

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-MATERNO-FILIAL

Maria Mércia da Silva Cruz¹

Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O presente trabalho, através do método teórico-descritivo, com fulcro na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do adolescente, fundamenta o princípio da afetividade não apenas como elemento inequívoco na relação familiar, mas também como garantia dos filhos de serem cuidados pelos pais. Não obstante se trate de assunto de Direito de Família, suas consequências jurídicas encontram respaldo na seara da Responsabilidade Civil, tendo esta, portanto, seus principais aspectos também explanados, em razão do dano moral originado na relação paterno-materno-filial. Em sequência, são analisados os principais argumentos jurisprudenciais e doutrinários que negam e os que defendem a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo. Assim, objetiva elucidar o quão relevante para a sociedade é o reconhecimento de que o abandono afetivo na relação paterno-materno-filial constitui lesão a um bem jurídico tutelado pelo Estado qual seja: a dignidade da criança e do adolescente, e que merece ser reparado através de indenização por danos morais.

Palavras-chave: Princípio da Afetividade. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo. Danos Morais.

ABSTRACT

The present work, based on the theoretical-descriptive method, with a focus in the Federal Constitution of 1988, in the Civil Code of 2002 and in the Statute of the Child and the adolescent, bases the principle of affectivity not only As an unequivocal element in the family relationship, but also as a guarantee of the children to be cared for by the parents. Although it is a matter of Family Law, its legal consequences are supported by the Civil Liability section, which, therefore, has its main aspects also explained, due to the moral damage originated in the paternal-maternal-filial relationship. In the sequence, we analyze the main jurisprudential and doctrinal arguments that deny and those who defend the possibility of compensation for moral damages resulting from affective abandonment. Thus, it aims to elucidate how relevant to society is the recognition that affective abandonment in the paternal-maternal-filial relationship constitutes an injury to a legal asset protected by the State which is: the dignity of the child and the adolescent, and that deserves to be repaired Through indemnification for moral damages.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. Email: mm.cruz@bol.com.br

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN, mestre em Direito pela UFRN. Email: hbaneto@yahoo.com.br

Keywords: Principle of Affectivity. Civil responsibility. Affective Abandonment. Moral damages.

1 INTRODUÇÃO

A evolução das relações sociais impulsionou uma revolução no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, no Direito de Família. Novos princípios e direitos foram estabelecidos expressamente, não apenas pela Constituição Federal de 1988, como também pela Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, pela Lei nº 10.406/02, o Código Civil de 2002 – CC/02 –, e demais instrumentos normativos, ratificando a proteção à integridade da criança e do adolescente. O princípio da afetividade é um deles, implícito na Carta Magna, é proveniente dos princípios da dignidade da pessoa humana e, quando relativo aos direitos dos filhos na relação paterno-materno-filial, é também inerente aos princípios da paternidade responsável e da proteção integral da criança e do adolescente. Além disso, tem sido utilizado com grande frequência na doutrina e jurisprudência com o intuito de salvaguardar os direitos das crianças e adolescentes frente ao descaso dos pais.

Os direitos individuais (art. 5º, CF/88) como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ou mesmo sociais (art. 6º, CF/88), como a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância, entre outros, constituem um complexo de elementos que se complementam para alcançar a dignidade. Dito isso, surge a indagação: É possível vida digna sem afeto?

Convém esclarecer que não é objeto deste, diferenciar amor e afeto, sendo ambos os vocábulos utilizados como sinônimos em seu decorrer. Enquanto sentimento de carinho que se tem por alguém, o afeto compreende uma necessidade vital ao ser humano, seja ele criança, adolescente, jovem ou adulto. Responsável pelas relações pessoais, pode se manifestar de diversas formas, através da amizade ou como uma das formas de amor por exemplo, além de surgir por inúmeras outras circunstâncias, como a simples afinidade, o respeito, a convivência, a atração, mas, principalmente, pela relação familiar.

Presente tanto nas relações familiares, como nas sociais, de modo geral, o afeto apresenta-se como pedra angular. Elemento que une cada um dos membros da família, tem sido defendido no meio jurídico, com fulcro no princípio da afetividade, em razão de

compreender o cuidado. Podendo pois, ser invocado por qualquer um destes, quando experimentarem que lhes foi denegado e resultou em uma mácula pessoal. Este tipo de demanda pode acontecer inversamente: de pai para filho. Inclusive é protegido pela Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso. Contudo, ressalta-se que o interesse deste trabalho é o afeto enquanto direito dos filhos em relação aos pais³ e dever destes para com aqueles, independente da forma como ocorreu a filiação.

À proporção que o afeto se constitui como direito subjetivo na atualidade, sua não-observância, embora de caráter familiar, suscita consequências jurídicas na seara da Responsabilidade Civil. Observa-se que o direito dos filhos ao afeto pressupõe um dever para os pais, biológicos ou socioafetivos e, constatando-se que a “lacuna emocional” provocada nos filhos em razão da conduta ilícita dos pais, trazem-lhes consequências, estas, denominadas danos morais, as quais precisam ser reparadas.

Normalmente relacionada a infortúnios materiais, a reparação do dano como medida de retorno ao *status quo ante* realiza-se através da recuperação da coisa danificada ou do seu ressarcimento. Entretanto, no caso do dano moral, sua reparação tem caráter compensatório, já que seria impossível satisfazer, em sua plenitude, prejuízos psíquicos, sentimentais, ou morais com um valor pecuniário.

Nesse contexto, vários são os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao tema, tanto dentro do Direito de Família, desde o reconhecimento do afeto enquanto direito, quanto na Responsabilidade Civil Extrapatrimonial, se o abandono afetivo dos pais para com os filhos caracteriza um ato ilícito indenizável, merecendo reparação por dano moral ou não.

Antecipadamente, para dirimir quaisquer confusões semânticas, o abandono afetivo não tem relação direta com a obrigação de dar amor. Embora haja quem acredite nisso, o inciso II, do artigo 5º da Carta Maior estabelece que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, constituindo, pois, o princípio da legalidade. Assim, não se pode “obrigar” os pais a amarem os filhos, mas responsabilizá-los pelo dever de cuidar, sim. A nomenclatura “abandono afetivo” corresponde ao sentimento do filho perante o desprezo dos pais, que, quando realmente criam-no, dando-lhe educação, guardando-o, e se mantêm presentes, acompanhando esse desenvolvimento, o afeto se constrói naturalmente. Daí se dizer que ele tem o dever de dar afeto, porque por mais que ele não goste desse filho, ele se sentirá amado e é isso que importa.

³ Embora seja evidentemente comum que o pai é quem mais se abstém do poder familiar, a mãe também o faz, portanto, a palavra *pais* será usada em sentido genérico.

Assim, inúmeros têm sido os pedidos de filhos que buscam na reparação civil o meio para compensar os danos sofridos por causa do desamparo afetivo praticado por quaisquer dos pais. Esse acontecimento, quando favoráveis as decisões judiciais, aponta grande divergência, uma vez que “amor não tem preço”, além de outros argumentos que têm sido levantados, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina.

São explanadas neste trabalho algumas noções sobre Responsabilidade Civil Extracontratual para configuração do dano moral por abandono afetivo, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, o respaldo legal para tais institutos e consequências psíquico-sociais quando inexistente o afeto por parte dos pais no processo de desenvolvimento do filho menor, configurando o abandono afetivo.

2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E O SEU RECONHECIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 Na Constituição Federal de 1988

As relações familiares, principalmente a partir da segunda metade do século XX, receberam grande atenção por parte do Estado, sobretudo as crianças e os adolescentes pela condição de fragilidade. Cada vez mais tem se discutido, em razão da sua complexidade, quais são as necessidades essenciais para seu desenvolvimento saudável e pleno, capazes de atender com êxito o seu crescimento físico, intelectual e, mais ultimamente, afetivo.

O prestígio dado à família é notado mais claramente a partir do momento que a Constituição adotou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental, compreendendo um macroprincípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro. De modo geral, observa-se que as disposições presentes no seu texto sempre buscam a concretude de ações para que possa verdadeiramente ser alcançada a plenitude deste princípio.

O art. 226 da CF/88 dispõe sobre a formação da entidade familiar, adotando a união estável e permitindo-lhe direitos outrora inexistentes. Além disso, em seu § 6º ao manifestar que, “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”, constituiu o princípio da proteção integral, o qual possibilita a igualdade entre os

filhos adotivos e biológicos, vedando qualquer tipo de discriminação à condição de filho. Ratificando esse posicionamento, considerou a família monoparental (§ 4º) como uma entidade familiar declaradamente protegida, da mesma forma que a matrimonialista, a pluriparental, a anaparental e as uniões homoafetivas. Senão vejamos:

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

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento para que todas as demais necessidades do ser humano se completem. Segundo Maria Berenice Dias, “é um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”, inclusive o da afetividade. Ora, se a família é um núcleo social e a base da ligação entre seus membros é o afeto, e se a família é tutelada pela Constituição Federal, então o afeto também o é. Assim, a inexistência de afeto nessa relação, quer por descaso ou abandono, pode implicar em consequências danosas aos filhos, como: dificuldade de aprendizagem, desequilíbrio emocional, exclusão social, entre outras sequelas, demonstrando como se trata de tema relevante, tanto social quanto juridicamente.

Outro princípio que tem a afetividade implícita é o da solidariedade, essencial ao direito de família, está compreendido entre o dever de cuidar de um membro familiar e a sensibilidade de se prestar assistência a quem necessita. Dessa forma, sempre que houver alguma norma nesse sentido, nela constará. No que concerne à relação familiar, apresentada no artigo 229 da CF/88: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, nota-se com esse excerto que, o legislador não contempla somente a solidariedade familiar, mas também a relação de afeto que se construiu entre os membros desse grupo. Independente das circunstâncias que possam afastá-los, o liame jamais será desfeito entre pais e filhos.

Observa-se que a adoção de medidas protetivas à família, corroboram à construção de um novo modelo fundamentado pelo imprescindível elemento, responsável por unir cada um

dos seus membros: o afeto. Os artigos 226 e 227 expressam claramente que todos os itens vinculados a essa nova construção são impossíveis de serem viabilizados sem que exista amor, pois liberdade, igualdade, respeito e solidariedade são impraticáveis sem algo maior que una as pessoas.

O princípio da paternidade responsável, contido no § 7º, art. 226 da CF/88, serve de pilar à afetividade. Essa relação se choca com a interessante questão de se acreditar ser o afeto inerente ao vínculo sanguíneo⁴. Muitos acreditam que o sentimento de maternidade e paternidade é inerente ao ser humano, bastando sua criança nascer para que aflore. Isso é muito bonito no reino animal, de modo geral, mas há exceções, que são muitas. A realidade mostra que inúmeras são as crianças indesejadas e por isso, nem todos conseguirão amar esses filhos. Alguns até mudam esse pensamento ao tê-las nos braços, mas não é regra. Esse princípio traz obrigações aos pais para que seus filhos se desenvolvam, e mais, busca coibir a reprodução de crianças de maneira ilimitada como se fossem coisas, independentemente, como essa maternidade ou paternidade aconteceu.

O caput do art. 227, CF/88, traz um outro princípio cujo teor também implica a afetividade, o da proteção integral, o qual demonstra quais são elementos essenciais ao seu desenvolvimento, senão vejamos:

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

Todos os valores acolhidos pela Constituição que tratam da família e de cada um de seus membros, mesmo sem a utilização da nomenclatura afeto, implicitamente refletem a afetividade, direta ou indiretamente, isso porque é impossível determinar extensões conceituais e garantias a respeito da família sem que haja afeto. Da mesma forma que não há que se falar em vida digna sem amor. Mesmo que todas as necessidades básicas para que os indivíduos vivam em sociedade sejam atendidas, a completude do ser carece de afeto, em virtude de ser ele o conforto da razão de existir.

2.2 No Estatuto da Criança e do Adolescente

⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto.

Muito se discute a materialidade desse princípio na seara jurídica, por se tratar de mandamento axiológico embasado em sentimentos subjetivos, como afeto, amor, ternura, paixão, etc. A realidade é que o Poder Judiciário é constantemente provocado com demandas relativas a esse tema, não podendo o magistrado, eximir-se de julgá-las.⁵ Como mencionado, a relação desse princípio com o da dignidade da pessoa humana e com outros em menor grau, como da proteção integral, apresenta-se solar no artigo 3º da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. *Ins verbus*:

“Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Em consonância com o referido artigo da lei processual, o art. 1.638, inciso II, do Código Civil, determina que: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”.

A preocupação em codificar tal perspectiva é basilar e necessária, devendo, na medida do possível, disciplinar por lei as relações humanas, trazendo segurança jurídica e paz social. Nessa linha de disciplinar a proteção e a afetividade, o ECA se inspira na Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário.

Com efeito, entender o termo “abandono afetivo” da criança e do adolescente em um aspecto material para fins quantitativos de indenização, como acontece com os danos morais, requer muito cuidado, visto que a discussão caminha por um caminho inicial, qual seja: os pais são obrigados a amar seus filhos? É sabido e notório até por lei natural que os pais têm o dever de sustentar, cuidar, prover a alimentação, saúde, educação, lazer, de visita; providências palpáveis e quantitativas.

Não há dúvida que, conforme visto pela semântica emprestada de Antonio Houais, o “afeto” significa “todos os fenômenos afetivos”⁶, abarcando, portando, amor, carinho, ternura, compreensão, participação, entre outros intrínsecos ao ser humano. Mas a afetividade, inserida no mundo jurídico, pode ganhar uma dimensão maior à medida que possui uma noção dupla: de ação, no sentido de produzir esses valores com relação ao outro; ou de

⁵ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁶ Dicionário Houais da Língua Portuguesa, 2010, p. 247

passividade, no sentido de receber de outrem esses mesmos sentimentos. Nessa última hipótese, foco maior desse trabalho, pode-se destaca: privar os filhos desses sentimentos mencionados, privar da convivência ou da companhia; preterir um a outro com relação a atenção, etc.

Nessa complexa relação afetiva entre pai e filho, esse último, por ser a parte mais vulnerável, sempre ficará a mercê do tempo, da disponibilidade, da vontade, do querer de seu pai, incutindo na criança incompreensão, tristeza, abandono, dentre outros fatores que ocasionam uma incompletude em seu desenvolvimento moral e intelectual.

2.3 No Código Civil de 2002

Embora tenha apresentado grandes avanços frente ao Código Civil de 1916, o de 2002 acabou deixando algumas lacunas em relação ao Direito de Família, não conseguindo alcançar seu progresso com mais eficiência. As mudanças ocorridas referiam-se a situações já consolidadas pelo entendimento jurisprudencial, reproduzindo o modelo “tecnicista” da anterior.

Apesar do princípio da afetividade não estar expresso na legislação civil vigente, é nela constatado em interpretações mais profundas, quando se cita, por exemplo, a adoção de outra origem de parentesco, no caso, a filiação socioafetiva, expressão reiteradas vezes utilizada para demonstrar que é o afeto o liame entre os membros da família.

No art. 1.638, inciso II, do CC, em uma interpretação reflexiva, tem-se também implícito o princípio da afetividade, uma vez que o termo abandono não se restringe a elementos materiais, abrangendo também o caráter moral. Ao dispor que: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”, determina que a omissão de cuidado, entenda-se afeto, pressupõe a forma mais vil de tratamento dado um filho. Logo, todo dispositivo utilizado para proteger os interesses da criança e do adolescente, naturalmente, se implicam o enaltecimento de sua dignidade, implicam o princípio da afetividade, sendo este o “fundamento sobre o qual se assenta a família”.(GROENINGA, 2011, p. 154)⁷

Entretanto, o projeto de lei de nº 2285/2007, denominado Estatuto da famílias, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro PT/BA, promete profundas mudanças não

⁷ Mestre e doutora em Direito Civil pela USP; - Diretora Nacional de Relações Interdisciplinares do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM - Vice-presidente da Sociedade Internacional de Direito de Família – ISFL- Psicanalista

apenas no Código Civil de 2002, revogando dispositivos relativos ao tema, mas também das leis; 5.478, de 1968 (Alimentos); 6.015, de 1973 (Registros públicos); 6.515, de 1977 (Divórcio) e 8.560, de 1992 (Investigação de paternidade); além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941 (organização e proteção da família), e aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

A responsabilidade trata da obrigação imposta a qualquer cidadão de responder por ação ou omissão imputável que cause dano a direito de outrem, protegido pela lei. Maria Helena Diniz (2009, p.35) assim define:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Para caracterização desse instituto, são necessários três elementos: a ação ou a omissão que represente um ato ilícito; o dano, que pode ser material ou moral, ou ambos; e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.⁸ Convém elucidar que, a depender do tipo de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, o elemento culpa, no caso desta última, se faz indispensável.

De acordo com a forma que é analisada, a Responsabilidade Civil pode apresentar diversas classificações, variando conforme o autor. Boa parte da doutrina é unânime tanto quanto às designações subjetiva e objetiva, como contratual e extracontratual. Todavia, foi utilizado o posicionamento de Maria Helena Diniz, que além destas adota o critério *agente*, podendo ser este direto ou indireto.

3.1 Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual: ação ou omissão, nexo de causalidade, dano e culpa

⁸ Maria Helena DINIZ, Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil, 2009, p. 459

O ato ilícito que causa prejuízo a outrem, quer por **ação** ou **omissão** do agente, é fundamental para implicar responsabilidade civil. Assim, faz-se necessário analisar a conduta humana, elemento inequívoco, nessa relação. De acordo com Flávio Tartuce, pode ocorrer de duas formas distintas, no caso da ação, a responsabilidade se dá pelo fato do agente ter realizado algo, trata-se de uma prática positiva, que desafia regras previamente estabelecidas pelo ordenamento jurídico, já na omissão, enquanto prática negativa, o agente tinha o dever de agir de certa forma ou de realizar determinado ato e não o fez, provocando o dano. Neste caso, o dever de agir pode tanto ser proveniente de uma relação contratual quanto extracontratual.⁹

Em linguagem simples, o **nexo de causalidade** compreende o liame entre a conduta do agente, que pode acontecer tanto por ação quanto omissão, e o dano. Impossível seria atribuir um ilícito a alguém sem a comprovação desse requisito. Conforme Maria Helena Diniz (2009, p. 111), “O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se ‘nexo causal’, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível.”

O elemento **culpa** é o elemento fundamental da responsabilidade subjetiva. Para sua constatação, avalia-se a intenção do agente frente ao ato danoso. Inexiste vontade de lesionar bem jurídico tutelado, mas o ilícito ocorre por causa de seu comportamento equívoco, não importa se por imprudência, negligência ou imperícia, terá que reparar o prejuízo que causou. Assim define Aguiar Dias (apud Farias, Rosenvald, 2015, p. 161):

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

A adoção do **dano** como pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, é inconteste, uma vez que não há que se falar nesta sem a existência de prejuízo. Stoco (2014, p. 200) conceitua:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

⁹ Flávio Tartuce, Manual de direito civil, 2013. p. 443.

As espécies de dano, por sua vez, correspondem à natureza do prejuízo causado. O dano material ou patrimonial é aquele no qual o patrimônio da vítima é afetado, pela total destruição, de modo que a coisa não possui mais serventia, ou por ter sido desgastado com a conduta do agente. A coisa perdida ou danificada é passível de valoração pecuniária, mesmo que não seja possível sua recuperação, poderá ser substituída por outra. Diniz (2009, p. 68) explica: “O dano patrimonial é avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial. Mas, às vezes, não se faz necessário tal cálculo, se for possível a restituição ao *status quo ante* por meio de uma reconstituição natural”. Já o dano moral ou imaterial advém de uma conduta que ataca bem jurídico, de pessoa física ou jurídica,¹⁰ impossível de se valorar em pecúnia. Convém acrescentar que tanto o dano material quanto o imaterial, de acordo com o caso concreto, poderão ocorrer concomitantemente.

3.2 Espécies de Responsabilidade Civil

Quanto ao fundamento a Responsabilidade pode ser **Objetiva** ou **Subjetiva**. Esse tipo de classificação depende da ocorrência de ato ilícito, no qual se verifica a existência da culpa do agente. À responsabilidade objetiva não interessa a culpa deste, sendo necessário somente que se comprove que a ação ou omissão do agente causou dano a outrem. É mister explicar que existem algumas situações em que poderá ser elidida do agente a obrigação de reparar se este provar que o dano aconteceu por causa exclusivamente da vítima. Está prevista no art. 927 do CC/02:

“Art. 927. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Como a própria norma dita, o dano será reparado em situações específicas presentes no referido código (art. 927 e ss.). Assim, as palavras de Rodolfo Pamplona (2014, p.58) ratificam:

“Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar”.

¹⁰ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 90.

Na subjetiva, além do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima, é obrigatória a comprovação de culpa por parte daquele. Essa espécie é a regra no ordenamento. Dessa forma, o ato ilícito que viola interesse jurídico de outrem, deve obedecer ao princípio do *unuscuque sua culpa nocet*,¹¹ o qual cada um responderá pela sua culpa. Ressalta-se que existem situações previstas na lei em que, mesmo sem culpa, algumas pessoas serão responsabilizadas por ato de terceiro. Pereira (apud STOLZE, PAMPLONA, 2014, p. 58) explica:

Na tese da presunção da culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposos do demandado.

Quanto ao fato gerador, a Responsabilidade será **Contratual** ou **Extracontratual**. O primeiro tipo ocorre quando uma das partes não cumpre o preestabelecido em um contrato, total ou parcialmente, ficando em aberto uma prestação acordada, gerando a obrigação de indenizar, independente da existência de culpa, uma vez que esta é presumida. De acordo com Pablo Stolzi (2014, p.58), a exceção para que não se cumpra o acordo dependerá de regra previamente estipulada pelas partes, denominada *cláusula de não indenizar*. Os artigos que abordam essa espécie são o 389 e s. e 395 e s. do CC/02. O artigo 389 do CC/02, por sua vez, versa sobre as consequências jurídicas da Responsabilidade Contratual, quando há descumprimento de um contrato: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Para que se considere a responsabilidade civil como extracontratual além dos requisitos da anterior, a vítima deve provar a culpa do agente, assim ocorre no caso do abandono afetivo, por exemplo. Também denominada Responsabilidade Aquiliana, decorre da lei, ou melhor, da violação desta¹². É tratada no CC/02 nos arts. 186 a 188 e 927 e s.. Nesta, considera-se o fator culpa por parte do agente, que precisa ser comprovada, para que se tenha que reparar o dano. O artigo 186 do CC/02 trata exatamente dos efeitos da Responsabilidade Aquiliana, no seguinte modelo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

¹¹ Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, 2014, p.58.

¹² Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, 2014, p. 47.

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Quanto ao agente, a responsabilidade é denominada **direta** ou **indireta**. É considerada direta quando o próprio, ao qual está sendo atribuída a conduta danosa, praticou-a. A indireta, portanto, quando ocorre por ato de terceiro.¹³

3.3 Dano moral

Quando se menciona a expressão dano moral, é comum que, de imediato, insurja a ideia de lesão à honra. Não apenas esta, mas muitas outras são as violações que maculam direitos imunes de valoração econômica, são os direitos personalíssimos, a moral, dignidade, entre outros, com grau de subjetividade bastante elevado, mas tutelados juridicamente. Dessa forma, não há que se falar em ressarcimento, em razão da complexidade do bem jurídico afetado.

Embora pareça de simples compreensão no campo teórico, na prática, esse instituto tem sofrido grande resistência. É sempre mais fácil entender que alguém causou dano a um objeto de natureza patrimonial e terá que substituí-lo ou ressarcir a vítima, através do pagamento do valor. No entanto, a exigência de reparação porque a honra de alguém é abalada, pela dor, por profundos sentimentos de perda, saudade, tristeza, rejeição, e até mesmo pela sua incapacidade de ser feliz, requer uma avaliação intensa do caso concreto, esmiuçando todas as suas nuances. Zanonni (Apud DINIZ, 2009, p.93) explica que:

“não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela violenta morte do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.”

No Brasil, esse tema ainda é visto com certa desconfiança. Como se sabe, os conflitos são inerentes às relações pessoais, por uma série de fatores, sejam eles econômicos, culturais, sociais, políticos, religiosos ou outros, que muitas vezes ultrapassam as fronteiras patrimoniais e atingem direitos pessoais conforme mencionados acima. Assim, para o seu

¹³ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 2009, p. 78.

desenvolvimento, o Estado cria uma estrutura que possibilite a dissolução dos conflitos, para que o senso de justiça se irradie e promova o bem-estar social.

O Código Civil de 1916 por sua vez, no artigo 1557, trazia a ideia de reparação do dano extrapatrimonial nos seguintes moldes: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”. Como a injúria e a calúnia ofendem a honra de um sujeito, constata-se a possibilidade do dano imaterial, além do material. No Código Civil de 2002, o artigo 186 estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Note-se que o grande progresso se apresenta na expressão “exclusivamente moral”, consagrando a reparação a esse instituto. Na CF/88, encontra-se abrigado no artigo 5º, incisos V e X, senão vejamos:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
[...]
X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Presente em um capítulo que trata dos direitos individuais dos cidadãos, também declarado garantia fundamental, aos cuidados do Estado, o dano moral foi definitivamente considerado lesão real a um bem jurídico individual, carecendo ser aceito.

Não obstante apresente um histórico no ordenamento jurídico e tenha conquistado o respeito da maioria daqueles que o compõem, na prática, a jurisprudência tem se mostrado um pouco receosa à sua aplicação, o que dificulta seu maciço reconhecimento. A evolução do direito é nítida, mas ainda se choca com históricos resquícios de um direito de proteção patrimonial, daí a resistência tanto por parte do judiciário quanto da doutrina em relação ao tema, os quais, habituados com a herança técnica, passam a percorrer caminhos que não se mostram tão objetivos quanto o que se pensava.

A reparação por danos morais acontece por meio de uma indenização, cuja finalidade é inequivocamente compensatória. Entretanto, de acordo com Scheiber (2012, p. 209) “vive-se uma situação anômala”, em que a função punitiva não é considerada como uma parcela adicional da indenização, a qual se encontra embutida na compensação do dano moral. Assim, apresenta-se sua dupla finalidade, qual seja: compensatória e punitiva. Tem sido amplamente discutida também, inclusive com um considerável de adeptos, a função pedagógica ou educativa, na qual a indenização revela-se com um caráter disciplinador.

Tartuce (2013, p. 470), por sua vez, ratificando a divergência em relação à natureza jurídica da indenização por danos morais, cita, pois, três correntes doutrinárias e jurisprudenciais. A primeira, assegura que esse tipo de indenização tem finalidade reparadora ou compensatória, encontrando-se atualmente superada pela jurisprudência, por se entender que sua função mostra-se muito mais abrangente. A segunda, adotada nos Estados Unidos, a *punitives damages*, defende que a indenização possui função punitiva ou disciplinadora e apesar de não ter sido acreditada no início, ultimamente vem ganhando adeptos. Já a terceira, sustenta que ela possui um caráter duplo, reparatório e pedagógico ou disciplinador, objetivando impedir que aquela prática, proibida pelo ordenamento, continue. Assim, o referido autor acrescenta: “é preciso salientar que a reparação deve estar sempre presente, sendo o caráter disciplinador de natureza meramente acessória.” (TARTUCE, 2013, p. 470)

4. AFETO: direito dos filhos e dever dos pais

É mais que notória a importância do afeto para a existência em sociedade. Se para os adultos, é imprescindível, imagine para crianças e adolescentes em processo de formação psicológica, quando atos de rejeição poderão marcá-los, determinando que tipo de pessoas poderão se tornar. Em razão dele os relacionamentos são possíveis. Uma criança carente de afeição normalmente tem dificuldade para interagir com outras, o que acaba impedindo-a de participar de forma adequada do processo de ensino e aprendizagem e, conseqüentemente, se desenvolver intelecto e psicologicamente como as outras que o têm. Segundo a pedagoga Raquel Reginato (2013, p. 14):

Por trás de um aluno rebelde e agressivo, que tem dificuldades para participar do processo de ensino aprendizagem há, na maioria dos casos, uma família desestruturada ou despreocupada com a sua educação, afinal, o afeto é a base para que uma criança desenvolva sentimentos como o amor, a compreensão e a solidariedade, que são essenciais para uma boa convivência no grupo.¹⁴

As noções referentes a limites, respeito, caráter e moral, ou até mesmo o desenvolvimento das emoções, são estabelecidas na infância. Assim, quando não são compreendidas nessa fase, a oportunidade terá sido perdida, resultando em um cidadão que é reflexo de todas as decepções que vivenciou outrora. Levando-se em conta que as pessoas não

¹⁴ REGINATTO, Raquel. A importância da afetividade no desenvolvimento e aprendizagem. Revista de Educação do IDEAU – Instituto de Desenvolvimento Educacional do Alto Uruguai, vol. 8, RS, 2013, p. 2

são apenas matéria física, que há uma espiritualidade dentro de cada um, entende-se que da mesma forma que a comida alimenta o corpo, o afeto é o que dá vida ao espírito.

4.1 O Poder familiar e o dever de dar afeto

O poder familiar, também conhecido como pátrio poder, compreende um conjunto de regras que tratam dos direitos e deveres dos pais para com os filhos em todas as dimensões do seu desenvolvimento, abrangendo inclusive os bens daqueles não emancipados. O Art. 1634 do Código Civil expressa os direitos e deveres que competem aos pais em relação aos filhos menores, senão vejamos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

No que concerne ao abando afetivo, a suspensão ou perda do poder familiar pode constituir uma antítese. Se a finalidade do art. art. 1.638, II, CC/02 é “punir” o pai ou a mãe que não cumpriu com seus deveres, ao deixar o filho em abandono. Para aquele que o ama incondicionalmente e, por algum motivo infringiu a norma, realmente funciona como um severo castigo, mas se o fez por vontade, por nunca ter se importado com ele, funciona como um verdadeiro prêmio. Logo, esse dispositivo mostra-se ineficiente.

Aos pais cabe o dever de conduzir os filhos, mostrando-lhes que conduta moral deve ser manifestada para que sejam cidadãos íntegros, além de proporcionarem-lhes elementos necessários para que consigam se desenvolver fisicamente, tendo uma vida saudável em todas as suas acepções. Ademais, devem prover sua educação intelectual de modo que seus filhos adquiram conhecimento e consigam discernir qual será o melhor caminho a trilhar. Para isso, serão necessários esforços materiais e psicológicos, como os recursos utilizados para a alimentação, vestuário, lazer, saúde, moradia e escola e todo o tempo necessário ao seu lado para que se sintam bem e tenham seus direitos garantidos.

Segundo o art. 229 da Carta Maior, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos. Como complemento, o art. 55 do Estatuto da Criança e do adolescente, expressa a obrigação daqueles de matriculá-los na rede regular de ensino, podendo incidir, quando o

descumprem, em abandono intelectual, crime previsto no art. 246 do Código Penal, além de falta considerável, com risco de provocar a suspensão ou a perda poder familiar, de acordo com o caso.

Muitos pais acreditam realmente que a prestação de alimentos é mais que suficiente para suprir as necessidades de uma criança ou adolescente. Entretanto, estas são muitas e podem ser negligenciadas por falta de assistência financeira para sua subsistência, pelo descaso à sua instrução, pelo abandono propriamente dito, pela inexistência de afeto, dentre tantas outras. Como se percebe, não são os recursos materiais capazes de garantir seu desenvolvimento, porque alimento apenas mantém a pessoa viva. Como um antigo brocardo bíblico que diz: “Não só de pão viverá o homem.”, ou mesmo os dizeres de Rodrigo Pereira: “O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto.”¹⁵

4.2 Irrelevância do vínculo sanguíneo ou conjugal

Pode-se perceber claramente que, independente de laços sanguíneos, a relação de afeto se constrói pela vontade de, efetivamente, assumir um filho. Daí, pais adotivos poderem dar o amor que esses filhos nunca o teriam dos pais biológicos por inúmeros motivos. Isso ocorre devido ao fato de que nem todos que tiveram um filho o planejaram. Ele pode ter surgido de uma “noite de aventura” ou de um “deslize”. Ao passo que aqueles que adotam, por exemplo, o fazem por um desejo incondicional de ser pai ou mãe, podendo, portanto, na maioria dos casos, sentir afeto imensurável por alguém que não possui o seu gene. Assim, João Batista Villela, no artigo que trata da *desbiologização da paternidade*, citado por TARTUCE (2013, p. 1063), expressa:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se a firmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade.

¹⁵ Rodrigo da Cunha Pereira, O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto, 2015

Por mais que a questão apresente complexidade, as normas expressam notavelmente a obrigação e a responsabilidade dos pais para com os filhos, pouco importando os motivos que os levaram a tê-los ou adotá-los. Rodrigo da Cunha Pereira, advogado e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – confirma esse pensamento: “A Constituição da República dá o comando desta responsabilidade e obrigação com os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, paternidade responsável, absoluta prioridade e, obviamente, do melhor interesse da criança e do adolescente”¹⁶.

Indo além, é válido esclarecer que a relação pai/mãe e filho não se sujeita aos laços conjugais, de modo que, sejam eles solteiros, estejam separados ou unidos, ou sejam completos desconhecidos, suas funções precisam ser cumpridas. É essa interação cotidiana que possibilita a relação socioafetiva.

Como mencionado, essa responsabilidade, além de englobar uma gama de ações como cuidar e prestar assistência material, nas quais o afeto deve estar implícito, o compromisso é imperativo. Assim, quando este não se concretiza, há uma afronta à dignidade da pessoa, por macular um direito personalíssimo, provocando o denominado ilícito cível, conduta contrária ao direito, já que tanto a Constituição quanto a lei obrigam os pais a cuidarem dos filhos menores, ancorados também pelo princípio da solidariedade familiar.

4.3 A alienação parental como causa de abandono afetivo

A Lei nº 12.318/10 – Lei da Alienação Parental – conceitua e demonstra comportamentos que caracterizam esse ilícito. Na prática, implica na tentativa de se “destruir”, ou impedir que se construa, a relação de afeto filho e pai/mãe, sendo feita normalmente por alguém que tem a sua guarda (pai, mãe, avós, tios). A relação de afeto com o filho não acontece por causa externa à vontade do pai/mãe.

Quando as pessoas decidem formar uma família, fazem-no porque se amam e acreditam de alguma forma que serão felizes. No entanto, nada, absolutamente nada, garante que ambos conseguirão atender a máxima: “Até que a morte nos separe”. São infinitas as causas que levam à separação. No entanto, aquele que ainda ama, ou melhor, que agora odeia, tem o outro como inimigo mortal, e acaba utilizando o filho como instrumento de vingança. Muitas vezes se muda, denigre a imagem do outro, dissimula, mente e inventa desculpas para que outro sequer tenha contato com o filho. Para Maria Berenice Dias (2014, p. 473), “O

¹⁶ Rodrigo da Cunha Pereira, O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto, 2015, p. 5.

filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização.”

A atividade diária desse ex-cônjuge ou companheiro inconformado faz uma espécie de “lavagem” no cérebro do filho que, vivendo uma ficção inventada por aquele que tem sua guarda, passa a odiar o pai/mãe que não a tem. Essa criança ou adolescente que também não teve culpa da alienação que sofreu, acabou perdendo a chance de desfrutar da companhia, da amizade, do afeto e do cuidado do outro.

Considerando que o pai tenha esgotado todas as possibilidades, inclusive jurídicas, de manter sua relação com o filho, não seria possível a propositura de uma ação indenizatória por danos morais. Já que a culpa é pressuposto para uma demanda dessa natureza, este pai, justificadamente, não a tem. Isso mostra que cada caso deve ser apreciado com as suas peculiaridades para que não se propague a ideia de que todo abandono carecerá de reparação.

4.4 Consequências psicológicas do abandono afetivo

É muito comum associar o abandono afetivo à separação dos pais. Muitas vezes, o pai ou a mãe, ou ambos resolvem “construir” nova família e simplesmente esquecem que tiveram filho: fácil assim. Há algumas décadas era bem mais comum o pai se portar dessa maneira, mas atualmente, algumas mães também foram acometidas desse “esquecimento”. Essa fuga de responsabilidade acontece em todas as classes sociais, sendo habitual que essas crianças e adolescentes sejam criados apenas por um deles, pelos avós, parentes próximos ou terceiros que se compadeceram da sua situação.

A explicação acima para o abandono dos filhos é a mais evidente. Contudo, há muitas outras causas como a prisão e a dependência de drogas do pai ou da mãe, algumas vezes concomitantes, a gravidez indesejada, a própria falta de recursos materiais para a subsistência dos filhos, ou mesmo o descaso, todas com potencial a ensejar graves problemas emocionais e, conseqüentemente, afetar no desenvolvimento dos filhos, pois é a partir do afeto, construído com a convivência e a proteção, que se forma a personalidade, a capacidade de pensamento e o conhecimento do mundo e de si.¹⁷ Para a juspsicanalista Giselle Groeninga (2011, p. 167): A convivência que caracteriza o relacionamento familiar resulta no estabelecimento de trocas afetivas, com influências recíprocas, capaz de operar mudanças psíquicas significativas, no mínimo perceptíveis, mesmo que a médio e longo prazo, na criança.

¹⁷ Giselle Groeninga, *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*, 2011, p. 173

Crianças e adolescentes sem afeto no processo de formação, normalmente têm dificuldade de se relacionar e de se desenvolver como outras com esse cuidado. Se a rejeição é uma mazela difícil de ser superada por adultos experientes, imagine para esses menores. É doloroso conviver com o fato de não ser querido pelos próprios pais, aqueles que tinham o dever de zelar pela integridade física e psíquica dos filhos.

4.5 Comprovação e reparação do dano moral no abandono afetivo

O dano moral no abandono afetivo compreende a lesão à dignidade do filho na relação com os pais. As consequências psicológicas e sociais são resultantes da conduta ilícita destes que violaram direitos daqueles, previstos em lei (art. 1634 do CC/02). É frequente filhos abandonados apresentarem histórico de depressão, originada pela tristeza profunda, baixa autoestima, dificuldade de aprendizagem, pessimismo, isolamento, agressividade, entre outros.

Assim, presentes os elementos, conduta ilícita, nexos causal, culpa e dano moral, os pais, conforme preceitua o art. 186, do CC/02, deverão repará-lo. A não obediência ao dever de cuidar, educar, proteger, manter em companhia, compreendem abandono afetivo. Na semântica dessa expressão, essas ações são interpretadas pelos filhos como afeto, como amor, fundamento na relação paterno-materno-filial, não importando o que isso significa para os pais. Juridicamente, para estes, é obrigação.

A constatação do dano moral implica consequências jurídicas, que se manifestam por meio da reparação. Se não há resposta à conduta reprovável, o agente continuará sua prática, já que não tem nada a perder. Assim, a indenização, além do caráter reparador da perda sofrida pelo filho, também inibe ações futuras.

Essa reparação que acontece através de indenização ao filho é um dos motivos das críticas à doutrina e à jurisprudência que defendem esse direito. Essa reparação, de natureza compensatória, tem a finalidade de amenizar um pouco o sofrimento do filho, porque esse tipo de perda não pode ser ressarcida. Assim, quando favorável a este último a sentença, o valor arbitrado é sempre simbólico.

O caráter compensatório da reparação encontra divergência pelo fato de se tratar de um “valor referente a um sentimento”, na verdade, à falta dele. Enquanto não se entender que a indenização não é o pagamento do amor, mas um modelo compensatório com previsão legal quando da prática de um ilícito, o tema nunca será pacificado. Além disso, independe se o pai ou mãe presta assistência material, porque o abandono emocional é distinto deste.

5. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Os que renegam o abandono afetivo como ilícito indenizável normalmente o fazem pela interpretação de que há um valor econômico para o amor. A valoração da indenização em si, sem dúvida, soa de forma pejorativa. Como o amor é um sentimento natural, carregado de subjetividade e isento de qualquer tipo de coação, não se admite que seja imposto o pagamento de uma quantia pelo fato de alguém não tê-lo sentido. Além disso, a própria discrepância entre os valores arbitrados, gera confusão. O fato de se fazer uma relação entre amor e dinheiro, faz com que surja a pergunta: Quanto custa o amor?

Equivocadamente, entende-se que se o requerido foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais porque não deu amor ao filho, significando que ele tinha obrigação de amá-lo. É exatamente na utilização da palavra amor como direito que boa parte da crítica sustenta sua oposição. Como dito anteriormente, ninguém pode ser obrigado a amar. O fato de se defender que os pais têm que amar os filhos, afronta o princípio da legalidade, o qual diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88). Esse tem sido o principal fundamento para afastar qualquer pedido de indenização por abandono afetivo.

A decisão favorável à parte autora, à medida que tenta abrandar a dor da perda, também pode afastar ainda mais pais e filhos. De modo que o pagamento da indenização mais compreenderá uma carta de adeus do que a possibilidade de “reconciliação”. Na realidade, as perdas se deram porque aquele que tinha obrigação de educar não estava presente, não cumpriu o seu papel, e agora sua resposta para o filho, após a derrota judicial, será o distanciamento total. Se outrora houve esperança de aproximação entre ambos, após a prolação da sentença, já não haverá. Inclusive, essa separação definitiva, nada mais será que uma espécie de vingança pela perda econômica, podendo esse filho sofrer a dor do desprezo pelo resto de sua vida.

Durante o processo, as mágoas são reviradas e uma gama de sentimentos é posta à prova. Se esse afeto não aconteceu espontaneamente, durante os trâmites de um processo dificilmente surgirá. Além de que, quando o demandado é citado, há grande possibilidade dele se revestir de ódio, dificultando a aproximação entre ambos.

Por mais que a finalidade principal seja atenuar a dor profunda causada pelo abandono, a indenização tem também caráter punitivo e, por essa razão, lamentavelmente, não trará o amor de volta. Pelo contrário, quando o dinheiro acaba, a lacuna permanece, cabendo à

vítima, caso não tenha superado o seu pesar, o fado de conviver com esse sofrimento para sempre.

Isso implica em uma consequência consideravelmente delicada de se apreciar. Pais que notadamente não nasceram para “exercer essa função” e que não gostam realmente dos filhos, para evitar sanções judiciais, permanecerão com eles, vivendo uma “farsa”, tornando-se todos infelizes. Além disso, nada impediria que estes mesmos filhos reclamassem posteriormente de que nunca foram felizes por terem sido obrigados a ficar com os pais, perdendo assim a oportunidade de o serem com outros que verdadeiramente os queriam.

Vale lembrar, que, esse filho busca o judiciário como pedido de socorro, como último apelo, uma vez que já procurou diversas vezes o pai ou a mãe e as respostas permaneceram no vazio. Daí a contenda judicial parecer uma retaliação pelo descaso. Trata-se de um dilema de solução complicada. Se houve a procura e não houve resposta, essa relação provavelmente não progredirá. No entanto, se nunca existiu contato, os motivos do distanciamento precisariam ser explanados. Assim, haveria a chance de se retomar aquela relação, e quiçá, tentar recuperar tudo o que foi perdido. A mediação, por sua vez, poderá trazer resultados positivos.

6. O QUE DIZEM OS DEFENSORES DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NA DOUTRINA

É comum que temas de Direito de Família acabem ganhando maior repercussão social pelo fato das pessoas associarem aquele caso concreto às suas vivências pessoais, como se fossem elas as próprias vítimas, não seria diferente com um tema polêmico como o abandono afetivo. Por outro lado, em menor quantidade por sinal, existem aqueles que se identificam com a parte ré, tomando para si, seu problema. Constatase isso também na doutrina.

Ao se adotar o afeto como uma exigência para a vida, apresentam-se diferentes posições sobre o tema. Alguns doutrinadores o defendem como ato lesivo dos pais ao direito da criança e do adolescente, necessitando de reparação por dano moral. Outros também o consideram imperativo, mas sem que seja necessária a reparação, por inúmeras razões; e existem aqueles que acreditam ser dispensável às pessoas. Maria Berenice Dias, Maria Celina Bodin Moraes, Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira são alguns nomes que representam o primeiro posicionamento.

De acordo com Maria Berenice Dias, o Código Civil de 2002 expressamente determinou o dever dos pais de criar os filhos, tê-los em sua companhia e educá-los, cabendo

aos dois, mesmo separados, fazê-lo. Continuando, cita a importância da Constituição e do ECA ao acolherem o princípio da proteção integral, pontuando cada um dos direitos da criança e do adolescente. Em seguida, vale-se ainda dos princípios da paternidade responsável e da solidariedade familiar, que ao mostrar sua importância, aponta as sérias consequências não só no desenvolvimento desses filhos abandonados, mas também psicológicas. É importante lembrar que ela faz uma ressalva muito interessante sobre a perda do poder familiar, alegando que “a decretação do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono”. (DIAS, 2014) Assim, conclui:

“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.”

Giselle Groeninga (2011, p. 35) defende que o objetivo da família é a proteção física e psíquica, tendo em vista a qualidade de desamparo ser inerente ao ser humano. Assim, os desejos e as necessidades individuais devem se submeter à finalidade da família, que é a de cuidado e proteção dos mais vulneráveis, no caso, os filhos. É em nome dessa fragilidade que o Estado torna cogente a obrigação dos pais para com eles.

Para Rodrigo Cunha (2015, p. 7) o sofrimento causado ao filho atinge seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, muitas vezes compelido a viver situações vexatórias, além de não ter podido usufruir da presença de um dos genitores. Assim, à medida proporção que o pai ou a mãe repugna e afasta o reconhecimento do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social, merecendo pois, ser reparado.¹⁸

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 430), deve haver muita cautela no julgamento dessas ações, pois o ressentimento pode ser seu principal motivador e não o dano em si, sendo o judiciário utilizado como “instrumento de vingança” de pais ausentes. Alega também que somente se o filho conseguir comprovar que o abandono afetivo dos pais repercutiu evidentemente no seu desenvolvimento e que houve rejeição pública e humilhante, será possível a constatação de danos morais e consequentemente a indenização. Indo além,

¹⁸ Rodrigo Cunha, O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. IN: Revista IBDFAM (Abandono afetivo: A parentalidade e o desamor). ed. 26, 2015, p. 07.

defende que deve se considerar também o papel do outro que ficou com a guarda, se este foi o responsável por esse distanciamento entre o pai ou a mãe e o filho. Assim, estabelece:

“Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam.”

Nota-se que há uma certa intransigência na aceitação do tema porque se acredita que qualquer pessoa poderá se valer do judiciário, ultrapassando normas procedimentais e legais, para ganhar dinheiro fácil. Ressalte-se que as pessoas não sentem da mesma forma, e essa garantia só poderá ser dada àqueles que não conseguiram superar o trauma do abandono.

7. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA

A partir do momento que o princípio da afetividade se consolidou como direito, muitas têm sido as demandas em sua defesa. Implícito no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e inerente a tantos outros constitucionais, após revelado em outras legislações como Código Civil, Estatuto da Criança e do adolescente e Estatuto do Idoso, por exemplo, ganhou bastante notoriedade na esfera jurídica.

Não apenas por se tratar de um assunto novo, mas pelo fato de se desviar um pouco da objetividade tecnicista do direito e passar a explorar o campo das emoções, considerando-as, no caso do afeto, imprescindível para o crescimento psíquico social de uma pessoa. É, portanto, um avanço extraordinário a discussão e aquiescência de um assunto tão revestido de caráter subjetivo.

Assim, as primeiras ações acerca do tema datam dos primeiros anos deste século, e embora tenha adquirido elevado número de defensores, também existem aqueles que o execram, e quando não, inadmitem a possibilidade da responsabilidade civil.

O pronunciamento inicial do Superior Tribunal de Justiça, manifestando sua posição acerca do tema, aconteceu através do Ministro Fernando Gonçalves, relator do Recurso Especial de nº 757.411-MG (2005/0085464-3), que revelou o seguinte: “A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro”. O referido recurso foi improvido e apesar desse pronunciamento ter ocorrido em 2005, já havia registro desse tipo

de ação, com decisão favorável à parte autora em sede de 1ª instância¹⁹, a qual ocorreu em 2003, na 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul.

Neste último caso, o juiz da ação, Dr. Mário Romano Maggioni, argumenta:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, e educação dos filhos (art.22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme.

Certamente esse foi o primeiro passo para que o problema, que sempre existiu no campo fático, encabeçasse uma série de discussões acerca da possibilidade da indenização pelo dano moral suportado pelo filho em virtude da postura de qualquer um dos pais. Muito além de publicidade, possibilitou o início de uma conscientização, onde todos aqueles que também foram vítimas, sentiram-se indiretamente resguardados. Como na velha máxima, “começaram a enxergar uma luz no fim do túnel”.

A decisão proferida pela Min. Nancy Andrighi, no REsp 1.159.242-SP, inaugura um novo paradigma para o direito de família ao reconhecer o “abandono afetivo” como bem tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio. Para a relatora, “aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. O amor, segundo ela, estaria em seara fora do alcance do direito.

A ministra ponderou que “amar é faculdade, cuidar é dever”. Nesse sentido, afeto pode ser materializado, mensurado, exteriorizado pelas ações previstas em lei que cuidem do dever dos pais em cuidar dos filhos, como os comandos insertos nos artigos 229 da CF/88, 1.634 do CC/02 e 22 do ECA. Atitudes que se inserem mais no dever de cuidar, em ter em sua companhia, do que propriamente um sentido intrínseco do amor; sobretudo quando a magistrada exorta que para apurar a responsabilidade dos pais deve-se observar o ato ilícito, o dolo ou a culpa, e o nexos causal entre ambas. Por esse raciocínio, o simples afastamento não enseja em dano, prescindindo que haja um certo prejuízo, seja moral, financeiro, ou de outra natureza, como no caso objeto do recurso, afeto.

A magistrada observa que deve haver uma mínima atenção por parte do genitor capaz de proporcionar condições adequadas ao desenvolvimento afetivo e psicológico da criança:

¹⁹ Ação de indenização nº 141/10300120320, 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS, julgado em 15 de setembro de 2003.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor 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.

Trazido a polêmica para rediscussão em sede de embargos regimental, o relator descreve o argumento do recorrente em seu relatório da seguinte forma:

Sustenta, em resumo, que a orientação adotada pela Terceira Turma não se coaduna com aquela firmada no âmbito deste Tribunal Superior, consolidada nos julgados apontados como paradigmas, no sentido de que o dano decorrente de abandono afetivo parental não é ressarcível/compensável. Argumenta, nesse sentido, que “passar a exigir [dos pais] determinado nível de presença mínima, fora da qual estaria caracterizado “falta de cuidado” e “abandono afetivo” passível de indenização por danos morais, não só seria inviável, como significaria uma verdadeira quantificação do afeto e extrapolaria em muito as atribuições do Judiciário” (fls. 653-654, e-STJ).

Percebe-se, portanto, que o cerne da questão passa pela semântica do léxico “afeto”, se se pode mensurá-lo através das disposições contidas no sistema jurídico pátrio, através de interpretação sistemática no nosso ordenamento jurídico, ou, como quer fazer crê o recorrente que esse mesmo afeto não seria mensurável, portanto, “não é ressarcível/compensável”.

Dessa forma é posta a discussão desde do início:

[...] L. N. DE O. ajuizou ação condenatória em face de seu genitor e ora embargante A. C. J. DOS S., almejando compensação por danos extrapatrimoniais, aduzindo, em sua inicial, que desde o nascimento, jamais tivera, por parte de seu pai, qualquer amparo, apoio ou assistência, seja de ordem moral, seja material, sendo que a própria paternidade fora reconhecida por meio de ação de investigação especialmente proposta para tal fim, o que também ocorrera em relação ao cumprimento da obrigação alimentar, porquanto se dera exclusivamente por imposição judicial. Frisou, ainda, que, ao longo de sua vida, tentara manter contato com o demandado, o qual, mesmo nas datas mais importantes, nunca demonstrou o menor afeto ou dera qualquer importância ao fato ora em foco [...] (fl. 23, e-STJ, *ipsis litteris*)”

Essa nova questão coaduna com novo conceito de família, donde se extrai uma maior responsabilidades imposta não apenas aos pais, como também a toda a sociedade. Nesse diapasão, foi o argumento dispendido no Agravo Regimental n.º. In verbus:

O conceito contemporâneo de entidade familiar, centrada no afeto como elemento agregador, impõe aos pais o dever de criar os filhos sem omitir-lhes **o cuidado necessário para a formação plena de sua personalidade**, como atribuição do exercício do poder familiar. Nesse contexto, a convivência da prole com os pais não é direito do genitor, mas sim direito do filho.

No enfrentamento da questão pela jurisprudência do STJ, a Egrégia Corte deixa claro que não se trata de mensurar o amor, em seu sentido estrito, mas a consequência decorrente da falta de atenção, de cuidado, de estar presente, de ter os filhos em sua companhia. A ausência desses elementos, que “a grosso modo” significa amor, pode ocasionar repercussões negativas ao desenvolvimento moral, emocional e intelectual da criança e do adolescente. Claro está, e o julgado tratou do assunto, que houve algum dano na situação em análise, pois só dessa forma pode-se pleitear juridicamente um direito. Algumas pessoas podem superar certos traumas melhores que outras. A ministra-relatora tratou a esse respeito da seguinte forma:

Neste particular, a fim de ressaltar a real natureza do interesse subjacente às demandas de abandono afetivo parental e, outrossim, desconstruir o argumento que enfrenta a tese ora proposta, a partir da compreensão de inexistir dever jurídico de amar, e assim, a lógica no sentido de que o abandono afetivo não rende ensejo a um dano passível de reparação, importante recordar que, muito embora não se possa conceber o sentimento do amor como fruto de um dever, há, no seio da família, determinados cuidados, zelos e providências, voltadas ao interesse e bem estar da prole [...] que se alude como amor entre pai e filhos -, daí mister traçar as distintas acepções a que se refere o vocábulo “*amor*”, destacando-se aquela relacionada propriamente ao cuidado.

Portanto, o dever de amar não pode ser mensurado, por consequência, como dito pela Min. Andrighi, não se pode obrigar ninguém a amar, em seu sentido estrito; mas o amor se externa em atitudes simples, como cuidar, levar à escola, acompanhar a criança ao parque em momentos de lazer, estar presente em datas importantes, como no aniversário, entre outras atitudes que denotam afeto, em sentido mais amplo e implícito.

O processo de reconhecimento de um direito subjetivo, principalmente na relação entre pais e filhos, certamente implica muito mais tempo e devoção argumentativa que os objetivos. Isso acontece porque essa é a relação mais tocante à sociedade, de modo que qualquer tipo de decisão que traga mudanças mais severas, implicará grandes discussões, contudo, os primeiros “passos foram dados”.

8 CONCLUSÃO

É fato que a evolução da família possibilitou que ocorressem no seu interior mudanças estruturais, culturais, principiológicas, comportamentais e conceituais. Entretanto, fundamental para esse processo foi o reconhecimento social de que sua função não mais é política e religiosa, mas afetiva. Graças à consideração de que seus membros, principalmente a criança e o adolescente não eram mais objetos, e sim sujeitos de direito.

Essa perspectiva trouxe um novo olhar às verdadeiras necessidades de cada membro da família, principalmente dos filhos que receberam a proteção do Estado Democrático de Direito não apenas com a adoção de princípios como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, paternidade responsável, proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, mas também com práticas que possibilitam sua materialização, quer socialmente, através de políticas públicas, ou mesmo através do judiciário, quando desrespeitados esses direitos.

Como o direito é consequência do fato social, o reconhecimento do abandono afetivo representou a esperança de todos os “órfãos de pais vivos”, de terem seus direitos de criança, de adolescente, de filho, tutelados pelo Estado. Obviamente, esse processo de constituição de um direito não é fácil. Vale ressaltar que, ao contrário do que se pensa, os pedidos de reparação por abandono afetivo não são deferidos indiscriminadamente. Os requisitos que configuram a responsabilidade são estritamente essenciais e cada caso precisa ser analisado na sua individualidade. Afinal, está se falando de dano moral, que além da constatação da prática ilícita dos pais para com os filhos, é comprovado através de uma variedade de diagnósticos.

A defesa da necessidade de afeto por parte dos filhos em relação aos pais não tem função econômica. Aos olhos de quem discorda dessa defesa, parece que o filho está “cobrando” porque seu pai ou sua mãe não lhe deu afeto. E não é esse o objetivo, trata-se aqui de ressarcimento por dano moral provocado pela ausência, pelo abandono, que lhe trouxeram sequelas, devidamente suscitadas no decorrer do processo.

Analisando os casos, observa-se que os autores das ações cujo tema é abandono afetivo, tudo o que sempre quiseram foi se sentirem protegidos e amados e essa lacuna não há dinheiro que preencha. As pessoas que recebem indenizações por terem sido vítimas de acidentes que as deixaram paraplégicas, jamais iriam querê-las se pudessem voltar no tempo, do mesmo modo quem é vítima de abandono. Por mais que pareçam somas exorbitantes os valores arbitrados nas indenizações, na realidade, são “insignificantes” frente à dor sentida.

Impossível seria concluir este estudo sem falar do amor. Neste, também denominado afeto, acredita-se ser ele o responsável por toda a divergência ao tema. Como dito, quando se fala em abandono afetivo, entende-se de pronto, falta de afeto, de amor, e como poderia a sua inexistência, implicar consequências judiciais? ou melhor, poderia o judiciário obrigar os pais a amarem os filhos?

Deve-se esclarecer que abandono afetivo é falta de cuidado, é falta de proteção, de acompanhamento por parte dos pais. Não se fala em obrigar a amar, até porque esta é uma questão inatingível, muito distante das forças do judiciário. Fala-se do descumprimento do dever de educar, de visitar o filho, mais que um direito deste, é um dever dos pais. A utilização da expressão “abandono afetivo” refere-se ao sentimento do filho em relação à ação ou omissão dos pais. A falta de zelo é interpretada como abandono, que compreende o ilícito. Um dos empecilhos à compreensão do tema está justamente na causa de pedir, que não pode ser “a falta de amor”, porque, como bem ressaltou a iminente Ministra Nancy Andrighi: “Amar é faculdade, cuidar é dever”²⁰.

9. REFERÊNCIAS

Ação de indenização nº 141/10300120320, 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS, julgado em 15 de setembro de 2003. jus.com.br/artigos/30569>. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Distrito Federal: Senado, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao Acesso em: 02 out. 2016

_____. Lei Federal nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Acesso em: 02 nov. 2016

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 out. 2016

_____. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 16 out. 2016

²⁰ STJ, Recurso Especial Nº 1.159.242 -SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, Brasília, 24 abr. 2012

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411-MG, da 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 29 nov. 2005

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 -SP, da 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 24 abr. 2012

DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”. Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, São Paulo, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GROENINGA, Giselle. Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilidade de suas relações no poder judiciário. Direito Civil, USP, São Paulo, 2011. Disponível em:
file:///C:/Users/MRCIA~1/AppData/Local/Temp/Giselle_Groeninga_Tese-1.pdf

PEREIRA, Rodrigo Cunha. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. IN: Revista IBDFAM (Abandono afetivo: A parentalidade e o desamor). ed. 26, 2015. p. 5-14

REGINATTO, Raquel. A importância da afetividade no desenvolvimento e aprendizagem. Revista de Educação do IDEAU – Instituto de Desenvolvimento Educacional do Alto Uruguai, vol. 8, RS, 2013, p. 2. Disponível em:
http://www.ideau.com.br/getulio/restrito/upload/revistasartigos/11_1.pdf Acesso em 25 out. 2016

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.