

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Natália Sharapin Alves¹
Alan Dias Barros²

RESUMO

O presente trabalho irá tratar da responsabilidade civil por abandono afetivo na relação entre pais e filhos, dando enfoque na análise do cabimento ou não de dano moral para filhos que foram privados do convívio com seus pais, convívio este que é inerente ao poder familiar. Na metodologia, serão analisados os fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil, bem como casos jurisprudenciais e doutrina que tratam do tema, para que, ao final, a conclusão se, de fato, existe ilegalidade no abandono afetivo, assim como, o dever de indenizar. É objetivo portanto, analisar a esfera da responsabilidade civil dentro do Direito de Família para reparar possíveis abalos emocionais advindos de abandono.

Palavras-Chave: Abandono Afetivo. Deveres Parentais. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Indenizar.

AFFECTIVE LIABILITY FOR ABANDONMENT

ABSTRACT

This paper will address the liability for emotional distance in the relationship between parents and children, focusing on the analysis of the pertinence or not of moral harm to children who were deprived of contact with their parents, this interaction that is inherent in family power. We will analyze the foundations and assumptions of liability, as well as case law and doctrine cases dealing with the theme, which in the end, the conclusion is, in fact, there is illegality in emotional distance, as well as the duty to indemnify.

Keywords: Emotional Distance. Parental Duties. civil and moral damages.

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN – FARN. E-mail: nataliaalves5@hotmail.com.

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN – FARN. E-mail: alandbarros@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil em 1988 e recentemente, o Novo Código Civil (2002) houve uma grande mudança no que diz respeito ao indivíduo, visto que, atualmente passou a existir uma maior preocupação com a dignidade da pessoa humana. É de bom alvitre salientar que o tema dignidade da pessoa humana já estava em foco, entretanto, sua positivação veio com a Constituição de 1988. Com esta mudança ocorrida na legislação, essa valorização do indivíduo como ser único, veio o surgimento no judiciário de ações propostas por filhos pedindo indenização por danos morais em razão do sofrimento vivido por abandono afetivo.

O abandono afetivo pode ser caracterizado pela falta de proteção, conforto, respeito dos pais para/com seus filhos. E levando-se em consideração que a família é de extrema importância, pois é o primeiro núcleo social do indivíduo, aquele que será parâmetro referencial de toda a vida da pessoa, é neste núcleo familiar que vão se formar os vínculos afetivos e é nele onde se aprende valores essenciais para a formação da personalidade e de sua dignidade humana. Assim, a omissão do afeto é de grande gravidade pelos danos que causa a formação dos filhos.

Atualmente estamos vivendo numa fase de mercantilização do carinho. Segundo Pereira da Costa (2008) isso faz com que a afetividade entre no pensamento do jurista para explicar as relações familiares de hoje. Assim, o Direito de Família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Ao analisar a jurisprudência e a doutrina existentes sobre o tema, foi verificada uma divisão a respeito da possibilidade (ou não) de um filho buscar em juízo indenização por danos morais em virtude de negligência afetiva de seus pais, o que tornou o tema intrigante pelo fato de ser controverso.

Por não ser mais a família tradicional (pai, mãe e filhos) a regra, como outrora fora, muitos são os casos nos quais os filhos são criados apenas por um dos pais. Demais disso, estima-se que, no Brasil, uma em cada quatro pessoas seja filha de pais separados, quanto tratamos dos jovens, esse percentual sobe para uma em cada três.

Com base nesse quesito surge a seguinte controvérsia: a simples prestação de alimentos para aquele que não detém a guarda é suficiente ou o pai possui obrigações morais que, descumpridas, geram o direito à reparação? Qual o fundamento da indenização por abandono afetivo? É o que procurará descobrir o presente trabalho.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Portanto, um indivíduo será civilmente responsabilizado toda vez que lesar alguém em decorrência de um ato ilícito que cometeu. Todavia, como se sabe, também é cabível reparação decorrente de dano ocasionado por ato lícito, como será demonstrado.

Quanto à função da responsabilidade civil, temos que é a proteção dos interesses juridicamente relevantes, quando sofrem violações ainda de cunho exclusivamente moral.

Isso posto, trataremos dos pressupostos à responsabilização civil. Nessa questão a doutrina é bastante divergente. Neste estudo, adotaremos os pressupostos indicados por Silvio Neves Baptista (BAPTISTA, 2003), quais sejam: 1) fato jurídico antecedente; 2) dano; 3) nexo de causalidade; e 4) imputação da responsabilidade.

O fato jurídico antecedente é a ação/omissão do agente, atividade de risco ou mesmo caso fortuito ou força maior que causem dano. Não havendo dano, inexistente responsabilidade civil.

O dano é que dá origem à responsabilidade civil. Quando ele ocorre, ao ofendido é dado o direito de reparação e ao ofensor é imposto o dever de reparar.

Como mencionado anteriormente, e seguindo ainda a linha de Silvio Neves Baptista, o dever de reparar pode ter origem em ato ilícito ou lícito. É ilícito se o fato jurídico que o antecede é definido pela norma como uma ilicitude ou se a lesão provocada viola direito de alguém previsto em norma obrigatória ou proibitiva. Já o dano oriundo de ato lícito, baseado em norma permissiva, a princípio não seria indenizável. Todavia, há casos nos quais são estabelecidas compensações para aqueles prejudicados pelo ato lícito.

Em relação à natureza do dano, esse pode ser patrimonial ou moral. Concentrar-nos-emos no dano moral em razão da sua conformidade com o presente trabalho.

A lesão moral é aquela que viola os direitos da personalidade, bens imateriais e que não são suscetíveis de avaliação em dinheiro, a qual se enquadra o abandono afetivo.

Por nexos causal, devemos entender como sendo a ligação entre dois fenômenos (causa e efeito). Para que haja a responsabilidade civil, é necessário que o ato supostamente lesivo seja o causador direto do dano. Nesse sentido, temos o seguinte exemplo: não haverá responsabilidade civil quando após atropelada (fato lesivo) a vítima se automedica (fato da vítima) e sofre prejuízos decorrentes dessa automedicação.

A imputabilidade é a atribuição de poder ou dever a alguém para responder por determinado fato jurídico. Na maioria dos casos, a responsabilidade é imputada ao causador do dano, todavia, em algumas situações como a do artigo 932 do Código Civil, a responsabilidade é atribuída a terceiros.

Posto, passadas informações gerais acerca da responsabilidade civil, trataremos de forma mais específica da aplicação desse instituto no Direito de Família:

2.1 A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

O estudo do dano no âmbito do Direito de Família reveste-se de uma dificuldade que não se vê em nenhum campo do direito. Isso em razão da própria estrutura da família, que resguarda a privacidade e a intimidade, de modo que o Direito não consegue penetrar de forma tão intensa.

Entende-se que o Direito de Família é um ramo de certo modo isolado, que possui seus próprios instrumentos para coibir lesões e abusos de direito. De acordo com a corrente a qual se filiou o Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil não teria aplicação no Direito de Família em razão das próprias particularidades desse ramo do Direito Civil. Em suma, para o Ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a violação aos deveres familiares geraria sanções específicas, previstas no âmbito do Direito de Família, sendo-lhe inadequada à extensão das disposições sobre responsabilidade civil (AGUIAR JÚNIOR, 2011).

Em sentido oposto, há os que entendem que a perda do poder familiar e o pagamento de alimentos não interferem na indenização por dano moral, ou seja, seria devida a indenização independentemente das demais sanções cominadas. Esse posicionamento não visualiza o Direito de Família como um ramo comunicável, o que permite um intercâmbio com institutos de outras vertentes do Direito.

Já no Direito brasileiro, não há disposição expressa acerca da responsabilização em relações familiares, todavia, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2005, p. 39- 43), enumera alguns argumentos que convergem no sentido da aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família:

- a obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos;
- o familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar;
- a falta de previsão genérica para o direito de família não impede a incidência, além das regras específicas, do instituto da responsabilidade civil;
- a indenização deve contemplar, além do propósito reparatório, também a finalidade sancionadora.

Deste modo, não se deveria enxergar o caso como sendo de Direito de Família ou de Responsabilidade Civil, o tema pode pertencer ao mesmo tempo a ambos os ramos, pois a divisão em Direito de Família, das Obrigações, Responsabilidade Civil, etc., não significa um rompimento, mas apenas uma forma de facilitar o estudo, de modo que se deve ter uma visão geral ao se analisar o caso concreto, sem excluir qualquer vertente, pois todas são, na realidade, Direito.

Portanto, o simples fato de a questão ser de Direito de Família não tem o condão de afastar a responsabilidade civil. Caso o ato praticado seja lesivo cabível é a reparação e, em função disso, a imposição de indenização.

3 ABANDONO AFETIVO: CONDUTA ILÍCITA?

O abandono afetivo é uma conduta ilegal? Os pais são obrigados a manter contato afetivo, participar ativamente da educação dos seus filhos ou garantir o sustento desses é o suficiente?

Para auxiliar na elucidação dessas questões, vejamos algumas disposições legais:

Código Civil (Lei nº 10.406/2002):

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

Segundo a norma legal acima transcrita, os pais devem educar seus filhos e tê-los consigo. Deste modo, o pai deve estar presente na vida de sua prole, entretanto não apenas presente fisicamente é necessário cumprir as obrigações impostas pelo Código Civil e de fato, participar da educação. Um pai ausente não pode educar uma criança, tampouco tê-la em sua companhia e desfrutar de momentos de convívio e intimidade.

Os atos acima decorrem do poder familiar que, como mais adiante será demonstrando, é um direito do filho e uma obrigação do pai, pois deve ser exercido com base no princípio do melhor interesse da criança.

Na mesma linha do Código Civil, assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

Art. 22. **Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores**, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (Grifos da transcrição)

Vemos mais um exemplo de dispositivo legal que imputa aos pais o dever de convívio e educação. Neste sentido, não basta o suporte material, representado pelos alimentos, o amparo emocional também é indispensável e, talvez, até mais importante, pois, de acordo com o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a falta ou a carência de

recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Todavia, caso o pai incorra em abandono moral, poderá perder o poder familiar, o que demonstra ser uma sólida formação moral, dotada de afeto, muito mais benéfica e importante que um crescimento cercado, exclusivamente, de riquezas materiais.

Pelo visto, tudo corrobora ser o convívio, a assistência moral, um dever dos pais. Esses, por força da lei, devem estar presentes no crescimento de sua prole, garantindo o suporte emocional necessário ao saudável desenvolvimento da criança. Isso ganha ainda mais força em razão do princípio constitucional da paternidade responsável:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - **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.”(Grifos da transcrição)

O princípio da paternidade responsável segundo Marcela de Jesus Boldori Fernandes (2003), deve ser compreendido não só como embaixador do planejamento familiar, mas também como empenho à satisfação dos direitos e interesses das crianças e do adolescente e o cumprimento dos deveres advindos do poder familiar. Portanto, a partir do momento no qual a criança é concebida, os genitores devem ter uma postura dirigida ao interesse da nova vida. Quando do nascimento, devem prestar o auxílio necessário ao desenvolvimento do menor, incluindo-se aí, o dever de convívio, a assistência moral. Sobre esse princípio, assim dispõe Maria Berenice Dias (2007):

Passou-se a falar em paternidade responsável. **Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direitos dos pais, mas direito do filho.** Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. (Grifos da transcrição)

Acerca da importância do princípio da paternidade responsável, assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DOS GENITORES. GENITORA DESTITUÍDA DO PODER FAMILIAR. DISCUSSÃO EM SEDE RECURSAL QUANTO À SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DO GENITOR. **Ausente qualquer indício de exercício de paternidade responsável pelo genitor, que é verdadeiro estranho para o filho**, o qual se encontra abrigado desde o nascimento,

deve ser julgada integralmente procedente a ação, viabilizando-se, assim, a colocação da criança em família substituta. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70026092510, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 19/03/2009)(Grifos da transcrição)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. FALTA DE CONDIÇÕES AFETIVAS DOS GENITORES. INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL. A suspensão do poder familiar exige comprovação de um fato grave ou mesmo de uma falha reiterada dos pais quanto aos seus deveres de atenção e cuidado dos filhos. Só a partir disso é que se está autorizado a por em prática medida tão contundente e relevante como é a suspensão do poder familiar. **Prova que não deixa dúvida no sentido de que os apelantes não possuem condições de exercer o poder familiar, porquanto ao longo dos anos, não tenham conseguido desenvolver a paternidade, dando origem a um quadro de abandono físico e afetivo reiterado e injustificado dos filhos** que, inclusive, já resultaram na adoção de outros quatro filhos da genitora e um do casal. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70025934399, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/09/2008) (Grifos da transcrição)

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Impõe-se a destituição do poder familiar quando evidenciado que os pais biológicos não apresentam condições de exercer uma maternidade e paternidade responsável e descumprem injustificadamente os deveres inerentes ao poder familiar, expondo a filha a uma situação de risco. Inteligência dos arts. 22 e 24 do ECA. Negado provimento. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70020709945, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 24/10/2007) (Grifos da transcrição)

Tendo em vista os Acórdãos supratranscritos, o exercício de uma paternidade responsável é de tão grande importância que a paternidade exercida de outra forma pode levar à perda do poder familiar.

O abandono afetivo, portanto, vai de encontro ao princípio constitucional da paternidade responsável. O descumprimento do dever de convívio com os filhos também vai de encontro a todos os dispositivos legais acima mencionados.

Deste modo, não há como negar o caráter ilícito do abandono afetivo. O pai tem o dever de conviver com o seu filho, de dar carinho, atenção, fazer parte do crescimento e da educação da criança. O não cumprimento dessas obrigações gera um dano que, na visão de

Giselda Hironaka (2007), é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo, pois macula o ser humano enquanto pessoa.

O pai que abandona afetivamente seu filho comete ato ilícito, viola a legislação ordinária e a Constituição da República. O dever de prestar auxílio moral é até mais importante que o auxílio material. É um dever inerente à paternidade. É obrigação de todo pai. Frise-se: o pai é obrigado a dar carinho e atenção ao seu filho, é obrigado a fazer parte do crescimento e da educação da criança. Todas essas obrigações são inerentes ao poder familiar.

É um direito inquestionável da criança, ter os seus pais presentes durante o seu amadurecimento. Os pais são indispensáveis ao saudável desenvolvimento. São um referencial, um espelho para os jovens. A ausência de qualquer dos pais acarreta uma lesão de proporções gigantescas. Sendo assim, não se tem como negar a natureza ilícita do abandono afetivo. Posicionamentos em outro sentido somente refletem uma visão ultrapassada e que, sequer, respeitam o Direito vigente.

Destarte, ao pai não é dada a opção: conviver ou não com seus filhos. O pagamento de alimentos, como será mais adiante demonstrado, não o permite abandonar afetivamente seus filhos. O convívio é imposição do poder familiar, é decorrente da lei, é intrínseco à paternidade. O interesse em jogo é o da criança. O pai só não deve ter contato com o filho quando sua presença for prejudicial à criança e isso deve ser decidido pelo Judiciário. A regra é que a presença do pai é necessária, pois é muito importante para o desenvolvimento da criança.

Diante de todo o exposto, o abandono afetivo pode ser encaixado dentre as condutas descritas pelo art. 186 do Código Civil:

“Código Civil (Lei nº 10.406/2002):

Art. 186. **Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.**”(Grifos da transcrição)

O pai que não garante ao filho o seu direito ao convívio comete uma omissão voluntária que causa um dano de natureza moral à criança, o que preenche todos os requisitos para a configuração de um ato ilícito. Em hipótese alguma essa conduta pode ser considerada

lícita, pois o poder familiar não é um direito em favor do pai, mas em favor do filho, o que de plano afasta a aplicação do art. 188, I, do Código Civil. Sendo assim, como já mencionado, o abandono afetivo é uma conduta ilícita.

Ademais, não é o fato de se tratar de uma relação de Direito de Família que se pode afastar a responsabilização civil. Entretanto, há posicionamento como o Superior Tribunal de Justiça que entende ser o Direito de Família um ramo de certo modo isolado, que possui seus próprios instrumentos para coibir lesões e abusos de direito. Essa foi a ótica do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 757.411/MG no ano de 2005:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, **com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.**
(Grifos da transcrição)

Diante do voto acima transcrito, temos que os instrumentos do Direito de Família para punir o abandono moral seriam a perda do poder família e o pagamento dos alimentos. Maria Berenice Dias vê falhas no entendimento do STJ, principalmente em relação aos alimentos (entendidos como direito de personalidade, já que asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física, decorrente do direito de viver com dignidade, baseado no princípio da preservação da dignidade da pessoa humana), que não têm a função natural de servir como modo de punição aos genitores que abandonam seus filhos. Entretanto, é inegável que o abandono é causa de perda de poder familiar (art. 1638, II, do Código Civil).

Entretanto, com toda vênia, configura-se equivocado o entendimento do STJ, pois a responsabilidade civil não poderia ser afastada do Direito de Família somente por esse possuir, teoricamente, instrumentos próprios para punir o pai ausente. Uma punição não excluiria a outra, muito pelo contrário, segundo esse posicionamento, deveria haver, caso entenda existir dano, a cumulação com o intuito de melhor reparar o filho supostamente lesado e coibir futuras práticas danosas.

Muito se fala que as relações de família são baseadas no amor e que não caberia dar preço ao afeto. Seria o amor um impeditivo à responsabilização civil. Nessas hipóteses o julgador não poderia responsabilizar o ofensor. Entretanto, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à finalidade social da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização.

Logo, segundo o entendimento de quem reputa correta a responsabilização civil por abandono afetivo, não é o fato de ser uma relação entre parentes que altera a situação de ofendido e ofensor. Se provado está o dano, imperiosa é a reparação. O posicionamento contrário mostrar-se-ia ultrapassado, alheio ao novo contexto do Direito Civil introduzido pela Constituição da República de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

O Direito não pode se furtar a tratar da questão do abandono afetivo, ante sua crescente presença na sociedade brasileira, sendo ilegal o afastamento da responsabilização dos pais, caso preenchidos, os requisitos para tal.

4 AS PUNIÇÕES PRÓPRIAS DO DIREITO DE FAMÍLIA EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PATERNAS

4.1 DO PAGAMENTO DE ALIMENTOS

Segundo Paulo Lôbo (1999), os alimentos em Direito de Família, têm o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Para, Sílvio de Salvo Venosa (2008), o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário à sua subsistência. Há também os alimentos decorrentes da ruptura das relações matrimônios/união estável e do dever de amparo aos idosos. Ante os objetivos do presente trabalho, os dois últimos tipos de alimentos não serão objeto de análise.

Como dito acima, os alimentos têm a função de prover a educação, a alimentação, vestuário e etc. A princípio não possuem um caráter punitivo, pois são decorrentes da relação paterno-filial em si. Um pai pode não coabitar com seu filho, entretanto, isso não implica necessariamente abandono afetivo.

Em contrapartida, um indivíduo pode ser um pai extremamente presente, mas isso não o exime de prestar alimentos para os seus filhos. Não é a ausência de coabitação que gera o dever de prestar alimentos. Todo pai, que coabite ou não, tem o dever de sustento para com seus filhos menores. Portanto, é relação parental que impõe a prestação de alimentos.

Em entendimento contrário, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de ser a pensão alimentícia verdadeira reparação financeira para a ausência paterna. Entretanto, por uma simples leitura do Código Civil, vê-se que esse posicionamento é, em verdade, equivocado. Nenhum dos artigos da Lei 10.406/2002 imputa um caráter punitivo à prestação alimentícia. Os alimentos são sempre vistos como decorrentes do dever de sustento, não havendo punição nisso.

Neste sentido, também temos as palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 101):

A obrigação parental não é só de pagamento de alimentos. Há um leque de encargos que não se mensuram monetariamente. Mas nenhuma consequência é imposta na lei a quem descumpre os deveres inerentes ao poder familiar. Separado o casal, o pai, na maioria dos casos, nem ao menos divide os deveres de criação e educação do filho, pois raramente reconhece sua responsabilidade de acompanhar o seu desenvolvimento. De forma frequente, não exerce sequer a obrigação de visitas. (Grifos da transcrição)

Conclui-se que, caso se entenda reparável o dano oriundo do abandono afetivo, a prestação de alimentos não tem o condão de impedir a condenação por danos morais, pois não é punição é uma consequência do poder familiar.

4.2 DA PERDA DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Como se vê, o poder familiar configura-se uma obrigação dos pais em favor da prole. Isso se deve à evolução histórica desse instituto que deixou de ser voltado ao interesse do chefe da família e ao exercício do poder dos pais sobre os filhos. Na visão de Eduardo dos

Santos (1999, p. 511): “O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente por ambos os genitores.”

Ao exercer o poder familiar, os pais devem ter em mente o princípio do melhor interesse da criança, ou seja, os genitores devem tomar suas decisões com base no que vai ser melhor para a criança e não para eles.

Neste sentido, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente enumera alguns direitos dos filhos decorrentes do poder familiar: toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Já o Código Civil diz que compete aos pais no exercício do poder familiar (art. 1.635): dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar, representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Por sua vez, o art. 227, *caput*, da Constituição da República enumera alguns dos direitos dos filhos decorrentes 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O art. 229, *caput*, da Carta Magna, por sua vez, traz os deveres dos pais para com os filhos, quais sejam: o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho. (LÔBO, 2008)

Deste modo, apesar de o exercício caber aos pais, é inegável que o poder familiar tem o intuito de beneficiar a criança ou o adolescente. Não se trata de um simples poder dos pais ante os filhos, mas verdadeiro poder-dever que deve afirmar o princípio do melhor interesse da criança.

Sendo assim, para Paulo Luiz Netto Lôbo (1999), os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos.

Feitas essas considerações, de acordo com o Código Civil, o exercício do poder familiar fora dos parâmetros estabelecidos pelo legislador pode implicar suspensão ou mesmo perda desse poder:

Código Civil (Lei nº 10.406/2002):

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
(Grifos da transcrição)

Conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, o pai que não presta assistência moral ao seu filho recai no art. 1638, II, do Código Civil, culminando com a perda do seu poder familiar. Tendo isso como favorável à criança, pois se tornará livre da ingerência de um adulto que não está a cumprir seus deveres. Todavia, sobre este assunto, temos importante passagem de Paulo Lôbo (2008, p. 281) “A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada”. (Grifos da transcrição)

Todavia, ao se ter em ótica a questão da punição, a perda do poder familiar não pode ser considerada uma efetiva penalidade para o pai, vejamos: se o genitor demonstrou não estar comprometido com a criança, a abandonando afetivamente, a perda do poder familiar pode representar um alívio, pois o exonera de um ônus que evidenciou não querer suportar. No mesmo sentido, Sílvio Rodrigues entende que a suspensão ou destituição do poder familiar constituem menos um intuito punitivo dos pais e mais um ato em prol dos menores, que ficam afastados da presença nociva.

Logo, é remota a possibilidade de, nessa situação, o pai se sentir punido. Ele não irá refletir acerca de seus atos, tampouco servirá de exemplo para aqueles que cometem o mesmo erro.

A perda do poder familiar possivelmente representará um alívio para o filho, mas não é uma reparação para as dores sofridas. Portanto, não se pode enxergar a perda do poder familiar como verdadeira punição para o pai, de modo a tornar desnecessária, como entende o Superior Tribunal de Justiça, a indenização por danos morais.

5 É POSSÍVEL A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO?

Já caracterizado o abandono afetivo como ato ilícito, o que se pode discutir é a existência de danos decorrentes da estudada ilicitude, pois, por ser um dano moral, o dano oriundo do abandono afetivo não é de tão simples constatação. Todavia, graças à interdisciplinaridade muito presente no Direito de Família, por meio do competente laudo psicológico esse dano pode ser constatado, já que é inegável o fato de o abandono moral gerar sequelas consideráveis na criança, como bem relata Maria Berenice Dias (2007, p. 407):

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole.

(...)

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender o dever de ter o filho em sua companhia, produz danos morais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. **Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida.** (Grifos da transcrição).

Deste modo, após comprovado o dano, patente é a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, pois todos os requisitos anteriormente mencionados para tal foram preenchidos. Não é por se tratar de uma relação de Direito de Família que se deve afastar as regras de responsabilidade civil. Existindo o dano, como efetivamente existe, necessária e correta é a responsabilização, sob pena de prestigiar o descumprimento de obrigações legalmente impostas.

Quanto à reparação cabível, por ser impossível obrigar o pai a retomar o contato com seu filho, e mesmo que possível fosse a convivência, nesses termos, não seria sadia, deve ser aplicada a regra contida no art. 947 do Código Civil:

Lei 10.406/2002 (Código Civil):

Art. 947. **Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.** (Grifos da transcrição)

Portanto, por não ser possível impor ao pai o cumprimento da obrigação na espécie prevista em lei, cabível é a indenização por danos morais. Neste caso, o montante deve ser estipulado pelo magistrado tendo em vista as peculiaridades de cada caso e a extensão do dano causado ao filho, não sendo correta a fixação de um valor padrão para todos os processos que envolvam abandono afetivo:

Lei 10.406/2002 (Código Civil):

Art. 944. **A indenização mede-se pela extensão do dano.** (Grifos da transcrição)

A questão em debate, a princípio, habitaria somente a esfera da moral, todavia, a indenização é cabível, pois, segundo as palavras de Paulo Lôbo (2008), “seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas”.

Demais disso, na responsabilização por abandono afetivo, não se trata de dar preço ao amor, o que se pretende é o cumprimento das obrigações parentais e, até mesmo, tornar claro para o pai o quão condenável é sua conduta e que essa deve parar. Com entendimento no mesmo sentido, temos as palavras de Cláudia Maria da Silva (2004):

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

Desta forma, para Maria Berenice Dias e Rolf Madaleno (2007), o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.

CONCLUSÃO

O abandono afetivo, configura-se ato ilícito, pois causa grande abalo ao patrimônio psíquico da criança. É uma conduta que deve ser reprimida ante seu caráter lesivo e o uso desvirtuado que faz do poder familiar pois viola a Constituição da República, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, o abandono afetivo é ato ilícito e passível de reparação.

Quanto ao pagamento de alimentos como substitutivo dessa reparação, temos que a prestação alimentícia é corolário do dever de sustento dos pais. Sendo assim, o inadimplemento da obrigação alimentícia nada tem haver com o inadimplemento da obrigação afetiva. As duas têm conseqüências diversas, uma pode, e isso ocorre reiteradamente, existir sem a presença da outra. Um pai pode ser presente, mas não conseguir cumprir suas obrigações materiais. Em contrapartida, pode pagar rigorosamente em dia os alimentos, mas não participar da vida de seu filho. Portanto, o pagamento de alimentos não pode ser encarado como uma compensação para o abandono afetivo e, tampouco, pode ser visto como uma forma de punição.

Do mesmo modo devemos enxergar a perda do poder familiar. A perda desse poder não resulta uma efetiva punição para os genitores ausentes, pois esses são exonerados de um encargo do qual eram contumazes descumpridores. Logo, a perda do poder familiar não gerará qualquer sentimento de culpa ou será encarada como uma penalidade. Ademais, como o poder familiar deve ser exercido com base no melhor interesse da criança, a sua perda não visa punir o pai, mas proteger o filho. A criança é quem está no primeiro plano. Assim sendo, a perda do poder familiar também não é punição para o abandono afetivo.

Ademais, o fato de envolver uma relação de Direito de Família não tem o condão de impedir a responsabilização civil do genitor ausente. Tampouco, o pagamento de alimentos ou a perda do poder familiar podem afastar a condenação por danos morais, pois não têm um caráter verdadeiramente punitivo, além de não serem capazes de evitar o descumprimento das obrigações morais.

A questão do abandono afetivo é um problema crescente, deve ser analisada com cautela e as decisões que tratem desse tema devem ser bem fundamentadas.

No entanto, as normas vigentes já permitem a condenação dos pais que abandonam moralmente seus filhos, razão pela qual o Judiciário, desde já, deve coibir a prática desse ilícito através da responsabilização civil por abandono afetivo, quando todos os requisitos para tal condenação foram preenchidos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família, disponível em: <[HTTP://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1335](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1335)> acesso em 18 de set. de 2011.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

BERGAMASCO, Daniel. **Um em cada três jovens é filho de pais separados**. Disponível em <[HTTP://www.paisseparados.com/noticialer.asp?id=629](http://www.paisseparados.com/noticialer.asp?id=629)>. Acesso em 13 de jun. de 2011.

BRASIL. Apelação Cível Nº 70020709945, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, (Julgado em 24/10/2007).

BRASIL. Apelação Cível Nº 70025934399, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, (Julgado em 25/09/2008).

BRASIL. Apelação cível Nº 70026092510, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schimitz, (julgado em 19/03/2009).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. ECA _ Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 757.411/MG, 2005.
DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Marcela de Jesus Boldori. **A autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**. Disponível em:
<[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4061](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4061)>. Acesso em 25 de ago. de 2011.

GOMES, Eddla Karina. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em <[HTTP://www.ibfam.org.br/?artigos&artigo=288](http://www.ibfam.org.br/?artigos&artigo=288)>. Acesso em 21 de set. de 2011.

Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 mar. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Família**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica. 1999.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família** – 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSADO, Rui Aguiar Junior. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Ex. Ministro do STJ. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, nº 2, p. 39-43, fev. 2005. <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1>, acesso em 16.04.2010.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**. Lisboa; Almedina, 1999.

SILVA, Claudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e Indenização por Danos à Personalidade do filho. *In Revista Brasileira de Direito de Família*, Ano VI, nº 25 - Ago-Set 2004.

SOUZA, Patrícia. **Filhos de pais separados: A nova estrutura da família brasileira**. Disponível em: <<http://sonhomedio.wordpress.com/2007/10/08/filhos-de-pais-separados-a-nova-estrutura-da-familia-brasileira/>> Acesso em 13 de junho de 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família** 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil** – 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.