

O ABANDONO AFETIVO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS RELAÇÕES FAMILIARES

THE AFFECTIVE ABANDONMENT IN THE CIVIL RESPONSIBILITY OF FAMILY RELATIONSHIPS

ADRIANA ORMOND ZAPP ODA

Bacharel em Direito no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Especialista em Gestão Pública com Habilitação em Gestão de Pessoas no Instituto Federal do Paraná – IFPR. Servidora no Quadro da Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

ADRIANA MARTINS SILVA

Mestre em Direito Empresarial. Especialista em Direito Processual Civil. Professora na graduação e pós-graduação e orientadora de trabalhos de conclusão de curso nas áreas de Direito Civil, Família, Sucessão e Empresarial no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

RESUMO:

O presente artigo visa discutir aspectos a respeito do abandono afetivo nas relações familiares. Atualmente, as relações familiares são identificadas pelo vínculo de afetividade entre seus membros, mostrando que o princípio da afetividade vem se destacando dentro da legislação brasileira, tornando-se fundamental no âmbito do Direito de Família. Portanto, evidencia-se que o objetivo central do presente trabalho é a análise dos aspectos a respeito do abandono afetivo nas relações familiares frente ao Direito Civil e Processual Civil Brasileiro. Objetiva-se também a compreensão dos argumentos levantados nas jurisprudências a respeito do tema, assim como a efetivação de uma análise crítica com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência, com o intuito de sempre observar o dano sofrido pelo filho abandonado afetivamente por algum dos pais. Como metodologia, utilizou-se o estudo de jurisprudência e de bibliografias de alguns doutrinadores brasileiros, contando, subsidiariamente, com websites e artigos voltados ao tema bem como a legislação oficial.

Palavras-chave: família; abandono; afetividade; dano; responsabilidade civil.

ABSTRACT:

This article aims to discuss aspects related to affective abandonment in family relationships. Currently, family relationships are identified by the bond of affection among their members, showing that the principle of affectivity has been highlighted within Brazilian legislation, becoming fundamental in the scope of Family Law. Therefore, it is evident that the central objective of the present work is the analysis of the aspects



regarding the affective abandonment in the family relations in front of Brazilian Civil and Procedural Law. The objective is also to understand the arguments raised in jurisprudence on the subject, as well as to carry out a critical analysis based on legislation, doctrine and jurisprudence, with the purpose of always observing the injury suffered by the child abandoned affectively by some of the parents. As a methodology, the study of jurisprudence and bibliographies of some Brazilian doctrinators was used, with subsidiary of websites and articles related to the subject as well as official legislation.

Keywords: family; abandonment; affectivity; injury; civil responsibility

1 INTRODUÇÃO

A família é o primeiro espaço de convivência do ser humano, onde se aprendem e se incorporam valores éticos e onde são vivenciadas experiências afetivas, juízos e expectativas. A formação da personalidade dos filhos depende diretamente da forma como os pais exercem os seus papéis e de como estabelecem e mantêm a convivência familiar. A partir de um ambiente familiar em que recebam confiança, amor e atenção, é que os filhos demonstrarão capacidade para formar novas relações humanas.

A residência familiar é o ambiente onde começa o desenvolvimento de nossas emoções, o que se dá a partir de uma relação em que figuram como elementos principais o amor, o respeito e a consideração. Nesse sentido, inclusive, o constituinte estabeleceu, no art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

No entanto, considerando que muitos pais, por instabilidade emocional e psíquica, por falta de senso de responsabilidade com seus filhos, ou mesmo por ignorância do sentido e da relevância do vínculo paterno-filial, frustram a prestação da assistência moral e material. Se a criança é negligenciada, maltratada, rejeitada e abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade.

O pai que não convive e não cria relações de afeto com o filho viola uma lista de direitos da criança ou do adolescente em questão. Viola o seu direito à convivência, à personalidade, à liberdade, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado, pois desponta como um valor necessário ao desenvolvimento das

peças. Surge assim um tema bastante polêmico no Direito de Família brasileiro, que diz respeito à temática da possível reparação civil nos casos do denominado abandono afetivo.

2 AFETIVIDADE E PRINCÍPIOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 AFETIVIDADE

O amor é um valor jurídico e não será logo no direito de família que deixará de merecer especial apreço. O significado, o sentido, a razão de ser, o valor de uma união entre duas ou mais pessoas é posto e subsiste em função da afeição que as vincula.

No dicionário Aurélio (2004, p. 61) afeto é sinônimo de simpatia, de amizade, de amor, ou então como sentimento, de paixão. No sentido psicológico, afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimento e paixões.

De acordo com Baptista Santos (2011. p. 51), “a afetividade é um fenômeno psíquico inerente a todos os seres humanos e, por essa razão, produz consequências para o mundo jurídico, constituindo um valor a ser protegido.”

O afeto está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. Segundo Oliveira (2002. p.237), “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual”.

É dentro da família que os laços de afetividade se tornam mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, sendo cada um de seus membros colaborador para a felicidade de todos.

Para Karow (2012, p. 126), “família e afeto são dois personagens desse novo cenário. Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam a sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica”.

Os pais, além do dever de sustentar, fiscalizar e educar, são incumbidos de deveres tão ou mais relevantes, traduzidos nos deveres de amar e de cuidar da saúde psíquica de seus descendentes. Conforme Hironaka (2018. Peixes e Afetos):

Porque a família é um fato, assim como os conflitos também o são. A afetividade, por sua vez, contamina o fato, nos seus desvãos positivos (e aí ela pode ser sinônimo de amor, de carinho), ou nos seus desvãos negativos (e então sua sinonímia se faz pelo avesso), tudo isso exatamente porque o afeto não é apenas amor, mas antes ternura. E a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que os envolva (de conjugalidade ou de parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflito.

Os laços de afetividade dentro da família são necessários para que se tenha um bom relacionamento familiar. Leite (1991, p. 338), por sua vez, menciona que “quanto maior a intensidade do sentimento familiar, maiores os progressos da vida privada, da intensidade doméstica, da identidade: os membros da família se unem pelo sentimento, pelo costume e gênero da vida”.

Para Calderón (2017, pp. 65-68) “assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”.

A jurisprudência, por sua vez, desempenhou um papel fundamental na consolidação da categoria jurídica da afetividade no sistema brasileiro, eis que, muito antes de qualquer dispositivo legislativo expresso, já reconhecia a importância da afetividade em diversos casos.

Para Pereira (2012, p. 214) “em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família.”

Sendo assim, surgem inúmeras decisões que, mais incisivamente a partir da última década, concederam efeitos jurídicos à afetividade em diversas situações concretas.

2.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A obrigação de prestar afeto aos filhos não está explícita em nenhuma legislação de nosso ordenamento jurídico. Porém, entre pais e filhos o dever de dar afeto está implícito em várias normas que regulam as relações de filiação e paternidade.

Aliás, segundo entendimento de Stocco (2011, p. 1062) “todo nosso ordenamento jurídico é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico.”

A Constituição de 1988, ao igualar os filhos havidos ou não da relação de casamento no art. 227, § 6º, a Carta Magna privilegia o critério sanguíneo, mas, também, os laços afetivos, na medida em que não permite discriminações. Segundo Oliveira (2002, p.238):

A afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou, com a mesma intensidade a obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF).

O Código Civil, por sua vez, tutela situações afetivas em diversos dos seus dispositivos, como por exemplo: arts. 1.511, 1.583, § 2º, 1.584, § 5º, e 1.593. Pode-se verificar no § 2º do inc. I do art. 1.583 do Código Civil que “A guarda unilateral será atribuída ao pai que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o pai e com o grupo familiar”, isto é, o afeto é um dos fatores determinantes para a concessão da guarda unilateral.

A legislação esparsa subsequente remete à afetividade quando trata dos conflitos familiares, como na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), na Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009) e na Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.31/2010).



Cabe observar, ainda, o disposto no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que fortalece o referido dever de assistência afetiva dos pais para com os filhos, ao afirmar que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Segundo o artigo 4º do mesmo Estatuto, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, a efetivação dos direitos da criança e do adolescente referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Segue-se o artigo 5º, segundo o qual nenhuma criança ou adolescente será objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, cabendo punição qualquer houver atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Como se pode notar, o aludido Estatuto dá prioridade à questão afetiva, moral, para um crescimento digno da criança e do adolescente, sendo direito desses serem guarnecidos afetivamente pelos pais. Para Calderón (2017, pp. 147):

O ditado popular brasileiro “pai é quem cria” é uma demonstração do que se está a sustentar. Hodiernamente, as situações existenciais intersubjetivas estão caracterizadas pela indelével marca da afetividade, de modo que a importância que lhe foi paulatinamente conferida no plano fático implicou a sua subsequente assimilação jurídica.

O princípio da afetividade está presente também, no Enunciado 8 aprovado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, segundo o qual “o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”.

Segundo Lôbo (2011, p. 71) “o princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.”



Considero muito acertada a colocação do afeto como valor jurídico em nosso sistema jurídico, reconhecendo o direito ao afeto, principalmente dos pais em relação aos seus filhos.

2.3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Zelar pelo melhor interesse do menor é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os pais, é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica, buscar a saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social.

No direito brasileiro, o princípio encontra fundamento essencial no art. 227 da Constituição Federal, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente “com absoluta prioridade” os direitos que enuncia.

Destaque-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20.11.90, declara em seu art. 3.1 que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

Ainda merecem especial destaque os arts. 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), por proporcionarem aos operadores do Direito clara compreensão do princípio do “melhor interesse da criança”. A respeito deste princípio, ensina Lôbo (2011, pp. 75-76):

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Senso assim, o princípio do melhor interesse da criança deverá ser priorizado em diversas situações, por exemplo, nas questões de atribuição e guarda.

2.4 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável é norma presente no arts. 226, § 7º, juntamente com o artigo 229 da Constituição Federal, dando jurisdição ao dever de cuidado recíproco entre pais e filhos, ao afirmar que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

O princípio da paternidade responsável interessa não apenas às relações interprivadas, mas também ao Estado, na medida em que a irresponsabilidade paterna tem gerado milhares de crianças abandonadas, revestindo-se de um caráter político e social da maior importância.

Para Pereira (2012, p. 245):

A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles mistura e entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas.

A responsabilização dos pais pela condução da educação e criação de seus filhos também está prevista na legislação infraconstitucional, como no Código Civil, nos arts. 1566, IV, e 1634, II, que afirma serem os pais responsáveis pela criação e educação dos filhos. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta essa responsabilidade em seus arts. 3º, 4º, 22 e 33.

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material, sendo que o afeto também não pode faltar para o desenvolvimento da criança.

2.5 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, é onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e a vida adulta.



Segundo Machado (2003. pp. 155-156) “não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.”

O direito à convivência familiar está previsto no caput do artigo 227 da Constituição Federal, que é direito essencial de crianças e adolescentes.

No Código Civil é feita alusão à convivência familiar no artigo 1.513 ao assegurar a não interferência na comunhão de vida instituída pela família, bem como nos dispositivos relativos à guarda dos filhos, em que se dispõe acerca da convivência entre pais e filhos. Segundo Machado (2003, pp. 157-158):

As pessoas (e, digo eu, particularmente as crianças e os adolescentes) são tuteladas pelo ordenamento jurídico dentro da família, porque esta é o organismo destinado a promover e a garantir a dignidade da pessoa e o pleno desenvolvimento de todas as suas virtualidades, ou seja, a família é o lugar especial de tutela da vida e da pessoa humana.

No momento da dissolução dos vínculos conjugais, os pais precisam compreender que deve haver um acordo em relação à guarda e aos interesses dos filhos. Os pais que não estão com a guarda têm o direito e o dever de exercer a visitação, de modo a manter os laços afetivos que devem perdurar no pós-ruptura do vínculo conjugal, pois é com a convivência que nascem verdadeiros sentimentos de amor e carinho.

O direito a convivência está direcionado aos filhos, pois é destes o direito de conviver, de estar, saudavelmente, na companhia de ambos os pais, na medida do que é conveniente para um desenvolvimento equilibrado. Segundo Leite (2005, pp. 171-172):

A ruptura da vida conjugal não põe fim às relações paterno-materno-filiais. Esta é regra geral que só excepcionalmente admite exceções. Se assim é, a nova união, ou núpcias (como quer o legislador) não retira aos sempre pais (embora não mais cônjuges) o direito de ter consigo os filhos, *que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente* – art. 1.588.

O descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho. É fato tão condenável que pode ocasionar, de imediato, a perda do poder familiar, conforme previsto no art. 1638 do Código Civil, tanto por caracterizar como abandono quanto por ser classificado como prática de ato contrário à moral dos filhos.

3 ABANDONO AFETIVO

A criação está ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, tais como a assistência, a criação, os cuidados na enfermidade, a orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente.

No dever de educar está implícita a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da sua personalidade, de modo a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho, mediante a educação formal e informal, bem como à vida adulta e à formação de nova família.

Tendo em vista a importância destes poderes-deveres paternos, o abandono afetivo ganhou destaque em nosso ordenamento jurídico, sendo caracterizado pelo não cumprimento do dever dos pais de educar, cuidar e assistir os filhos.

O abandono afetivo acaba ocorrendo com mais frequência no momento concreto em que ocorre a dissolução da sociedade conjugal de seus pais, pois é no momento da separação, de fato, que os cônjuges devem acordar a quem incumbirá a guarda, sempre visando à proteção dos filhos.

O tema em questão é complexo e delicado, porque passa a questionar os valores e sentimentos das pessoas junto à sua família. É um assunto que aparece com bastante frequência no judiciário, e tem sido bastante discutido nos tribunais, inclusive com opiniões divergentes. Para Madaleno (2018):

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos sob o poder parental tem propiciado o sentimento



jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa.

A partir disso, surge a possibilidade de condenação por abandono afetivo de pais descumpridores dos deveres de convivência, contato, cuidado e, por consequência, de todos os deveres que deles dependem a efetivação em relação aos seus filhos.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A respeito de responsabilidade, ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2008, pp. 01-02):

Mas o que é responsabilidade? A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

A respeito dos pressupostos da responsabilidade subjetiva, cabível no caso de abandono afetivo, ensina Cavalieri Filho (2014, p. 33) que “há preliminarmente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.”

Esses três elementos podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, a saber: a conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; o nexo causal, que vem expresso no verbo “causar”; e o dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”.

A partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito e deste ato resulta o dever de indenizar, conforme o art. 927 do Código Civil.

Diríamos assim que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à



intimidade, ao nome e à imagem. Sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas.

4.1 DANO MORAL

Cavaliere Filho (2014, p. 106) define que “dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, *dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma”.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008, pp. 67):

A reparabilidade do dano moral, conforme vimos, é tema que vem suscitando diversas controvérsias na doutrina nacional e estrangeira, somente tendo se pacificado, na ordem constitucional brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu art. 5º, V e X, trilha seguida, inclusive, como não poderia deixar de ser, pelo novo Código Civil Brasileiro.

Desse modo, a Constituição garante a indenização proveniente de dano moral, determinando em seu art. 5º, inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e no inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Segundo Cavaliere Filho (2014, pp. 108-109):

Em sentido amplo dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. Relembre-se, como já assentado, que os direitos da personalidade constituem a essência do ser humano, independentemente de raça, cor, fortuna, cultura, credo, sexo, idade, nacionalidade. São inerentes à pessoa humana desde o nascimento até a morte. A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens.

Nessa categoria incluem-se também os chamados “novos direitos da personalidade”: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais.

Compreende-se que o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos, incluindo os de ordem ética. E a violação destes direitos geraria o direito à reparação.

Inclusive, um dos aspectos positivos do Código Civil brasileiro é justamente o reconhecimento formal e expresso da reparabilidade dos danos morais, conforme dispõe o art. 186.

Como ensina Marinangelo (2012, p. 520) “se, todavia, o ordenamento jurídico considera a pessoa em si, dotada de personalidade e por isso mesmo, titular de atributos e de interesse não mensuráveis economicamente, o direito passa a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial.”

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

É obrigação dos pais cumprir as obrigações necessárias à melhor construção da personalidade dos filhos. Para isso, são necessários a presença, o afeto, o limite, a segurança, a proteção, o exemplo, ou seja, além do dever de sustento e do pagamento de alimentos. É necessário preencher a demanda de amor e afeto, inerente ao ser humano, principalmente daquele que está em fase de crescimento, de firmar seus valores, de desenvolvimento da sua personalidade.

O descumprimento do exercício do poder familiar por qualquer um dos pais configura um ilícito, sendo, portanto, o fato gerador da indenização, conforme o art. 1.634 do Código Civil. No quadro de poderes-deveres inerentes à autoridade parental, pautado na responsabilidade dos pais, não há dúvidas de que o descumprimento de tais funções são geradoras de responsabilização civil, desde que cause um dano ao filho, principalmente à sua integridade psíquica.

Camargo Neto (2011, pp. 22-23) define o dano afetivo como:



Pressupõe, assim, que haja convivência entre ambos, para que conforme o caso, o vínculo de estabilidade ou se consolide, gradativamente, e que a criança ou o adolescente possa receber o afeto, a atenção, a vigilância e a influência daquele ou daquela que não detém sua guarda, de modo a alcançar a plena higidez física, mental, emocional e espiritual, que, como se sabe, depende, entre outros fatores, do contato e da comunicação recíproca e permanente com seus dois progenitores.

Segundo Dias (2017, p. 572), a respeito do dano afetivo “a indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares.”

Contudo, para fins indenizatórios pelos danos causados ao filho devido à ausência de afeto por parte de um dos pais, ou de ambos, não basta uma ausência temporária. Só a ausência contínua e deliberada às visitas ao filho se constitui em forte indício de omissão de afeto. Também é importante ressaltar que pais que convivem continuamente com os filhos, sob o mesmo teto ou não, podem negar o afeto a este e até impingir-lhes maus tratos.

Além da ausência de afeto, é necessária a avaliação do grau de culpabilidade pela omissão de afeto. É preciso verificar se o agente é imputável e se não agiu ao abrigo de alguma excludente de culpabilidade, como legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou dever legal de agir.

Deve-se verificar ainda, por exemplo, se a omissão decorreu em razão de doença, física ou mental do pai, ou por total desconhecimento da existência da relação de paternidade-filiação por parte do pai e, ainda, pelos entraves colocados pelo pai que tem a guarda etc.

Na doutrina brasileira, a tese do abandono paterno-filial sempre dividiu os pareceres dos estudiosos do Direito Privado. Assim, são favoráveis à indenização: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo e Rolf Madaleno. Por outra via, contrárias ao pagamento de uma indenização por abandono afetivo, posicionam-se Regina Beatriz Tavares da Silva, Judith Martins-Costa e Murilo Sechieri Costa Neves.



Segundo Tavares da Silva (2018):

E, efetivamente, amar não é dever ou direito. Amar é sentimento intangível pelo Direito. A falta de amor, como sentimento, portanto, não pode gerar indenização. Mas o dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo, de natureza objetiva, está previsto no art. 1.634, I e II do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê também deveres para os pais, como o dever de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho menor, em condições de dignidade (ECA, arts. 3º, 4º e 5º). Esses, sim, são deveres de natureza jurídica, cujo descumprimento, ao gerar danos, pode acarretar a condenação do inadimplente em pagamento de indenização.

Na reparação civil por abandono afetivo, o bem jurídico tutelado primeiramente é a integridade psíquica e emocional do menor; num segundo plano é o desenvolvimento de sua personalidade, livre de máculas, traumas, memórias inefáveis, frustrações negativas, prejuízos à autoestima e, por fim, libertação de patologias. Para Costa (2005, pp. 31):

Assim, só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade.

Cumprе salientar que na indenização por abandono afetivo não se busca reparar a falta de amor, ou desamor, mas penalizar o descumprimento dos deveres parentais que ferem a dignidade da pessoa humana, de modo a evitar a impunidade nas relações familiares.

Tal espécie de atuação mostra-se extremamente relevante no campo do Direito de Família, onde, ao contrário do que ocorre usualmente em outras espécies de relação, como nos ilícitos extracontratuais, o pagamento da indenização não encerra a relação entre autor e réu.

Mesmo após o encerramento do processo judicial, o relacionamento entre pais e filhos continua a existir, unidos que estão os dois polos da demanda pelo vínculo familiar. Frequentemente, não é apenas a relação familiar que prossegue, mas é o próprio dano que persiste.

A indenização por abandono afetivo para muitos tem também função sancionatória e preventiva, havendo identidade de desígnios entre a pena de multa que pode ser fixada pelo descumprimento das visitas pelos pais e a pena indenizatória do abandono afetivo.

Rizzardo (2009, p. 698) sustenta o cabimento de indenização em casos de abandono afetivo, sob os seguintes argumentos:

Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Em contrapartida, Schreiber (2015, p. 40), contrário à indenização patrimonial pelo abandono afetivo, afirma o seguinte:

O Poder Judiciário deixa, assim, de exercer um papel efetivamente pedagógico, que poderia ser alcançado não apenas por meio do desestímulo à conduta lesiva (de-terrence), mas também por meio da especificação de deveres de conduta, estimulando a efetiva reparação do dano sofrido por meio da reconstrução da relação familiar.

Farias e Rosenvald (2014, p. 581), também desfavoráveis à possibilidade de monetarização ou patrimonialização do direito de família, não aceitam, por consequência, a indenização em razão da infração ao dever de afeto, assinalando que:

A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Exatamente por isso, não admitimos que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracteriza-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica.

Em se tratando de uma relação familiar, há mesmo quem sustente que o pagamento da quantia em dinheiro, desacompanhado de qualquer indicação de caráter pedagógico, pode, em determinados casos, dificultar ainda mais o relacionamento entre pais e filhos.



Eduardo Zanoni (2011, p. 378) sustenta que os filhos são carecedores do direito de reparação do desamor, pela carência de afeto ou ausência de apoio espiritual partido dos pais, vez que não configuram descumprimento dos encargos parentais, ao contrário do dever de assistência material, bem como não são atos proibidos pela norma jurídica, como se proibem os maus-tratos, abandono e o fato de colocar em perigo a saúde física ou psíquica dos filhos.

Os contrários à tese da responsabilização civil por abandono afetivo sustentam ainda que não há fundamentação jurídica para punir quem abandona afetivamente seus filhos e aludem que a norma não garante tamanha proteção a ponto de exigir dos pais afeto tal, a ponto de punir pela omissão presencial.

Entendemos que não se pode obrigar ninguém a amar outrem, mas a relação paterno-filial exige compromisso e responsabilidade e, por isso, é fonte de obrigação jurídica.

A história da família contemporânea, fundada no afeto, nos mostra que, em seu cerne, a única causa que vale a pena, afinal, é a pessoa. E, se a preocupação é a pessoa, em casos de abandono parental há uma perda efetiva de uma oportunidade séria e real de convivência familiar, devido à negligência parental, de perda imensurável, devendo a condenação ter caráter também pedagógico.

Observa-se ainda que os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses lesados no âmbito das relações familiares, como o abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a perda do poder familiar. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados.

A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram todos esses anseios. Ações judiciais de compensação de danos morais passaram a ser empregadas como mecanismo de tutela de interesses existenciais nas relações familiares. Não apenas o abandono afetivo, mas também a alienação parental, a violação de deveres conjugais e uma série de outras

situações patológicas do campo familiar passaram a ser fonte de ações judiciais de Responsabilidade Civil.

5 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA

Por ser um tema muito delicado, não há consenso na jurisprudência acerca da possibilidade de indenização do dano moral por abandono afetivo. A seguir, serão apontadas relevantes decisões sobre a questão, a fim de apresentar os principais argumentos que são utilizados para acolher ou para afastar a hipótese, enriquecendo o presente estudo com o atual posicionamento dos tribunais brasileiros.

5.1 RECURSO ESPECIAL 757.411/MG

O debate relativo à indenização em decorrência do abandono afetivo emergiu no Brasil no ano de 2004, no caso de Alexandre Fortes.

O autor propôs ação ordinária em face de seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo por ele perpetrado. Sustentou que, desde o divórcio de seus pais, época do nascimento da filha do recorrente com sua segunda esposa, seu pai passou a evitar o contato, não lhe prestando assistência psíquica e moral, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Alegou ainda terem sido ignoradas todas as tentativas de aproximação do pai, quer por seu não comparecimento em ocasiões importantes, quer por sua atitude displicente, situação causadora de extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação.

Em primeira instância, o Juiz de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG julgou improcedente o pedido inicial, salientando "não haver estabelecido o laudo psicológico exato correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial. A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitas ao filho afete-lhe negativamente



o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó."

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada dá provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do pai, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade. A ementa¹ está assim redigida:

"INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A 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."

Perante esta Corte, o pai interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentando violação ao art. 159 do Código Civil de 1916 e dissídio jurisprudencial. A decisão do Tribunal de Alçada foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa²:

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.

O primeiro argumento utilizado nesse julgado do STJ é o de que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho. O segundo argumento é de que o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico de convivência. O Relator Ministro

¹ Apelação Cível 408.550-5, Rel. Juiz UNIAS SILVA, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, julgado em 01.04.2004.

² REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006.



Fernando Gonçalves ressaltou ainda que o pagamento de indenização afastaria pai e filho de forma definitiva, não sendo a melhor solução para o caso que estava sendo levado a julgamento.

O Ministro Aldir Passarinho argumentou, por sua vez, que a solução para o abandono afetivo é a perda do poder familiar, e não o pagamento de uma indenização a título de danos morais. Aduziu o Ministro Asfor Rocha que o Direito de Família tem princípios próprios, diferentes dos regramentos básicos do Direito das Obrigações. Restou vencido o voto do Ministro Barros Monteiro, favorável à indenização por danos morais em decorrência do abandono moral e afetivo.

5.2 RECURSO ESPECIAL Nº 1.493.125 – SP

Apresento o caso tratado no julgado do Recurso Especial nº 1.493.125 - SP, no qual, em decisão unânime, os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso especial da recorrente, que buscava indenização do seu pai devido à falta de assistência afetiva e material. O presente acórdão³ foi publicado nos seguintes termos:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. 3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. O ordenamento pátrio veda o pacta

³ Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.493.125/SP. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 23.02.2016. Publicado no DJe em 01.03.2016.

corvina e o venire contra factum proprium. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido.

A autora propôs ação de indenização por danos materiais e morais em face de seu pai biológico. Declarou ter sido fruto de relacionamento do réu com sua mãe, tendo ajuizado ação de investigação de paternidade para obter o reconhecimento judicial da filiação. Alegou nunca ter contado com a ajuda emocional ou financeira pelo pai, o qual vem adquirindo vários imóveis em nome de sua atual esposa e de seus filhos de outros relacionamentos, o que representaria tratamento diferenciado em relação à prole, além de fraude e simulação em prejuízo de direito da autora, que também é sua filha legítima. Sustentou nunca ter sido apoiada moral ou financeiramente pelo réu, o que configuraria abandono afetivo, com base nos artigos 227, § 6º, da Constituição Federal, 1.566, IV, 1.596 e 1.634, I do Código Civil e 20 e 22 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), requereu reparação civil por danos morais e materiais no valor de R\$ 5.000 (cinco mil) salários-mínimos.

A sentença de primeira instância negou o pedido da autora, com a fundamentação de que a decretação tardia de paternidade e a ausência de prestação afetiva não gerariam obrigação indenizatória. Fundamentos estes confirmados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Inconformada com as decisões anteriores, a autora se dirigiu ao STJ por meio de recurso especial. Os ministros não identificaram o ilícito civil e a culpa na conduta do pai, fundamentando que a autora só obteve o reconhecimento judicial de paternidade quando contava com 42 anos de idade, restando demonstrado que, antes disso, constava de seu registro de nascimento o nome de pai diverso.

Em seu voto, o ministro Villas Bôas Cueva afirmou que o fato de o pai da autora adquirir bens em nomes de outros filhos não caracteriza abandono afetivo e material e acrescenta que a ausência de afetividade no ambiente familiar, normalmente, não configura dano a ser reparado por meio de indenização pecuniária. Ressaltou que o dever de sustentar financeiramente o filho pode ser proposto por meio de ação de alimentos, desde que concreta a necessidade do auxílio material. Afirmou, ainda, que a prova de que se dispõe não autorizaria concluir que o réu tenha deliberadamente se omitido dos



deveres pertinentes a ela, em especial o carinho e a afeição. Contudo, mesmo que assim não fosse, afirma ser impossível impor a alguém o dever de amor e afeto, o que afastaria a prática do ato ilícito e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Conforme a decisão, ao pai poderia ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente o filho, somente por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. Ressalvadas situações de gravidade extrema, não haveria a possibilidade de imputação do ônus de amar, muito embora seja sempre lamentável a constatação de relações familiares que não se nutrem pelo afeto verdadeiro e espontâneo. A condenação pecuniária não restituiria as coisas ao *status quo ante*, já que não restauraria o sentimento não vivenciado, que jamais seria compensado.

5.3 RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242

Em 24.04.2012 através do Recurso Especial 1159242/SP de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Egrégio Tribunal reconheceu a procedência do pedido, reeditando seus conceitos a respeito da matéria, entendendo pela possibilidade de condenação dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos.

A situação fática envolvia uma filha extramatrimonial que demandava contra seu pai biológico ante o seu reiterado abandono afetivo por longos anos, ou seja, o seu pai, tardiamente reconhecido e registrado como tal, em que pese lhe prestasse assistência material a partir do reconhecimento não realizou qualquer contato afetivo com a filha durante sua infância e adolescência. Ainda, como o referido pai possuía mais uma filha oriunda de outro relacionamento, conferia tratamento totalmente distinto para as duas, relacionando-se afetivamente e com proximidade com essa outra filha e mantendo-se ausente e distante da autora. Sustentou ainda ter sofrido danos decorrentes da ausência dessa relação paterno-filial, demandando uma reparação financeira pelo dano que sofreu em virtude da conduta omissa do seu pai.

A Relatora Ministra Nancy de Fátima Andrighi, considerando o dano moral indenizável, não encontrou restrições legais à aplicação das regras da responsabilidade civil e o dever de indenizar no Direito de Família. Para a Ministra a perda do poder familiar



não suprime ou afasta a possibilidade de indenização, uma vez que tem por finalidade a proteção da integridade dos filhos menores, oportunizando-lhes, por outras formas, a criação e a educação negada pelos pais, mas não consegue compensar os prejuízos afetivos, *in verbis*:⁴

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.

A Ministra Relatora salientou 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 filhos. Destacou o cuidado como importante elemento para a formação da criança e do adolescente, sendo inclusive uma obrigação legal dos pais. Nas suas palavras: "amar é faculdade, cuidar é dever".

Neste contexto, reconheceu a Ministra a configuração do dano moral, restando provido o recurso tão somente para reduzir o valor da indenização para o patamar de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). A ementa restou assim redigida:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO (S) RECORRIDO: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA ADVOGADO: JOÃO LYRA NETTO EMENTA 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 conseqüente 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

⁴ Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.493.125/SP. Relatora Ministra Fátima Nancy Andrihgi. Julgado em 24.04.2012. Publicado no DJe em 10.05.2012.



vulneração da imposição legal, exurgindo, 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 afetividade, 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.

O Ministro Massami Uyeda inaugurou a divergência por entender que “a nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos”, e que “se o STJ abrir essa porta estará estabelecendo uma cizânia dentro da família.”

Os Ministros Sidnei Beneti, Paulo Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, por sua vez, votaram com a relatora, tendo sido o recurso parcialmente provido apenas para reduzir o valor da condenação.

Este acórdão responde de forma exemplar aos críticos que sempre apontam a impossibilidade da obrigação de afeto, pois não se puniu a falta de afeto unicamente e sim a negligência na conduta do pai quanto ao dever de cuidado. Assim, põe fim a todo e qualquer sensacionalismo feito com relação à tese, no que pese ao poder judiciário obrigar alguém a amar.

A decisão ressaltou ainda que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exurgem das omissões do pai no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Sendo assim, outro ponto fundamental foi o STJ ter colocado o dano moral oriundo do abandono afetivo no rol do dano moral *in re ipsa*, ou seja, pela força dos próprios fatos. O dano moral *in re ipsa*, também chamado de presumido, é aquele que não precisa ser provado. O próprio fato já configura o dano. Trata-se de uma modalidade de dano moral,

que só se justifica pela gravidade do fato que a vítima teve que suportar, motivo pelo qual ninguém coloca em dúvida que o dano ocorreu.

Para Calderón (2017, pp. 248-302):

Em outras palavras, uma resposta jurisdicional que não estivesse em sintonia com momento atual da nossa sociedade e da nossa cultura jurídica – restrita a uma leitura estritamente dogmática e legalista das categorias da responsabilidade civil e dos institutos do Direito de Família – poderia afastar, *a priori*, a possibilidade de o Poder Judiciário responder à questão de fundo do referido caso concreto (como ocorreu em diversos casos similares que bateram à porta do Judiciário anteriormente a esse julgado e tiveram respostas que esbarravam nas condições da ação ou em outros óbices formais levantados abstratamente).

Conforme entrevista dada ao Jornal Folha de São Paulo⁵, de 5 de maio de maio de 2012, a autora da ação, Luciane Nunes de Oliveira Souza, pretendia apenas um mínimo de atenção de seu pai, o que nunca foi alcançado. Diante das perdas imateriais irreparáveis que sofreu, não restava outro caminho que não o da indenização civil, mesmo ainda desejando a reconciliação.

5.4 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ATUAL JURISPRUDÊNCIA

Realizando pesquisa jurisprudencial, em amostragem, nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná, observa-se que não há unanimidade quanto à aplicabilidade da indenização decorrente de abandono afetivo.

Ainda há grande vacilação jurisprudencial na admissão da reparação civil por abandono afetivo, com ampla prevalência de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito em casos tais, notadamente pela ausência de provas do dano moral.

Assim, conforme o entendimento de alguns magistrados, não caberia a referida indenização por danos morais, exigindo-se a comprovação do nexo de causalidade, *in verbis*:

⁵ Jornal Folha de São Paulo, de 05/05/2012, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/41066-filha-abandonada-diz-que-so-queria-conversar-um-pouquinho-com-pai.shtml>, acesso em 18/05/2018.



RESPONSABILIDADE CIVIL - Abandono afetivo - Pedido de indenização por danos morais - Necessidade de prova da existência efetiva da conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade - Alegação genérica não amparada em elementos concretos -Reparação indevida - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido.⁶

Responsabilidade civil. Danos morais decorrente de abandono afetivo. Pretensão à indenização. Desacolhimento. Necessidade de efetiva demonstração do nexo de causalidade entre a alegada omissão do genitor e o dano dela decorrente. Provas que demonstram participação familiar. Sentença mantida. Recurso desprovido.⁷

Mais recentemente, o TJRS aduziu que "o dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral"⁸.

Em outra linha, para outros julgados, a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. A pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Apelação desprovida.⁹

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO. A falta de reconhecimento espontâneo da paternidade não configura, por si só, o abandono afetivo, sobretudo, havendo dúvida quanto à paternidade. O abandono afetivo decorre

⁶ TJSP. 6ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 0000779-58.2015.8.26.0315. Relator Des. José Roberto Furquim Cabella. 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/06/2016. Publicado no DJE de 27/06/2016.

⁷ TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0012105-46.2013.8.26.0004. Relator Des. Rômulo Russo. Julgado em 25/08/2017. Publicado no DJE de 03/10/2017.

⁸ TJRS, Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Relª Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, DJE 06/06/2017.

⁹ TJRS. Apelação Cível nº 70074491309. Sétima Câmara Cível. Relator Des. Jorge Luis Dall'Agnol. Julgado em 24/10/2017. Publicado no EDJ de 27/10/2017.



da omissão dos pais em relação aos filhos, que ocasione ato ilícito ao serem violados os deveres de assistência, criação e educação. É necessária a prova do ato, do dano experimentado pelo filho e do nexos causal entre o ilícito e o dano. Havendo a confirmação da paternidade apenas quando do ajuizamento da presente ação, não se pode reconhecer o abandono pretérito. Ademais, não há provas do efetivo dano suportado em decorrência do alegado abandono, ônus que competia ao autor. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.¹⁰

Por outra via, verifica-se parte da jurisprudência decidindo pela concessão de indenização por abandono afetivo, como as que seguem:

APELAÇÃO CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO CIVIL DE DAR CUIDADO CORRESPONDENTE AO DIREITO DO FILHO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR QUE NÃO SE CONFUNDE COM OBRIGAÇÃO MORAL DE DAR AMOR - SITUAÇÃO EMOCIONAL COM ALTO GRAU DE SUBJETIVIDADE QUE NÃO SE PODE EXIGIR NAS RELAÇÕES FAMILIARES. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CUIDAR - DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR É RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ÀS RELAÇÕES FAMILIARES - OMISSÃO QUANTO AO DEVER DE CUIDAR QUE CARACTERIZA OBRIGAÇÃO CIVIL - PAI QUE, NO CASO, NEM MESMO PAGOU AS PENSÕES ALIMENTARES - DANO MORAL CONFIGURADO - ABANDONO AFETIVO RECONHECIDO. A INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO NÃO CARACTERIZA JULGAMENTO EXTRA PETITA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.¹¹

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. II CERTIDÃO NO DISTRIBUIDOR ONDE CONSTA DIVERSAS AÇÕES DE ALIMENTOS AJUIZADAS PELA AUTORA. III ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. V VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$5.000,00. VI - RECURSO PROVIDO.¹²

¹⁰ TJRS. Apelação Cível nº 70071497259. Oitava Câmara Cível. Relator Des. Alexandre Kreutz. Julgado em 19/10/2017. Publicado no EDJ de 24/10/2017.

¹¹ TJPR. Apelação Cível nº 640566-7. Oitava Câmara Cível. Relator Des. Roberto Portugal Bacellar. Julgado em 13/12/2012. Publicação no EDJ de 28/01/2013.

¹² TJPR - 0768524-9 Ap Cível - 8ª Câmara Cível - Rel. Jorge de Oliveira Vargas - Julgado em 26/01/2012. Publicação no EDJ de 22/02/2012.



Diante do exposto, não é possível afirmar, no atual estágio, que exista um entendimento pacificado sobre o tema, tendo em vista decisões de diversas ordens que seguem sendo proferidas e os distintos entendimentos externados sobre o assunto.

A doutrina contemporânea foi bastante receptiva em relação à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo, em especial após o julgamento do REsp 1.159.242/SP, em 2012. No âmbito da jurisprudência, porém, ainda há certo ceticismo, com numerosos julgados que afastam a indenização. Mas compreendemos que este é um entendimento que vem mudando gradualmente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a amar o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, importa considerar se no abandono afetivo há a presença da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei, qual seja, os deveres de convivência e de cuidado.

Rizzardo (2009, p. 691) afirma que “em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade”.

Em verdade, a indenização por dano moral, o que inclui a hipótese de abandono afetivo, tem o condão de reparar um sofrimento suportado pela vítima, tendo o valor pago um intuitivo compensatório, no sentido de ser um derivativo do ato prejudicial praticado por outrem.

Nos dias atuais, é crescente o número de separações, divórcios, dissoluções das entidades conjugais, mas o fim do vínculo é entre o casal, pois pais e filhos são para toda a vida. Nem mesmo as arestas deixadas pelo fim da conjugalidade – ou por sua inexistência – podem atingir a relação paterno-filial, posto que sagrada, soberana e eterna, cabendo muito mais aos pais do que aos filhos lutar por sua preservação.



A indenização civil por abandono afetivo busca compensar aquela criança ou adolescente que passou por duras sequelas emocionais, e quem sabe insuperáveis, a ter uma recompensa em sua vida através da indenização recebida.

Ainda segundo Pereira (2012, p. 220) “não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor e a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, nos quais é estruturada e instalada a referencial paterna”.

As funções da reparação civil compreendem três esferas de alcance: compensatória ao dano causado à vítima, punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva. A função compensatória tem como objetivo retornar as coisas ao *status quo ante*. O bem perdido é restituído e, quando isso não é mais possível, impõe-se o pagamento de uma indenização, em um quantum equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito ofendido.

Portanto, ainda que permaneça algum dissenso na jurisprudência, pode-se afirmar que a tendência atual dos Tribunais brasileiros é a de reconhecer a necessidade e a possibilidade de reparação civil do dano moral por abandono afetivo.

Conforme ensina Groeninga (2006. p. 448):

O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável. Assim, é na interação com outro, inicialmente na família, por meio do amor, que se desenvolvem na personalidade as qualidades eminentemente humanas de pensamento, auto-reflexão e empatia.

Diante do exposto, conclui-se que não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular desnecessárias ações por danos morais, mas sim de lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material.

Não se trata também de um dever, de uma imposição que os pais dêem afeto aos seus filhos, mas sim de uma posição acertadamente adotada para lembrá-los da responsabilidade que é ser pai.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa Do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19/05/2018.

_____, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. DOU de 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19/05/2018.

_____, **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 19/05/2018.

_____, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19.05.2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo.** In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do Autoritarismo ao Afeto – Como e a Quem Indenizar a Omissão do Afeto? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 32, Out/Nov 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Direito das Famílias**. Volume 6. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume III - Responsabilidade Civil**. 6ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Ed. Juruá, 1991.

____ **Direito Civil Aplicado. Vol. 5**. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 2ª Tiragem 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais. V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito. In: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/18.pdf. acesso em 05 de abril de 2018.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. O Custo do abandono afetivo. Disponível em <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 04 de abr. de 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.



SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=313>>. Acesso em: 24 de mai. de 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade Civil e Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária.** In: **Responsabilidade civil no Direito de Família.** Coordenadores MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2015.

