A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Andréia de Paula Campos¹

RESUMO

O presente trabalho busca destacar a responsabilização dos pais para com seus filhos quando da configuração do abandono afetivo, isto é, as possíveis consequências jurídicas geradas a partir da omissão dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança enquanto sujeito de direitos e deveres na sociedade. Dessa forma, temos como objetivo principal traçar considerações sobre a possibilidade de se indenizar nos casos de abandono afetivo. Como objetivo específico tem que destacar o conceito de família, sua importância e os principais princípios que a regem. Além disso, será feita uma análise sobre a legislação brasileira no que concerne à responsabilidade civil e ao dano moral. Será realizado também um estudo sobre o abandono afetivo, suas características e principais particularidades. Como método de pesquisa foi utilizada a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos e jurisprudências sobre o tema proposto. A relevância do estudo consiste em demonstrar a importância da afetividade para o direito de família e a possibilidade ou não do dever de indenizar o responsável pelo abandono. Concluiu-se que a doutrina e jurisprudência se divergem quanto à possibilidade de aplicação ou não da responsabilidade civil nesses casos. Apesar de se entender que a convivência familiar é um direito e dever dos pais com seus filhos, a punição pela falta de afeto ainda é uma discussão que está longe de terminar. Contudo, tem-se que se observar que primordial é sempre a garantia dos direitos da criança e do adolescente e a manutenção dos laços familiares.

Palavras-chave: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Indenização.

INTRODUÇÃO

O tema do artigo é a possibilidade ou não da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo. As famílias atuais se formam pelos laços de amor, o que torna muito mais saudável a aproximação, o afeto tornou-se fundamental para a vida em comum, e essencial para o desenvolvimento saudável da criança e adolescente. Assim, tornou-se dever dos operadores do Direito discutirem e debaterem sobre os novos e atuais temas do direito de família e, utilizá-los da melhor forma possível.

¹Acadêmica do 9º Período Noturno do Curso de Direito do IPTAN - Instituto de Ensino Superior "Presidente Tancredo de Almeida Neves" – São João Del Rei/MG

Dentro dessa nova concepção de família, novos questionamentos foram surgindo, trazendo ao jurista o desafio de adequar-se e posicionar-se a essas novas situações decorrentes de tantas mudanças. Dentre esses novos desafios, faz-se presente a questão do abandono afetivo, ou seja, a não-prestação por parte dos pais ou de um deles da afetividade ao seu descendente.

A possibilidade da responsabilização civil e de indenização pelos danos morais causados nas relações familiares foi um dos temas discutidos pelos doutrinadores e operadores de direito.

Surgiram dessa forma, algumas decisões condenando pais que, independentemente de estarem cumprindo com o ônus alimentar, faltaram com o dever de assistência afetiva aos seus filhos, sendo ausentes e, não prestando a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.

Partindo dessa premissa, questiona-se se seria esse abandono afetivo apto a gerar responsabilização civil dos pais perante os filhos? A questão é polêmica e controversa, assim é necessário que haja cautela e prudência para se analisar cada caso concreto.

Justifica-se o tema proposto diante da importância da convivência familiar para o crescimento e desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, e talvez diante da possibilidade de ser responsabilizado pelo abandono pode-se evitar que mais casos aconteçam.

Contudo, a possibilidade ou não de responsabilizar civilmente os pais por abandono afetivo é um tema divergente tanto na doutrina como na jurisprudência. Inúmeros doutrinadores já se manifestaram a respeito do assunto, com opiniões conflitantes, não chegando a um posicionamento unânime. O Judiciário também já teve a oportunidade de analisar casos concretos nos quais se pleiteava a indenização por abandono afetivo, porém, assim como na doutrina, foram proferidos julgados em diversos sentidos.

Diante do exposto, o objetivo principal do presente artigo é destacar a impossibilidade ou possibilidade de condenar um pai a indenizar seu filho por falta de afeto, abordando, sem a intenção de oferecer uma análise taxativa, a existência de obrigatoriedade ou não dos pais dessa assistência afetiva. Como específicos, tem-se destacar o conceito de família e a legislação e principais princípios que a regem. Analisar o conceito de responsabilidade civil, com enfoque dos instrumentos para sua configuração e ainda

demonstrar o conceito de dano moral. E, por fim, analisar as opiniões da doutrina e jurisprudência acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo.

Para melhor elucidar o tema o estudo foi dividido em três partes. No primeiro, foi realizada uma breve análise acerca da Família e do Direito de família, seus princípios norteadores e em seguida, e o dever de convivência familiar. Após, será destacado o instituto da responsabilidade civil e do dano moral e suas implicações no Direito de família. Para finalizar, será feito uma análise sobre abandono afetivo como ato ilícito, e ainda, a possibilidade de indenização perante a falta de afeto dos genitores para com os filhos, demonstrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Busca-se, dessa forma, demonstrar uma breve consideração a respeito do abandono afetivo, e a possibilidade ou não de responsabilização pela prática de tal ato.

1. Família e seus Princípios Basilares

O ser humano sempre teve a necessidade de viver em sociedade, unir-se a outro faz parte da essência do indivíduo (MOURA, 2006, p. 1). A família considerada base da sociedade, está ligada de forma íntima à própria vida do ser humano, tendo em vista que o vínculo familiar vincula-se durante toda a existência do indivíduo (GONÇALVES, 2014, p. 285).

A família, de acordo com Pereira (2006, p.19), durante séculos foi um organismo extenso em que estava presente a hierarquia. Entretanto, com a influência da lei da evolução, limitou-se aos pais e filhos.

Conforme destaca Dias (2005, p. 69) a família só existia se houvesse laços constituídos pelo casamento, contudo, essa conceituação foi cedendo espaço aos novos modelos de família constituídas não pelo casamento e sim pelo afeto.

Isto ocorreu diante das mudanças de costumes e valores da sociedade com o passar do tempo. O modelo de família foi remodelado, e o Direito buscou adaptar-se a tais mudanças.

Beviláqua (2001, p.33-34) afirma que:

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ela potente foco de

onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar.

Em seu artigo 226, *caput*, a Constituição Federal de 1988, afirmou que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (TARTUCE e SARTORI, 2009, p.147). A Carta Magna renovou o significado da família passando a disciplinar de forma igualitária todos os membros. Essa isonomia familiar foi considerada uma das maiores conquistas sociais no Direito brasileiro (MOURA, 2006, p. 1).

Uma das grandes mudanças em relação à família diz respeito ao envolvimento afetivo. Isto é, o vínculo familiar passa a ter como base o afeto.

Neste contexto, Dias (2005 *apud* MOURA, 2006, p. 1) destaca que

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar a certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma aureola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Hoje, se reconhece que as relações afetivas são de suma importância para o desenvolvimento da personalidade da pessoa, por isso, essencial que o afeto esteja presente na vida do indivíduo.

O direito de família passou por novos rumos, e de acordo com Moura (2006, p. 1), encontrava desafios para superar o sistema antigo e adaptar-se ao modelo de família constitucional, cuja estrutura está fundamentada nos princípios, entre eles o da solidariedade, o da dignidade humana, entre outros, e é concebida com liberdade e igualdade em busca da felicidade de todos os seus membros.

Tendo em vista o objetivo do nosso trabalho, necessário se faz destacarmos os princípios basilares da família que dizem respeito ao tema proposto.

O primeiro princípio a ser destacado é o da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros. Esse princípio está esculpido no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, e expressa que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (MAIA, 2007, p. 1).

Todas as decisões devem ser tomadas conjuntamente e de comum acordo entre marido e mulher (DINIZ, 2009, p.22). Pode-se afirmar que com tal princípio há a consagração da divisão da responsabilidade da família entre o casal.

Além da igualdade do cônjuge ou companheiro há o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos. Esse princípio está disposto nos artigos 227, § 6º, CF e nos artigos 1596 a 1629 do CC 2002 e iguala a condição dos filhos havidos da relação do casamento ou fora

deste, ou por adoção, não admitindo-se qualquer diferenciação entre os mesmos (MAIA, 2007, p. 1).

Dessa forma, não pode haver diferenças em relação aos filhos, sejam eles havidos ou não em decorrência do casamento.

Um princípio de suma importância para nosso trabalho é o da afetividade. O afeto se tornou norteador das relações familiares e da solidariedade familiar (DINIZ, 2009, p.24).

Pereira (2006, p. 200) afirma que o afeto se tornou um valor jurídico e foi elevado à categoria de princípio tendo em vista que se passou a pensar que o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família parental está no desejo e no amor.

Esse princípio expressa que a base do casamento e da vida conjugal é a afeição entre os cônjuges e a necessidade que perdure completa comunhão de vida (DINIZ, 2009, p. 19). A autora afirma ainda que

O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliada ao dever de ser leal e solidário (DINIZ, 2009, p. 19).

Ressalta-se que uma vez extinto o afeto tem-se a ruptura da sociedade conjugal (DINIZ, 2009, p.19).

Contudo deve-se sempre respeitar e garantir a dignidade da pessoa humana, outro princípio de suma importância para a família.

O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto no artigo 1º, III, da CF/88 e constitui base da comunidade familiar, seja ela biológica ou sociafetiva, tendo por elemento e garantindo a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227) (DINIZ, 2009, p.23).

Gonçalves (2005 *apud* MAIA, 2007, p. 1) destaca que

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Por fim, de acordo com Pereira (2006, p. 94), este princípio é um dos esteios de sustentação do ordenamento jurídico, não sendo possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade. No direito de família, como visto, não seria diferente, podendo este princípio assegurar outros tantos direitos e garantias.

O princípio da dignidade humana assegura outro princípio essencial para a família que é o do superior interesse da criança e do adolescente.

Esse princípio visa ao desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade do menor e diretriz solucionadora de questões conflituosas oriundas da separação ou divórcio dos genitores (DINIZ, 2009, p.28). Além disso, tem uma íntima relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.

As crianças e adolescentes têm, além dos direitos fundamentais gerais, isto é, os mesmos dos adultos, direitos fundamentais especiais, que lhes são dirigidos, o que significa atender ao interesse dos menores (PEREIRA, 2006, p.129).

Nesse contexto, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*, expressa os direitos fundamentais dos menores em síntese:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Desse modo, percebe-se que zelar pelo melhor interesse do menor, segundo Pereira (2006, p. 137) é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica, buscando a saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social, colocando-o à salvo de qualquer tipo de negligência.

Além desses princípios a Constituição Federal em seu artigo 227 garantiu o direito fundamental à convivência familiar.

O direito ao convívio familiar, segundo Pereira (2006, p. 146), é o instrumento de proteção para aqueles que estão em plena fase de desenvolvimento. A convivência passa a ser de caráter fundamental.

A Constituição Federal diz que é dever dos pais, porém esquecemos de que, antes de ser um dever dos pais, é um direito do filho, assim como é direito do filho ter alimentos, educação, lazer e saúde.

Este direito é assegurado em lei ao pai ou mãe não guardião, porém é um direito próprio do filho de com eles conviver, reforçando os vínculos entre pais e filhos (DIAS, 2005 *apud* MOURA, 2006).

Esse direito, além de estar disposto na Constituição Federal de 1988, foi inserido na Lei nº 8069/90 – O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19.

Além da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 estabelece acerca do convívio familiar, dentre outras coisas, que compete aos pais terem os filhos menores em sua companhia e guarda; que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos (GOMES, 2006, p.1).

Contudo nem sempre é isto que ocorre. Apesar de o dever legal de convivência visar não somente à presença física, mas o afeto e a efetiva participação dos pais na vida dos filhos, há casos que isso não ocorre, e tal dever não é cumprido.

Surge assim a teoria do abandono afetivo, onde se discute a possibilidade ou não de se responsabilizar civilmente o genitor que não cumpre o dever de convivência e afeto com seu filho.

2. Responsabilidade Civil e Dano Moral

Para discutirmos acerca do abandono afetivo e a responsabilização civil ou não do causador do dano, essencial compreender a conceituação e característica da responsabilidade civil e do moral.

A palavra responsabilidade civil tem sua origem na palavra latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais (DINIZ, 2009, p. 33).

No Brasil, a responsabilidade civil foi introduzida por José de Aguiar Dias o qual asseverava que “toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade”. A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse jurídico em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente, contratual ou não. A lei busca reconstituir o ordenamento jurídico violado (GONÇALVES, 2014, p. 44).

Como regra geral, aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. O ato ilícito consiste na violação ao direito alheio e na provocação de prejuízo, ainda que apenas moral, por meio de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. O ato ilícito também é cometido quando um titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, trata-se do abuso de direito (art. 187 do CC/02) (TARTUCE e SATORI, 2009, p. 107).

Importante destacar que o termo responsabilidade significa um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato (FIÚZA, 2008, p. 277).

A responsabilidade civil vem com duas funções básicas, que é restabelecer o direito lesado e servir como sanção civil ao ator do fato. Nesse contexto, Gonçalves (2014, p. 45) expressa que toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em “restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.”

Diniz (2009, p. 37-38) afirma que a responsabilidade civil requer: a existência de uma ação; ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial; nexos de causalidade entre o dano e a ação.

Tartuce e Satori (2009, p. 108) afirmam que quanto ao nexo de causalidade, adota-se a teoria da causalidade adequada. Dessa forma, só haverá nexo causal quando o dano for causado diretamente e imediatamente pela conduta.

A responsabilidade pode ser contratual (artigos 389 e 395 do Código Civil Brasileiro), ou extracontratual também conhecida como aquiliana, oriunda do descumprimento direto da lei (artigos 168 e 927 do Código Civil de 2002), dependendo da origem da violação.

A responsabilidade contratual ocorre quando o acordo de vontades for descumprido, total ou parcialmente, por um dos negociantes (TARTUCE e SATORI, 2009, p. 108). Ela decorre da celebração ou da execução de um contrato, e poderá ser por ato lícito ou ilícito (FIÚZA, 2008, p. 279).

Nesse caso, existe uma presunção de dano e de culpa.

Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana a vítima deve provar o dano. Neste caso, aplica-se o disposto no artigo 186 do Novo Código Civil de 2002, todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual (GONÇALVES, 2014, p. 53).

O autor ora citado (2009, p. 26) expressa que na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpe o avençado, pois existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida.

A responsabilidade pode ser ainda subjetiva e objetiva. Ela é subjetiva quando encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. A prova de culpa do agente é necessária para que surja o dever de indenizar (MOREIRA, 2009, p. 1).

Nas palavras de Tartuce e Satori (2009, p. 108) a culpa em sentido amplo,

que pode consistir na culpa em sentido estrito (enquanto violação do dever objetivo de cuidado, geradora de imprudência, imperícia ou negligência) ou então no dolo (intenção deliberada de provocar o ato). Eis a regra em nosso sistema: a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se a comprovação da culpa do causador do dano.

Na responsabilidade objetiva, é fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens, independente de culpa, é também conhecida como teoria de risco (GONÇALVES, 2014, p. 55).

Esta responsabilidade se baseia na ideia de risco inerente a algumas situações. Se o indivíduo está envolvido em uma circunstância potencialmente causadora de danos, ele deve arcar com possíveis prejuízos que por ventura surjam, independentemente de culpa (TARTUCE e SATORI, 2009, p. 108).

A teoria da responsabilidade objetiva está exposta no parágrafo único do art. 927, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. **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 (grifo nosso) (CC, 2002).

A responsabilidade civil subjetiva, também conhecida como teoria da culpa, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Quando não há culpa, não há responsabilidade. Indispensável a prova da culpa para haver dano reparável (GONÇALVES, 2014, p. 55).

Gonçalves (2014, p. 56) ressalta que a regra geral da responsabilidade extracontratual no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa. A responsabilidade objetiva somente pode ser aplicada nos casos especificados em lei ou quando o risco for inerente a atividade do agente.

Dessa forma, pode-se afirmar que é de suma importância a presença do dano para se caracterizar o dever de responsabilização civil. Desta forma, todos aqueles que causarem danos a outrem deverá repará-lo.

Em relação ao dano, importante se faz destacar seu conceito. Ele consiste na lesão que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico patrimonial ou moral (DINIZ, 2009, p. 123).

De acordo com a autora o dano tem requisitos, quais sejam: diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; efetividade ou certeza

do dano; causalidade; subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; legitimidade e ausência de causas excludentes de responsabilidade (2009, p. 123).

Há duas espécies de dano, os danos patrimoniais (ou materiais) e os danos morais (ou extrapatrimoniais). Dano patrimonial é o que afeta somente o patrimônio do ofendido. O dano moral é aquele que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio (GONÇALVES, 2009, p. 339).

Em nosso trabalho iremos apenas destacar o dano moral, tendo em vista sua relação com o tema proposto.

Dano moral designa a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Ele atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio (GONÇALVES, 2009, p. 359).

É, segundo o autor ora citado, a lesão de bem que integra os

direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONÇALVES, 2009, p. 359).

Como o dano moral constitui uma lesão ao direito de personalidade, para sua reparação não requer a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mas uma forma de diminuir as consequências do prejuízo imaterial (TARTUCE, 2008, p. 397).

O autor acima citado afirma ainda que em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Constitui aquilo que a pessoa sente, denominado dano moral *in natura*. No sentido impróprio, o dano moral constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, trata-se do dano moral em sentido amplo ou *lato sensu* (2008, p. 398).

Portanto, a teoria da reparação do dano moral é um dos principais instrumentos jurídicos que visam, justamente, reparar e desestimular a prática de atos lesivos à dignidade humana, sendo que tal instrumento está diretamente ligado à tutela dos direitos inerentes à personalidade civil da pessoa, concluindo-se que esse instrumento atua como uma forma de proteção aos direitos individuais da pessoa (GONÇALVES, 2014, p. 225).

Em relação a reparação dos danos no Direito de família, ainda não há regra específica, todavia como é sabido todo aquele que for prejudicado ou tiver sido lesado por outrem tem direito a uma indenização, sendo que a Doutrina e a Jurisprudência vêm disciplinando o assunto, mediante aplicação da regra disposta no artigo 186 do Código Civil (SILVA, 2006, p. 1).

Os operadores do direito são unânimes ao afirmar que o direito da dignidade da pessoa humana deve ser sempre respeitado, e no âmbito familiar deve ser ainda mais analisado com cautela, haja vista que a dignidade deve começar desde o berço familiar (SICUTO, 2016, p. 1).

Dessa forma, o dano moral no direito de família deve estar respaldado na Constituição Federal, nos princípios que prestigiam a dignidade da pessoa humana, bem como na norma que delega ao estado a proteção da família (LAGRASTA, 2007, p. 1).

O dano moral nas relações familiares atualmente é aceito tanto nas relações conjugais, mas também no tocante estado de filiação, como exemplo, nos casos de abandono material, intelectual e moral do filho, e ainda, na negativa de reconhecimento da filiação (DEGANI, 2013, p. 1)

Como destacado, a indenização do dano moral não tem por objetivo recompor o patrimônio, mas de compensar a vítima e, ao mesmo tempo, desestimular a prática de novo dano.

Uma questão muito discutida entre doutrinadores e operadores de direito, diz respeito à possibilidade de indenização pelo abandono afetivo parental. Constitui este um dano moral?

Para Mello (2015, p. 35) os sofrimentos e as angústias das crianças e dos adolescentes podem constituir danos injustos quando causados por ato ilícito, pois ofende a dignidade, o respeito e à liberdade destas.

Discute-se se a conduta negligente do genitor em não dar afeto ao filho, mesmo quando supre todas as necessidades materiais deste, acarretaria um dano moral passível de indenização. Por isso, importante tratar acerca do abandono afetivo como ato ilícito, o dever de indenizar nos casos de falta de afeto dos genitores para como os filhos, e por fim, analisar os aspectos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema.

3. Abandono Afetivo e sua Responsabilidade Civil

As crianças e adolescentes conquistaram diversos direitos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre eles destaca-se o direito à convivência familiar, disposta no art. 227 da Carta Magna.

Tal artigo trouxe para o jurista um novo aspecto componente da família: o direito à convivência familiar. O art. 1.634 do Código Civil regula que: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda...”

Já o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8069/1990) em seu artigo 249 prevê sanção administrativa a qualquer um dos pais que infringir os deveres do pátrio poder.

Nota-se então que a lei impõe aos pais a obrigação não somente de sustento e manutenção financeira, mas de oferecer todo o amparo para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de seus filhos (MELLO, 2015, p. 40).

Configura-se o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição, que não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória (LÔBO, 2008, p. 284-285).

Cabe ressaltar que a convivência familiar assegurada é aquela espontânea, baseada no afeto, essencial para os seus componentes, principalmente para as crianças. No que concerne a relação paterno-filial, é um grande equívoco relacionar esse dever de convivência ao vínculo puramente biológico. Assume deveres paternais quem exerce o papel de pai ou de mãe, seja por origem genética ou afetividade (DINIZ, 2009, p. 125).

É visível a necessidade da criança de conviver no seio de uma família estruturada, que lhe dê condições aptas a permitir o desenvolvimento sadio de seu caráter, que está em formação (CARVALHO e MARQUES, 2015, p. 41).

Desse modo, segundo os autores acima citados, pais e mães separados precisam ter a consciência de que os filhos devem ser poupados, o quanto possível do distanciamento afetivo de um dos genitores, pois a convivência tem um efeito comprometedor para a formação psicológica saudável de uma criança (2015, p. 42).

O afeto é de suma importância para o desenvolvimento integral da criança e adolescente.

Nesse contexto, sobre o abandono afetivo do filho, a doutrina e a jurisprudência brasileira atentaram para o fato do genitor, que não convive com o outro genitor, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia.

A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas (LÔBO, 2008, p. 283).

O abandono afetivo é um tema delicado, que envolve não somente direitos e deveres, mas questões morais e éticas. Os pais possuem, em relação aos filhos, o dever de sustento, de cuidado, de zelo, preservados pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, muitos casais com a separação põem fim também ao vínculo com os filhos podendo lhes causar um incontestável trauma de abandono (MELLO, 2015, p. 41).

O abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, mas também de direitos, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas (LÔBO, 2008, p. 285).

Apesar de tal entendimento, necessário destacar que a matéria não se encontra totalmente discutida no ordenamento brasileiro. O abandono afetivo é muito tormentoso na doutrina e jurisprudência, possuindo pessoas contra e a favor da indenização por este ato (FREITAS e PELLIZZARO, 2010, p. 98).

Ao que se tem conhecimento, conforme dispõe Mello (2015, p. 44), a primeira decisão sobre o abandono afetivo foi proferida em 16 de setembro de 2003, pelo juiz Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul.

Nesta ação, a filha pleiteou uma indenização de R\$48.000,00 alegando abandono material e moral. O Ministério Público manifestou-se pela extinção do processo, sob o argumento que não se deve condenar alguém pelo desamor. Contudo, na sentença, o juiz decidiu pela procedência do pleito, e fundamentou sua decisão na teoria de que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos”, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (MELLO, 2015, p. 44).

O caso destacado acima foi uma inovação, contudo não houve grande repercussão.

Para aqueles que entendem pela possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, entendem que o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa de severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar (FREITAS e PELLIZZARO, 2010, p. 97).

Para os autores ora citados, a condenação por danos morais, decorrente do abandono afetivo, não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpre essencial função na vida da prole (2010, p. 97).

Contudo há ainda o entendimento contrário a possibilidade de responsabilização civil nos casos de abandono afetivo. Para esses doutrinadores não pode a Lei obrigar o responsável a sentir afeto pelo filho, sendo impossível impor a manutenção de um laço sentimental já rompido.

Eles expressam entre outras coisas que, não há que se falar em dano, pois ninguém é obrigado a amar outrem. Nos dizeres da autora “o desamor e a frustração de uma expectativa de vida não são indenizáveis, decorrendo da própria natureza subjetiva do afeto que não é passível de mensuração” (CALHEIRA, 2007, p. 1).

Muitos doutrinadores não acreditam que a falta de amor ou a omissão do cumprimento de deveres afetivos sejam suficiente para ensejar a indenização por dano moral. Eles afirmam que a condenação ao pagamento de uma indenização vai acabar, ainda mais, a pouca relação existente entre pai e filho, ela nunca será capaz de restabelecer o afeto e o amor que faltavam antes (ANGELUCI, 2006, p. 48).

Esse posicionamento encontra assento na decisão do STJ, nos autos do Recurso Especial 757.411/MG, de novembro de 2005 que consolidou o não cabimento de responsabilidade civil pela ausência de afeto do pai para com o filho. Uma sentença judicial não tem o condão de obrigar o pai a amar seu filho. No entanto, essa negativa de indenização “não diminui a importância do afeto conferida na sociedade pós-moderna, apenas afere a este, efeito de ordem moral e não jurídica, representando o pensamento da maioria da doutrina e das Cortes de Justiça” (MELLO, 2015, p. 45).

Em fevereiro de 2011, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi proferido o acórdão para a Apelação Cível Nº 70039266200, pela Oitava Câmara Cível com os seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHA RECONHECIDA POR ESCRITURA PÚBLICA. ABANDONO AFETIVO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E NÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO DELIBERADA DO PAI.

Evidenciado que o dano psíquico experimentado pela filha decorre muito mais das circunstâncias em que foi concebida e posteriormente reconhecida que de eventual ação ou omissão deliberada do pai, não ocorre a obrigação de indenizar por abandono afetivo.

A relação paterno-filial, do ponto de vista psíquico, não surge de meros documentos e formalidades, mas é construída ao longo do tempo, quando há efetiva boa vontade em se promover a aproximação de pai e filho, despojada de mágoas e centrada exclusivamente no bem estar emocional do envolvidos. O conceito de pai pressupõe um dado socioafetivo constituído na convivência, e não é uma mera decorrência do vínculo genético reconhecido na sentença, que simplesmente atribui a alguém a condição de genitor. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70039266200, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011)

Trata-se de recurso de apelação interposto por uma filha inconformada com sentença que julgou improcedente seu pedido de indenização por danos morais em razão de abandono afetivo formulado em face do seu pai.

O relator Luiz Felipe Brasil Santos em seu voto afirmou que não há como dar trânsito ao pleito, devendo ser ratificada a sentença apelada. E justifica diante do cotejo da narrativa da inicial com a prova carreada aos autos, onde não se detectou na conduta do apelado ação ou omissão que tenha causado dano ou sofrimento indenizável à insurgente.

Em recente decisão a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) manteve-se sentença que condenou um pai ao pagamento de danos morais para o filho por abandono afetivo.

De acordo com a ação que tramitou na 3ª Vara Cível de Brasília, o autor relatou ter sofrido com a ausência do pai, que nunca fez questão de exercer o direito de visita estipulado no juízo de família. Revelou que, por causa desse abandono, foi acometido de doença pulmonar de fundo emocional e de problemas comportamentais. O autor pediu na Justiça a condenação do pai no dever de indenizá-lo em R\$ 200 mil pelos danos morais sofridos por ter crescido sem o apoio e o auxílio paterno esperados.

Neste caso o pai negou o abandono e afirmou que só não o visitava regularmente porque a mãe dele impunha dificuldades. A juíza de 1ª Instância julgou procedente em parte o pedido indenizatório e arbitrou os danos morais em R\$ 50 mil. Justificou afirmando que nas relações familiares, o dano moral afetivo ganha contornos diferenciados, e sua existência deve ser exceção e somente se configura quando claramente são comprovados os elementos clássicos do dever de indenizar.

Ainda segundo a magistrada “a simples falta de afeto, ou mesmo a falta de amor, não são puníveis pelo ordenamento jurídico, considerando que não há qualquer obrigação jurídica de dar afeto. Na realidade, para que se fale em danos morais, é necessário perquirir sobre a existência de responsabilidade, no caso, subjetiva, que gere o dever de indenizar”.

Segundo destaca a professora Dóris Ghilard, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), esta decisão é de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, que tende no sentido da possibilidade de se indenizar pelo abandono afetivo (IBDFAM, 2016, P. 1).

Contudo, conforme dispõe a distinta professora, deve-se sempre tecer uma análise cuidadosa dos pressupostos da responsabilidade civil, não só para entender cabível a indenização, mas também em relação à sua quantificação.

Para aqueles que entendem que é cabível indenização nos casos de abandono afetivo, entendem que a indenização tem função reparatória e pedagógica, como dispõe Pereira (2009, p. 1).

Mas, para tanto, se por um lado os filhos têm razão em reclamar da atitude dos pais, é preciso ter cuidado para que a Justiça não seja usada, por raiva ou mágoa, como instrumento do capricho ou da vingança dos filhos e do outro genitor porque as coisas não são exatamente como gostariam que fossem (MALDONADO, 2008, p. 1).

Por isso, extremamente necessário que seja avaliado caso por caso, devido as particularidades de cada um.

É o que dispõe Maldonado (2008, p. 1) que considera imprescindível que se busque estabelecer certos limites ao dever de indenizar decorrente de suposto abandono afetivo, sob pena de se assistir à instalação de verdadeira indústria indenizatória do afeto.

A professora Dóris Ghilard afirma que tanto a doutrina quanto à jurisprudência ainda é divergente acerca da indenização ou não pelo abandono afetivo. Contudo, a doutrina já se mostra em maior parte favorável, ao contrário dos tribunais, que ainda é reticente na maioria dos julgados, diz (IBDFAM, 2016, p. 1).

É evidente que os danos causados aos envolvidos pelo abandono afetivo de um dos pais são inúmeros, ferindo direitos fundamentais destes. Entretanto, muitos doutrinadores e juristas são contra a indenização pelo abandono, por considerar que assim estaria monetarizando o afeto.

Em contrapartida, entende-se que a convivência familiar, baseada no afeto, é fundamental para a boa formação do indivíduo. Deste modo, entende-se que com a indenização pelo abandono não se estará colocando valor no amor, mas sim diminuindo os efeitos do abandono nas crianças, como forma de se evitar que tais atos se repitam, servindo de exemplo para toda a sociedade. Parece-nos que tal discussão está longe de terminar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, observou-se que no decorrer dos anos começaram a ser submetidas à jurisdição brasileira demandas objetivando indenizações a favor de filhos que possam ter sofrido danos morais em razão da falta de afeto pelos pais.

O surgimento da figura do abandono afetivo está intimamente ligada ao fato de que o afeto passou a ser elemento essencial nas relações familiares.

O fundamento do dever de indenizar o abandono afetivo de um filho demanda uma reflexão pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e no desenvolvimento saudável dos filhos.

A condenação pelo desamor, especificamente, quando causou prejuízo manifesto à dignidade da pessoa, através da aplicação dos princípios da responsabilidade civil, deve ser no caso concreto, a melhor alternativa para o garantia dos princípios do direito de família.

É fato que não haver amor do pai pelo seu filho não retira daquele o dever de prestar convivência familiar. Trata-se de bem jurídico cuja lesão é capaz de ensejar indenização.

Essencial ressaltar que é necessário cautela na propositura de ações de indenização pelo abandono afetivo, para que não seja apenas um meio onde a criança é usada como instrumento na obtenção de indenizações e vinganças.

Observou-se assim que a corrente majoritária sobre o abandono familiar afirma ser apto que se gere consequências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, devendo o julgador, por óbvio, observar atentamente a presença ou não dos elementos daquela, a fim de provocar justa reparação, e não injusto enriquecimento.

Contudo, tal posicionamento não é pacífico e muito ainda se discute. Muitos doutrinadores entendem que o afeto não pode ser objeto de uma ação. Isso porque, não se pode simplesmente valorar o amor, como moeda de troca, banalizando sua importância. Para eles, ninguém é obrigado a amar outrem, ainda que entre eles existam laços de consangüinidade.

Concluimos assim, que apesar da existência de discussão acerca do dever de indenizar pelo abandono afetivo, as necessidades de mudanças no ordenamento jurídico traçam uma mudança nesse entendimento, crescendo assim, a ideia de que a indenização irá diminuir os efeitos do abandono na criança e servirá como garantia dos direitos destas e aplicação dos princípios do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Revista CEJ, Brasília, nº 33, abr/jun 2006. P. 43-53. Disponível em: www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/713/893. Acesso em 15 out. 2016.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito de Família*. São Paulo: Red. Livros Editora e Distribuidora, 2001.

BRASIL, Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília. DF: Senado, 2002.

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

BRASIL, *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul.1990.

CALHEIRA, Luana Silva. *Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto: o afeto é juridicizado através dos princípios?* Boletim

Jurídico, Uberaba/MG, a.5, nº 229. maio 2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1791>. Acesso em: 16 out. 2016.

CARVALHO, Justiny Rodrigues; MARQUES, Vinicius Pinheiro. *Responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante seus filhos*. Revista Vertentes do Direito. V. 2, n. 1. 2015. Disponível em: <http://revista.uft.edu.br/index.php/direito/article/view/1399/8239>. Acesso em: 15 out. 2016.

DEGANI, Priscila Marques. O abandono afetivo e sua reparação. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32129/o-abandono-afetivo-e-sua-reparacao>. Acesso em: 03 out. 2016.

DIAS, Caroline Said. *Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6301>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

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

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo. -12. ed. revista, atualizada e ampliada. –Belo Horizonte: Del Rey, 2008.*

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação Parental: comentários a Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, Daniele. *Abandono Afetivo – descumprimento do artigo 227 da CF/88*. nov. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3000/>. Acesso em: 25 ago. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV : responsabilidade civil. – 4. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2009.*

_____. *Direito civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção esquematizada).

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família. *TJDFT condena pai por abandono afetivo*. 29/06/2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6039/TJDFT+condena+pai+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 15 out. 2016.

LAGRASTA, Caetano. *Dano Moral no direito de família*. Revista do Advogado, ano XXVII, n. 91, maio de 2007, p.28/29.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva; 2008.

MAIA, Bruno Landim. *Princípios constitucionais do Direito de Família*. nov.2007. Disponível em: <http://www.webartigos.com>. Acesso em: 25 ago 2016.

MALDONADO, Gisela. *Indenização por abandono moral não deve servir como vingança*. Revista Consultor Jurídico. Nov.2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-13/indenizacao_abandono_moral_ao_servir_vinganca. Acesso em: 15 out. 2016.

MELLO, Fernando de Paula Batista. A responsabilidade civil por abandono afetivo: a experiência brasileira aplicada no ordenamento jurídico português. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, nº 5, Mar-Abr 2015, p. 32-63.

MOREIRA, Danielle. *Responsabilidade Civil: breve histórico*. 2009. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/responsabilidade-civil-breve-historico/24861/>. Acesso em: 28 de set. 2016.

MOURA, Daniele Gomes de. *Abandono afetivo: descumprimento do dever de convivência previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988*. dez.2006. Disponível em: <http://www.abdir.com.br>. Acesso em: 20 ago 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito da Família*: Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *STF decide se falta de afeto paterno gera dano*. Revista Consultor Jurídico. out.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br> Acesso em: 16 out. 2016.

SICUTO, Alana Gabi. Responsabilidade civil no direito de família: dano moral decorrente do abandono afetivo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17001>. Acesso em 03 de out 2016.

SILVA, Ana Paula Pinto da Silva. *O Dano Moral no Direito de Família*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.5, nº 201. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>. Acesso em: 28 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2 : direito das obrigações e responsabilidade civil ; 3.ed. – São Paulo : Método, 2008.

TARTUCE, Fernanda; SARTORI, Fernando. *Como se preparar para o exame da Ordem*, 1. fase : Civil, coordenação Valedir Ribeiro Santos. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2009.