive com criação de tipo penal para o ato de abandonar o filho moralmente, conforme acima transcrito. O mesmo se verifica na jurisprudência brasileira. Assim, é patente o alinhamento do tema do nosso ordenamento.

3. ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO DEVER DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp* nº 473.882 - RN (2014/0028347-1). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 03 out. 2017.

Nos capítulos anteriores já houve discussão sobre a possibilidade de recuperação por meio da compensação indenizatória pela omissão da relação paterno-filial, bem como sobre o reconhecimento da necessidade afetiva como um bem juridicamente tutelado pelos tribunais,

Nesse sentido, trataremos agora sobre os aspectos positivos e negativos que a indenização por abandono afetivo causa na relação paterno-filial.

Há doutrinadores que enfocam a não reparação do afeto aos filhos, pois temem que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência jamais volte a se aproximar do filho, o que em nada contribuiria pedagogicamente o pagamento da indenização para restabelecer o amor. Discute-se a probabilidade de êxito de se alcançar um afeto que jamais existiu, de modo que um litígio judicial poderia fomentar ainda mais a falta de afetividade existente entre o genitor para com o filho, o que seria o próprio enfoque desta mesma ação.

Neste sentido, Francisco Alejandro Horne¹⁵ afirma que

não se pode, portanto, quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que se goste ou não, que se realize ou não o ato de adoção.” Segundo o autor, por mais que esteja configurada a rejeição moral, “o princípio da liberdade afetiva se sobrepõe a qualquer outro princípio para a realização da dignidade, visto que não se pode exigir afeto

Compartilha da mesma opinião, o autor Rafael Lazzarotto Simioni, que defende que as relações entre os filhos e os pais condenados se distanciam pelas decisões judiciais, o que impossibilita qualquer possibilidade de aproximação, de perdão, de reconciliação, de afetividade.

Deste modo, a corrente negativa do dever de indenizar pela falta de afetividade tem se orientado, frisando que os deveres decorrentes da paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto.

A acepção da indenização por dano moral considera-se abusiva e por demais arbitrária, uma vez que o pagamento correto da pensão alimentícia já se torna suficientemente uma demonstração de afeto e respeito pelo filho. Idealizando assim, a ideia de que o exercício reparatório do dano moral não pode ser exteriorizado frente à “monetarização” do amor, do afeto, eximindo totalmente a culpa de uma conduta ilícita, reprovável.

Há quem rotule como absurda a pretensão de uma reparação pela ausência afetiva, sendo incabível alcançar hipóteses na legislação buscando uma falta ao direito, onde apenas

¹⁵HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2007.

estivesse faltando afeto. Neste diapasão, Sérgio Resende de Barros¹⁶ destaca:

Não se deve confundir a relação de afeto, considerada em si mesma, com as relações patrimoniais que a cercam no âmbito da família. Entre os membros de uma entidade familiar, por exemplo, entre os pais, ou entre estes e os filhos, a quebra do afeto se manifesta por diversas formas: aversão pessoal, quebra do respeito ou da fidelidade, ausência intermitente ou afastamento definitivo do lar, falta ou desleixo nas visitas e na convivência, etc. Mas nenhuma forma de desafeto faz nascer o direito à indenização por danos morais. Mesmo porque, muitas vezes, o ofendido é o acusado, cuja conduta reage à ação ou omissão do outro.

Esta corrente considera que a liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho.

Em que pesem tais posições que entendem ser negativa a reparação pelo abandono afetivo, há doutrinadores que entendem de modo diverso, com a aceitação da reparação material pela omissão do afeto, pois acreditam que a indenização não tem mais nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de conta e de afeto paterno ou materno. Já não existe amor para ser resgatado, bem pelo contrário, a penalidade geradora desta obrigação não acrescentaria de amor um coração paterno petrificado, mas repararia a configurada omissão voluntária prejudicial à formação da estrutura da personalidade deste filho abandonado.

Nesta premissa, insurge a indagação que focaliza tal reparação: “cabe ao Judiciário obrigar alguém a amar?” Inobstante o grau de subjetividade desta questão, Cleber Afonso Angeluci¹⁷, salienta que por esse ponto de vista

pareça até aceitável argumentar sobre a impossibilidade de o Judiciário arbitrar qualquer reparação em pleitos indenizatórios por morte, pois lhe escapa a possibilidade de ressuscitar a pessoa falecida, o que não procede. (...) Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância ao afeto, consiste negar sua necessidade para a implementação da dignidade da pessoa humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro.

A Constituição Brasileira Federal dispõe, no seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, porém esta mesma análise implicaria deixar de lado e impune os atos desfavoráveis cometidos contra as necessidades de um filho menor.

¹⁶BARROS, Sérgio Resende de. Dolarização do afeto. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n. 14, 2002.

¹⁷ ANGELUCI, Cleber Afonso. O amor tem preço? *Revista CEJ*. Brasília, n. 35, out./dez., 2006, p. 51.

Foi através dessa mesma Carta Política que passou a emprestar efeitos jurídicos aos relacionamentos interpessoais fora do casamento; no momento em que a filiação foi identificada pela verdade socioafetiva e não pela verdade biológica, merecendo os vínculos afetivos a proteção do Estado.

Esta nova orientação levou à aprovação da doutrina da proteção integral da criança, sendo esta um sujeito de direito, o qual possui preceitos fundamentais que confirmam sua importante condição de ter a prerrogativa de ser amada. Foi-se o tempo em que o direito de visita era prioridade do pai, agora se reconhece que o desfrute da companhia paterna é um direito do próprio filho.

Diante da constatação de que a dignidade da pessoa humana constitui valor essencial da personalidade, deve este princípio ser preservado nas diferentes esferas dos relacionamentos interpessoais. Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros.

O instituto da responsabilidade civil em relação ao dano puramente moral, por se tratar de uma ordem compensatória e, até mesmo, coercitiva, não tende a desempenhar uma função meramente punitiva ao agente que ensejou o dano. Muito pelo contrário, manifesta-se a penalidade da violação dos deveres morais que deveriam compor a formação da personalidade do filho rejeitado, os quais não foram providos por um genitor ausente.

Neste sentido, jurisprudências têm configurado o posicionamento desta corrente positiva. Em recente decisão no Rio de Janeiro, pai foi condenado a pagar o equivalente a 100 salários-mínimos por ter abandonado moralmente seu filho, sob a premissa que a decisão “não sirva de instrumento de vingança, mas sim de reparação de um dano, de fato, suportado na formação da personalidade e identidade da criança”, conforme dispôs a magistrada Simone Navalho Novaes.

Completo, salientando o poder familiar inerente ao genitor:

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

Neste mesmo teor, na Comarca de Capão da Canoa¹⁸, decisão pioneira neste sentido no Estado do Rio Grande do Sul, restou configurado o abandono afetivo.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo n. 1030012032-0*, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em 26 mar. 2018.

Em Minas Gerais¹⁹, em igual sentido, o Tribunal de Alçada reconheceu que “a existência do homem está na dimensão de seus vínculos e de seus afetos, sendo a afeição valor preponderante da dignidade humana”, julgando procedente assim a reparação em dinheiro a dor sofrida pelo filho rejeitado.

Muito embora se admita que a simples presença não seja pressuposto de afetividade por parte do pai/mãe, por outro lado negar essa possibilidade ou até mesmo não dar a chance ao filho de ter fisicamente presente sua figura paterna/materna, configura o abuso de um direito inerente à filiação. Ademais, deve-se encontrar o verdadeiro agente do ato ilícito tendo em vista que a indenização deve ser direcionada para aquele que causou o dano, seja ele o genitor que voluntariamente omitiu-se de prestar com seu papel, seja ele o genitor que intencionalmente perturbou a chance de ocorrer esta troca.

Certamente que a cautela deve ser preponderante nesse tipo de ação reparatória, até mesmo para que não ocorra a chamada monetarização das relações afetivas. Entretanto, o aspecto que deve ser respeitado nessa discussão é ajudar a criar uma mentalidade de paternidade responsável, até por que o amor pode até não ter um preço, mas a falta de amor pode gerar a obrigação indenizatória.

Assim, o abuso de direito e o posterior abandono afetivo constituem atos ilícitos passíveis de reparação na ordem moral. A condenação, ainda que seja pelo desamor, uma vez que tenha causado prejuízo manifesto à dignidade do filho rejeitado, mostra-se como melhor alternativa para compensar um dano ainda que manifestamente moral.

A indenização por abandono afetivo não pode servir como busca de lucro fácil, frente ao descaso de um genitor com seu papel de ascendente, nem mesmo como uma busca de vaidade ou meramente de vingança. A reparação deve ser vista, assim como nos outros campos do direito, como ressarcimento, em que a violação, a omissão gera um ato ilícito, passível de indenização.

Há que se visualizar o dano, a culpa e o nexos causal nesta relação de abandono, completando então os elementos do dever de indenizar. Busca-se a ausência de impunidade de genitores que, muitas vezes abusam de seus poderes familiares, não se importando nem mesmo com uma futura destituição desta posição.

Convém salientar, no entanto, que a destituição do poder familiar não serve, neste caso, como uma punição do Direito Civil. Muito pelo contrário, servirá como um prêmio para

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 408.550-5*, Belo Horizonte, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relator Juiz Unias Silva, em abril de 2004. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsplistaProcessos=20000004085505000&comrCodigo=24&numero=20>. Acesso em 26 mar. 2018.

um genitor que se omitiu voluntariamente de sua posição, retirando-se assim a obrigação que, frente seus atos, não fez questão alguma de exercer.

Desta forma, deve haver a reparação do dano pela falta de cuidado, não para que insurja um afeto que já não se fazia presente na relação familiar, mas que gradativamente seja estabelecida uma consciência de genitores mais responsáveis com a importância que o afeto determina na vida de uma personalidade em formação, a fim de que se conscientizem que os filhos não necessitam apenas de cuidados materiais (alimento, saúde, teto) para sua manutenção, mas também é fundamental para a criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica de outros elementos imateriais igualmente necessários para formação adequada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo discutir a efetividade da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, no intuito de avaliar se a condenação do(a) genitor(a) em dano moral ao filho abandonado afetivamente por ele, é capaz de resgatar o amor, o carinho, a dedicação, a presença na vida do filho.

Verificou-se que a condenação por dano moral decorre de ato ilícito desse pai que não cumpriu com o seu dever de cuidado em relação ao seu filho, que é inerente à relação paterno-filial.

É comum que os tribunais entendam que essa condenação seja uma maneira de compensar a ausência na criação do filho que foi privado dessa convivência com o pai ou a mãe, mas de fato, o amor não se impõe, ainda que pecuniariamente o filho seja compensado, a indenização por dano moral não possibilita o resgate desse tempo perdido, do desenvolvimento do filho, do acompanhamento nos estudos, nas fases pelas quais a criança se desenvolve, desde a infância até a idade adulta.

Desse modo, por mais que o filho seja reparado por conta da condenação em danos morais, é possível que essa lide, em vez de possibilitar uma aproximação, já difícil de ter sido obtida amigavelmente, distancie pais e filhos. Assim, a ação de dano moral por abandono material, proposta pelos filhos em face de pais, terá o condão, muitas vezes, de distanciar ainda mais essa relação paterno-filial já há muito desgastada.

Até porque, os laços de amor e de zelo são gerados com a convivência, com o passar

do tempo, com as demonstrações diárias que os pais dispendem na educação dos filhos. Desse modo, é muito normal que alguns pais, até mesmo presentes, abandonem afetivamente seus filhos, é que chamamos de abandono afetivo de pai presente, daí porque não se pode confundir o dever de sustento com o dever de afeto.

Nesse sentido, afetividade não tem a ver com pagar pensão, com prestar os alimentos, mas muito mais com a questão de dar afeto, dar carinho, dar amor, dar atenção, ser ativo na educação dos filhos, estar envolvido e atento às necessidades não materiais dos filhos.

Portanto, o dinheiro não é capaz de resgatar essa relação, embora entenda que seja mesmo devida a condenação de pais que faltam com esse dever de afeto em relação aos filhos.

É claro que com os tempos modernos, com a alteração dos modelos de família, com o divórcio, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, os filhos passam muito tempo sendo cuidados por babás, por revezamento de parentes, em creches, escolas integrais e tudo mais, mas isso não impede que os pais desempenhem esse dever de afeto em relação aos filhos.

É lamentável que cada vez mais existam situações de abandono material de pais para com os filhos, porque as consequências psicológicas são graves e irreversíveis muitas vezes, portanto, o caminho a se buscar não é via Judiciário, mas o que se tem a fazer é resgatar nos pais a consciência de seu dever na educação, criação de seus filhos, atrelado ao dever de afeto.

Assim, concluo que a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo proposta pelos filhos em face dos pais não é eficaz para recuperar o dever de afeto decorrente da relação paterno-filial por todos os motivos supracitados.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Afonso. O amor tem preço? *Revista CEJ*. Brasília, n. 35, out./dez., 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. Dolarização do afeto. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n. 14, 2002.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> . Acesso em 03 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp* nº 473.882 - RN (2014/0028347-1). Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> . Acesso em: 03 out. 2017..

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo n. 1030012032-0*, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mário Romano Maggioni.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AC nº 408.550-5*, Belo Horizonte, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relator Juiz Unias Silva, em abril de 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de *Novo tratado de responsabilidade civil*/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Neto, Nelsson Rosendal. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 957.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*, 8º ed., Ed. Saraiva, 2002, p. 107.

HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2007.