

ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DO ABANDONO AFETIVO E REPARAÇÃO AO DANO CAUSADO A CRIANÇA

Ciências Jurídicas, Edição 121 ABR/23 / 20/04/2023

DOCTRINAL ANALYSIS ABOUT THE AFFECTIVE ABANDONMENT AND REPARATION FOR THE DAMAGE CAUSED TO THE CHILD

REGISTRO DOI: 10.5281/zenodo.7872654

Felipe Oliveira Dos Santos¹

Luciane Lima Costa e Silva Pinto²

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar a doutrina acerca da responsabilidade civil dos pais em relação ao abandono afetivo e sua possível reparação em caso de inobservância dos deveres jurídicos decorrentes do poder familiar.

Metodologicamente, a presente análise busca responder a seguinte questão: o abandono afetivo prejudica o desenvolvimento da criança, gerando danos passíveis de reparação? Dessa forma, conforme vem entendendo alguns tribunais e interpretação de grande parte da doutrina, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente, tem reconhecido este direito. Porém, a fim de evitar a banalização do instituto, se faz necessária um estudo mais aprofundado dos requisitos caracterizadores do dano moral, mas sem consagrar a impunidade dos

pais que, de forma irresponsável e injustificada, prejudicam o desenvolvimento pleno da criança.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Relação parterno-materno-filial.

Responsabilidade civil. Dano Moral.

ABSTRACT

This article proposes to analyze the doctrine about the civil responsibility of the parents in relation to the affective abandonment and its possible reparation in case of nonobservance of the legal duties deriving from the family power. Methodologically, the present analysis seeks to answer the following question: does abandonment affect the development of the child, causing damages that can be repaired? Thus, as some courts have understood and interpreted much of the doctrine, in recognition of the principles of human dignity, of affection and of the integral protection of children and adolescents, it has recognized this right. However, in order to avoid the banalization of the institute, a deeper study of the requirements that characterize moral damage is necessary, but without imputing the impunity of the parents who, irresponsibly and unjustifiably, hinder the full development of the child.

Keywords: Affective abandonment. Parental-maternal-filial relationship. Civil responsibility. Moral damage.

1 INTRODUÇÃO

As sociedades de forma geral evoluíram e estão evoluindo cada vez mais por conta do aperfeiçoamento das habilidades técnicas humanas, da ciência, tecnologia e do grande fluxo de informações. Nesse limiar, não poderia ser diferente com o instituto da família e no próprio ramo do Direito das Famílias, que conta com uma nova categorização da *família moderna* e, principalmente, com o **afeto**, que passou a ser a nova identidade familiar.

Neste sentido, o presente artigo, levanta a questão da relevância da presença indispensável do pai e da mãe na vida da criança para seu pleno

desenvolvimento, por entendermos que a ausência do pai ou da mãe priva a criança de **afeto**, o que pode gerar danos irreparáveis na adolescência e no início da vida adulta, em especial, ferindo o bem mais protegido presente na Constituição Federal de 1988, que é da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, existem definições rígidas para família tradicional patriarcal, porém, mediante a evolução da sociedade de forma geral e levando em consideração a conjuntura econômica, política, social e de gênero de maneira global, existe uma multiplicidade de definições do instituto família na sociedade moderna. Contudo, na modernidade, o **afeto** representa um marco na evolução do conceito de família e na construção da *identidade*.

Desse modo, a interpretação dada pela Carta Magna de 1988 ao conceito de família, representou uma evolução para sociedade brasileira ao considerar a *dignidade* e o *ser humano* como pilares do instituto familiar. Portanto, a família pode ser vista como um grupo cada vez menos patriarcal, ou seja, formada por uma diversidade de variáveis e por seres humanos, que compartilham sentimentos e valores com laços de interesses marcados pela afeição mútua, reciprocidade, solidariedade, particularidades próprias de convívio e de **afeto**. Este último sentimento passa a ser a principal identidade familiar.

Diante do exposto acima e considerando os mais diversos conceitos das ciências sociais, para a formação da identidade particular do ser, em especial do(s) filho(s), devemos considerar o aspecto psicológico, moral, social, emocional, dentre outros que norteiam o convívio social, porém, o afeto dos genitores é primordial.

Dessa forma, a presente análise busca responder a seguinte questão: o abandono afetivo prejudica o desenvolvimento da criança, gerando danos passíveis de reparação? Tal pergunta em relação ao abandono afetivo do filho pelos pais, requer discussões mais apuradas acerca das possibilidades ou não da reparação ao dano moral a criança, em razão da ausência dos pais na convivência e realização das atribuições do poder familiar.

Neste sentido, as opiniões divergentes e convergentes de doutrinadores e operadores do direito em relação ao tema. Assim, existem os que defendem que a solução para o abandono afetivo pode ser encontrada no âmbito familiar sem intervenção da justiça. Entretanto, existem aqueles que defendem a intervenção jurídica mediante a fragmentação do poder familiar. Neste último caso, se manifesta favoravelmente às reparações pecuniárias, uma vez comprovada a existência do dano moral à criança.

Todavia, muitos doutrinadores e operadores do direito se questionam quanto à reparação do dano, quando o descaso dos pais sai do poder material e passa a ser moral e sentimental. Desse modo, Quanto vale o afeto? Como mensurar o valor do sentimento? A justiça tem como obrigar a existência do carinho entre pais e filhos? A subjetividade do dano dá margem para avaliar critérios para o dano moral? Até onde o Estado pode intervir? Mediante tais questionamentos, devemos salientar que o ordenamento jurídico brasileiro traz garantias à convivência familiar e a responsabilidade dos pais para com os filhos no tocante a paternidade responsável.

Tais questionamentos, levantados acima, têm gerado incertezas de alguns conceitos jurídicos com relação à temática, o que acaba por dificultar uma melhor compreensão da questão levantada, possibilitando interpretações diferentes, pois os mesmos elementos são capazes de impedir a indenização em caso de abandono afetivo, mas de outro modo, proporcionar os argumentos jurídicos que sustentam a reparação pecuniária.

Portanto, o presente estudo tem por objetivo geral, analisar a doutrina, a legislação vigente e os entendimentos jurisprudenciais, bem como a dificuldade jurídica para a fixação de um entendimento sobre o alcance e os efeitos da intervenção jurídica no meio familiar, no sentido de reparar os danos morais em decorrência do abandono afetivo à criança.

Dessa forma, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trazem consigo a definição a proteção integral à criança e o adolescente. Afirmam

que é direito da criança o convívio familiar, seja com a família natural ou com família substituta, prevendo então os direitos e obrigações inerentes aos pais. Permitindo, assim entender, que todas as necessidades dos filhos são de responsabilidade dos pais até que estes tenham por si, capacidade total de suprir suas carências.

Por sua vez, no Brasil, é quase epidêmica a situação de pais que não se preocupam com o provimento de uma vida digna ao(s) filho(s). Cresce a cada dia o número de ações judiciais aos pais que negam a gerir alimentos (pensão) ao(s) dependente(as), bem como a guarda compartilhada e o afeto.

Desta forma, por meio do presente estudo, fazendo uso do método dedutivo de pesquisa, nos propomos a estudar a relevância da relação afetiva no âmbito familiar e a divergência doutrinária em relação ao abandono afetivo material, social e, conseqüentemente, analisar as possibilidades de reparação do dano sofrido.

Dessa forma, quando observado a evolução da família moderna e analisada a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, permite destacar que os princípios relativos ao Direito da Família, em especial, ao abandono afetivo, são institutos que ainda passa por modificações. Portanto, se faz necessário uma análise científica mais detida dos principais conceitos e princípios do fenômeno jurídico e social com relação ao abandono afetivo.

Desse modo, analisar empiricamente a responsabilidade civil em seus aspectos doutrinários e dos casos práticos existentes na jurisprudência pátria possibilitou realizar uma observação sensata e precisa do tema proposto. Assim, o estudo mais aprofundado do abandono afetivo, nos permite ampliar o conhecimento dos aspectos conceituais e teóricos no intuito de criar argumentos bem fundamentados para propor ação de indenização por danos morais aos pais, uma vez que são eles os responsáveis diretos pelo desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e social da criança.

2 O PODER FAMILIAR E SUAS MULTIPLICIDADES

Na presente análise, não nos interessa historicizar a origem e evolução do poder familiar tradicional, mas sim, suas multiplicidades de princípios concernentes na modernidade, no intuito de compreender a sua nova concepção na formação, ou seja, levando em consideração a questão de gênero e a sua nova identidade, que é o afeto. Portanto, a família moderna é formada por seres humanos e o meio familiar, permite a construção da pessoa humana nesse instituto social que surgiu bem anterior ao próprio Estado (DIAS, 2007, p. 27).

Madaleno (2007, p.27) contextualiza que desde a sua origem na família auxilia a formação do caráter do ser humano e orienta na convivência em sociedade. Entretanto, o fenômeno da desintegração ou disfunção social da família na modernidade, principalmente, nos grandes centros urbanos, causa reflexos negativos na sociedade². Mas de maneira geral, a família brasileira sofreu grandes mudanças, alterando o conceito patriarcal de proteção – exercício de poderes do homem sobre a mulher.

Na família patriarcal, segundo Coulanges (2011, p. 18) “não existia afeto natural” e a mulher não era dona do seu próprio corpo, predominava o poder marital, ou seja, pátrio poder do homem sobre a mulher e os filhos. Tal estrutura hierárquica sofreu alterações nas suas funções por conta da religião, economia, política, acesso ao saber e os modos de procriação, sendo substituída por interesses de vida em comum e de afeto natural.

Portanto, a evolução da família brasileira provocou profundas mudanças no Direito de Família, nesta perspectiva, o afeto como nova identidade familiar, vem ganhando atenção do operador do Direito e sendo reconhecido judicialmente (PEREIRA, 2005, p. 220). Dessa forma, o princípio de afetividade até então visto de forma subjetivo

– uma vez provocado, vem ganhando atenção do Poder Judiciário no Brasil.

Desse modo, a família moderna se caracteriza pela afetividade, tal característica passou a ser reconhecido como elemento principal da família, bem como no âmbito social e nas esferas jurídicas. Desse modo, a contribuição social da família

moderna brasileira é oferecer um desenvolvimento saudável como dever conforme previsto na Constituição de 1988.

Para Branco (2006, p. 203.), surgiram “conflitos na função social da família brasileira” mediante a sua evolução. Tais conflitos vêm gerando novas obrigações que ainda não estão bem fundamentadas e totalmente dispostas no ordenamento jurídico, mas que abrem lacunas, ou seja, precisam ser sanadas, um dos casos é exatamente o objetivo deste artigo.

2.1 Princípios concernentes a pessoa humana

Para compreender a família moderna brasileira é necessário entender os princípios que a norteia a partir da Constituição de 1988. Por sua vez, no Art.1º, III da Carta Magna de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou relevância.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana no Brasil ganhou um conteúdo amplo envolvendo valores individuais de liberdade: ser, pensar e criar; Materiais como: saúde, alimentação, lazer, etc. Segundo a doutrina, a *dignidade da pessoa humana*, quando interpretada à luz da Constituição, consigna uma *sobreprincípio*, apoiado por demais pórticos constitucionais (BULOS, 2008, pág. 393).

Nesse limiar, o princípio da afetividade é extraído diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Permite-nos considerar que para o desenvolvimento pleno e perfeito da vida humana – principalmente da criança, requer um meio emocionalmente saudável.

Portanto, é na família a iniciação social da pessoa humana, ou seja, da criança, uma vez retirada essas condições de vivência e experiência familiar, que segundo Lima (2013, pág. 14), alarga-se a possibilidade de *patologias psicológicas* no ser humano quando adulto.

Lôbo (2014, p. 65) afirma que o princípio da afetividade se fundamenta “na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia

sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” presentes na família. Sendo indispensável, portanto, o princípio de paternidade responsável expressamente garantido no art. 227, §7º da Constituição Federal de 1988, que segundo Gama (2008, p. 78), deixa de forma clara que ao homem, compete de maneira livre a formação da família e seu planejamento.

Por sua vez, o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 – Direito de Família, aborda o *princípio da solidariedade familiar*, ou seja, é essencial que todos sejam responsáveis para proporcionar uma condição de vida digna comum a todos os membros da família (MORAES, 2006. p.46). Daí surge o *princípio da convivência familiar*, ou seja, geralmente é na família que a crianças nasce, cresce, convive, desenvolve sua personalidade, encontra amparo, conforto e refúgio.

2.2 Conceito de paternidade

Para aprofundarmos no tema pertinente ao Direito da Família, se faz necessário conceituar o que é *filiação* e *paternidade*. Neste sentido, levando em consideração a etimologia das palavras, filiação vem do latim *filatio*, que significa procedência, dependência, enlace, laço de parentesco dos filhos com os pais (LÔBO, 2014). Por conseguinte, paternidade vem de *Pater*, expressão em latim que deu origem a palavra pai, bem como progenitor, alguém que gera antepassado.

Por sua vez, o Direito de Família brasileiro reconhece a filiação biológica e não biológica, não existindo mais exclusividade sobre a primeira. Lôbo (2014) explica que no Brasil, a filiação é conceito único, ou seja, não se admite adjetivações ou discriminações porque desde a Constituição de 1988, não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva ou filiação adulterina.

Dessa forma, a unificação do conceito, serviu para equiparar a filiação biológica a de qualquer outra origem, como por exemplo, a socioafetivas. Trata-se de um elo jurídico e de afeto entre pais e filhos independente de bagagem genética.

Para Nicolau Jr., “O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a

ele”. Portanto, a paternidade/filiação biologicamente, transcorre desde a concepção, da gestação de um filho gerado como fruto de união sexual entre homem e mulher. Portanto, no direito, para que a paternidade biológica se torne paternidade jurídica é necessário o reconhecimento para que então existam os efeitos legais.

Para Lôbo (2014), o estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. Dessa forma, à paternidade afetiva, esta tem origem por meio da relação de empatia entre dois seres com vínculos estabelecidos no convívio familiar.

O termo “sócio” indica um aspecto social da *afetividade* mediante a relação pai e filho ou mãe e filho em uma família – grupo social mais antigo no mundo humano. É a partir desse fenômeno sociopsíquico que se poderá analisar o que seja paternidade “socioafetiva”.

No Código Civil de 2002, em seu art. 1.593, verificamos a possibilidade do reconhecimento legal da paternidade socioafetiva e enseja outras hipóteses de parentesco, ou seja, quando menciona que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”. Tal lacuna da lei pode dar guarida à “paternidade socioafetiva”, ainda que o legislador não tenha tido essa intenção.

2.3 A valor da relação entre pais e filhos

Verificamos acima a importância da família para o desenvolvimento pleno da criança, principalmente, a afetividade entre pais e filhos. Desse modo, o meio familiar é de grande relevância para formação do ser humano, em especial, para a criança e adolescente.

Portanto, sendo o afeto uma variável constitucional implícita do princípio dignidade da pessoa humana, ganha importância na esfera familiar, pessoal e jurídica, por ser um elemento constitutivo do núcleo familiar. Lôbo (2007, p. 27) destaca quatro elementos da Constituição que embasam o princípio da afetividade:

(a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6º);
(b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º);
(c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).

Portanto, a família da modernidade baseia-se no afeto e no amor, elementos capazes de alicerçar as relações familiares com base no respeito, carinho e da empatia, transformando assim, todos os conceitos tradicionais de família.

Dessa forma, a valorização do afeto como nova identidade da família está presente no Código Civil Brasileiro de 2002, dispõe de dispositivos implícitos sobre afetividade. Para Luiz Edson Fachin (2015),

[...] essa verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente perante o grupo social e a família.

Mediante as palavras do autor, possibilita compreender que o afeto, o amor e a empatia, são os responsáveis pela construção família. Tais princípios permitem que o ser humano estabeleça relações no convívio em sociedade de forma

plenamente saudável. Dessa forma, a elevada necessidade do afeto na formação da personalidade da criança se faz necessário, portanto, é justificável o direito de reparação do dano moral e psicológico gerado pela privação do afeto ao menor.

3 ABANDONO AFETIVO

A ausência dos pais gera falta de referência parental para criança no convívio familiar, causando transtornos psicológicos. Tais transtornos podem ser oriundos de separação dos conjugues, ou filhos que são frutos de relações extraconjugais, ambas as situações geram privação da convivência com o pai ou com a mãe.

Desse modo, à carência de uma assistência afetuosa e o abandono afetivo, surge em decorrência da negligência, da ausência e da distância das relações parentais. Neste sentido, o abandono afetivo se dá quando há a indiferença do genitor com relação a seus filhos, ou o mesmo faça distinção entre eles, ainda que supra toda a assistência material e intelectual da criança ou adolescente, porém, falta o elemento principal que a afetividade em decorrência do amor.

Dessa forma, a ausência de amor e afeto na primeira infância da criança ou no seu desenvolvimento até a adolescência, pode gerar diversos tipos de danos, ocasionando, por exemplo, quadros de depressão, ansiedade, baixa auto-estima dentre outros transtornos psicológicos e/ou comportamentais no convívio familiar e na sociedade.

Para a psicóloga e terapeuta Thais Delboni:

É na chamada primeira infância – a qual compreende as idades entre o nascimento e os 6 anos de idade – que um bom relacionamento afetivo é fundamento, pois é nesse período das nossas vidas que estruturamos o que serão os alicerces da nossa personalidade. Assim, o afeto recebido e trocado ajudar-nos-á a consolidar sentimentos como o amor, a segurança emocional, a compaixão, a amizade, e

valores como a solidariedade, a lealdade, etc., “aprendendo” deste modo a ser pessoas mais tranquilas serenas e felizes.

Considerando as palavras da autora, a afetividade é um elemento substancial do convívio familiar, no que concerne a paternidade responsável, onde a criança deve ser orientada moralmente e assistida materialmente. Nesse caso, a falta de amor e afeto na criança gera danos de reparação questionável, visto que ninguém tem o direito de lesar outrem, se o faz, deverá reparar. Dessa forma, qual o valor do Amor?

Segundo Oliveira (2018) o abandono afetivo pode ser visto como ausência da que a todos são garantidos direitos materiais, morais, espirituais, intelectuais, etc. Tornando dever dos pais a criarem e educar o(s) filho(s). Todavia, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) carrega consigo reflexo dos Princípios Constitucionais no que concerne a convivência familiar, não cotidianamente, mas reforçar os aportes: moral, paternidade responsável, portanto, fere diretamente a dignidade da pessoa humana, visto físico, psicológico, mental e social, suficientes para a transposição digna desta criança à vida adulta, desdobrando-se das ações de assistir, criar e educar os filhos.

Por sua vez, a Lei não expressa que os pais devem amar seus filhos. No entanto, podemos verificar que no ECA e na legislação de Direito de Família, seus artigos suscitarem a ideia de um convívio, da aproximação entre os parentes, vistos no direito à visita, na guarda compartilhada, idealizando uma relação saudável, onde o bem estar do menor proporcione um desenvolvimento completo a criança e adolescente. Desse modo, a jurisprudência pátria evidencia a inclinação para aceitar e determinar a responsabilização por abandono afetivo. Basta analisarmos as mais recentes decisões.

*APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO.
A condenação ao pagamento de indenização, em*

decorrência do abandono paterno, é possível, desde que cabalmente demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, ou seja a omissão paterna, o dano e o nexo de causalidade. Na hipótese, o réu somente soube ser pai do autor por meio de ação de investigação de paternidade, ajuizada quando o filho já contava com 25 anos de idade. Por outro lado, os laços afetivos são construídos ao longo de muitos anos de convivência, e não com a prolação de um provimento jurisdicional. O autor não logrou demonstrar o aventado dano que sofreu, não se desincumbindo do ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo.

O STJ avaliando a possibilidade de uma responsabilização por abandono afetivo, manteve a decisão no sentido de haver tal possibilidade, reafirmando a indenização.

SÃO PAULO – A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) condenou um pai a indenizar em R\$ 200 mil a filha por “abandono afetivo”. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ havia rejeitado indenização por dano moral por abandono afetivo.

O caso julgado é de São Paulo. A autora obteve reconhecimento judicial de paternidade e entrou com ação contra o pai por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. O juiz de primeira instância julgou o pedido improcedente e atribuiu o distanciamento do pai a um “comportamento agressivo” da

mãe dela em relação ao pai. A mulher apelou à segunda instância e afirmou que o pai era “abastado e próspero”. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reformou a sentença e fixou a indenização em R\$ 415 mil.

No recurso ao STJ, o pai alegou que não houve abandono e, mesmo que tivesse feito isso, não haveria ilícito a ser indenizável e a única punição possível pela falta com as obrigações paternas seria a perda do poder familiar.

A ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, no entanto, entendeu que é possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. “Amar é faculdade, cuidar é dever”, afirmou ela na sentença. Para ela, não há motivo para tratar os danos das relações familiares de forma diferente de outros danos civis.

“Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções -, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores”, afirmou a ministra.

“Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”.

A ministra ressaltou que nas relações familiares o dano moral pode envolver questões subjetivas, como afetividade, mágoa ou amor, tornando difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável: dano, culpa do autor e nexo causal. Porém, entendeu que a paternidade traz vínculo objetivo, com previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas. “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”, argumentou a ministra.

No caso analisado, a ministra ressaltou que a filha superou as dificuldades sentimentais ocasionadas pelo tratamento como “filha de segunda classe”, sem que fossem oferecidas as mesmas condições de desenvolvimento dadas aos filhos posteriores, mesmo diante da “evidente” presunção de paternidade e até depois de seu reconhecimento judicial. Alcançou inserção profissional, constituiu família e filhos e conseguiu “crescer com razoável prumo”. Porém, os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna perduraram, caracterizando o dano. O valor de indenização estabelecido pelo TJSP, porém, foi considerado alto pelo STJ, que reduziu a R\$ 200 mil, valor que deve ser atualizado a partir de 26 de novembro de 2008, data do julgamento pelo tribunal paulista.

Vale salientar a ementa do Resp nº 1.159.242 que teve como relatora a Ministra Nancy Andriahi, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. (...) 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. (...) Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e

companhia de cuidado importa em vulneração da imposição legal, ex-surgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.(...) existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. (...) grifo nosso (REsp nº1.159.242 – SP (2009/0193701-9) Rel. Min. Nancy Andrighi).

Por sua vez, baseado no Art. 226, §7º da CF, são as pessoas livres para constituírem ou não um núcleo familiar, porém, após a constituição, é dever de todos os familiares zelar pelo sustento material da família, além de procurar estabelecer uma relação harmoniosa.

Todavia, o novo conceito para família com base no afeto e o exposto com relação ao abandono afetivo, é possível inferir que o afeto não esteja necessariamente conjugado à biologia, ou seja, são os laços familiares que constroem a afetividade, por isso o novo valor jurídico que movimenta a família é o afeto.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS QUANTO AO ABANDONO AFETIVO

Segundo Braga (2011) o dano gerado por alguém está relacionado à ideia de responsabilidade civil. Tal concepção gera a obrigação de reparação de quem causou o dano a quem o sofreu. Portanto, não se trata apenas do cuidado, atenção, mas de responder por suas atitudes e os efeitos gerados.

Romano (2007) destaca que, na Constituição brasileira do Império transformou o código criminal de 1830 em um código cível e criminal pautado pela justiça e equidade, que já contemplava a reparação natural, a indenização, juros reparatórios etc. Em um primeiro momento a reparação era uma condenação

criminal, só depois de algum tempo houve a separação da jurisdição cível e criminal.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 56) afirmam que:

[...] a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva [...], coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.

Todavia, não havendo a necessidade de historicizar, as mudanças ocorridas em 2002, a teoria objetiva conquistou espaço no ordenamento jurídico, vindo com ela à teoria do risco, fundamentada apenas no exercício de atividade perigosa, bastando que se comprove o nexo causal entre o ato e o dano.

Segundo Maria Helena Diniz (1984, p. 35), a responsabilidade civil é a

[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Por sua vez, Gonçalves (2010, p. 20) trata da distinção também entre a obrigação e responsabilidade dizendo que:

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Portanto, a responsabilidade civil tem por finalidade, segundo as palavras dos autores acima mencionados, qualquer que seja a forma sob a qual se manifesta, se faz necessário recompor o patrimônio jurídico lesado de alguém. No entanto, em se tratando de responsabilidade de reparar o dano, é imprescindível também o conceito rápido de dano.

Neste sentido, o dano não deve ser considerado como mera ofensa aos bens econômicos, mas, sobretudo, um processo de modificação da realidade material e imaterial. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 89) apresentam três requisitos mínimos para que o dano seja reparável. Segundo a concepção dos autores, o primeiro deles é a violação de um interesse jurídico, seja patrimonial ou moral, afirmando que “todo o dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito”.

Portanto, na presente discussão, incide sobre a possibilidade de condenar os pais pelo dano causado aos filhos devido ao abandono afetivo. Assim, visto os conceitos de dano e responsabilidade, recordamos que o dano moral é o título dado a violação do bem imaterial.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 71), o dano moral, em sentido estrito, pode ser uma violação do direito à dignidade e, em sentido amplo, uma violação de algum direito ou atributo da personalidade. Dessa forma, o empecilho de promover a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, reside na

característica eminentemente existencial das relações familiares, sendo, portanto, de valor incalculável, o que torna inconciliável com a responsabilidade civil cujo cunho é pecuniário.

Portanto, com base na conceituação de dano moral e no cunho pecuniário da responsabilidade civil que a indenização por abandono afetivo tinha sua viabilidade dificultada, sendo assim, aquilo que não se podia medir, não se podia indenizar, uma vez que a indenização deveria ser exatamente a medida do dano.

Para Cristiano Farias e Nelson Rosendal (2012, p.161) a possibilidade de caracterização de ato ilícito dentro de uma relação familiar conforme as regras gerais relativas aos arts. 186 e 187 do Código Civil é

[...] certa e incontroversa, impondo, por conseguinte, a incidência da responsabilidade civil no Direito das Famílias, com o consequente dever de reparar danos, além da possibilidade de adoção de medidas para eliminação do dano (tutela específica, conforme balizamento do art. 461 do CPC.

Portanto, considerando as palavras dos autores, a obrigação de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de prática de ato ilícito incidem na esfera do Direito das Famílias. Desse modo, “não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiaristas” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.161).

Mas se tratando do abandono afetivo, a grande discussão é sobre o bem jurídico tutelado, ou seja, o Estado não tem alcance para obrigar a existência do afeto entre pais e filhos. Dessa forma, o argumento que reduz a indenização por abandono afetivo a uma simples contrapartida de um afeto não correspondido,

não é concebível com o ordenamento jurídico que se tem hoje, a valorização de um genitor que apenas paga uma pensão alimentícia, a visitação que outrora era direito de um dos pais, hoje é direito-dever, uma vez que a paternidade responsável, é vista como se fazer presente e dar o apoio necessário ao perfeito desenvolvimento físico e emocional da criança.

O abandono afetivo gera danos psicológicos ao menor; tendo o pai plena condição de participar efetivamente da vida do filho, é inescusável não fazê-lo, uma vez que é dever seu, decorrente do poder familiar, o acompanhamento de sua prole. Sobre esta obrigação cabe aqui apresentar enxerto da sentença do Juiz de Direito Luís Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível de São Paulo³:

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art.384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II e 1.638, II). A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. É

evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência frequente, ou mesmo intensa. Por este motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que no âmbito jurídico se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material.

A Constituição de 1988 apresentou um novo conceito de afetividade, portanto, outras pessoas podem ser responsabilizadas por um eventual abandono afetivo, como fora visto o caso do pai socioafetiva também avós são partes possivelmente passíveis de uma ação de indenização por abandono afetivo. Neste sentido, a jurisprudência vem se moldando para, como se pode depreender da decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul⁴:

Ementa: Agravo de instrumento. Regulamentação de visitas. As visitas a filha são um direito desta e um dever dos pais e devem ser fixadas de modo a atender as peculiaridades do caso, permitindo uma saudável convivência da infante com a família paterna, também necessária ao seu desenvolvimento. Agravo parcialmente provido. As dificuldades da indenização por abandono afetivo passam

pela caracterização de tal abandono como atitude ilícita ou não.

O julgado do Recurso Especial n. 757.411/MG1 demonstra bem tal problemática:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL.

REPARAÇÃO.

DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Por sua vez, existe uma dificuldade de debater sobre o tema se apresenta até nas mais altas cortes de justiça do Brasil, haja vista a discordância do Min. Barros Monteiro na sua apreciação do RE supracitado:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Verificamos que o STJ se posicionou contrário a possibilidade do dano moral por abandono afetivo, pode-se observar outras jurisprudências que possibilitam tal indenização. Nesse limiar, requer uma análise mais detida de cada caso é necessária em toda demanda judicial, contudo, quando se trata de Direito de Família e dano moral, tal análise deve ser minuciosa.

Contudo, a reparação do dano moral, embora tenha caráter compensatório para quem o sofreu, muitas vezes não desempenha esse papel, pois de fato não é possível monetizar o amor, mas exerce de forma plena o caráter de sanção àquele que deixou de cumprir seu papel.

Portanto, considerando a finalidade do CC, em seu artigo 186, qualquer um que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, logo será responsabilizado por tal dano. Dito o exposto, fica evidente a necessidade da responsabilização e reparação, não apenas do dano afetivo, mas de uma indenização como um direito natural retirado da criança e adolescente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de família não pode ser rígido na sua forma, mas mutável devido os fenômenos que ocorrem no convívio social, tendo assim que considerar também a evolução da sociedade. Neste limiar, o operador do Direito precisa observar a renovação que houve na formação das famílias, ou seja, os novos tipos de família protegidos pelo ordenamento jurídico, o novo conceito de família baseada na afetividade, a família socioafetiva, o pátrio poder que se tornou o poder familiar e a grande e principal mudança, o amor como elo das relações.

Por conseguinte, passou existir uma necessidade do ordenamento jurídico de acompanhar as mutações sociais, tornando mais evidente no Direito das Famílias, que antes, suas atenções estavam voltadas nas estruturas familiares.

Por todo exposto até o momento, infere-se que os direitos dos filhos estão dispostos e positivados na CF/88, o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III da Constituição Federal), o direito a convivência familiar (artigo 227, caput da Constituição Federal), o direito a paternidade responsável, o planejamento familiar (artigo 226, § 7º da Constituição Federal) e o direito da absoluta prioridade que merece ser dispensada à criança e ao adolescente são o lastro jurídico que fortalecem e embasam a tese exposta.

Dentre estas possíveis responsabilizações, está a responsabilidade pelo abandono afetivo. Desse modo, a falta de afeto na relação interpessoal que a cada dia mais cresce nos lares desfeitos, é possível observar a importância da assistência afetiva no desenvolvimento da criança.

A responsabilização pelo abandono afetivo, assim como qualquer outro tipo de responsabilidade civil só surgirá pela falta de cuidados dos responsáveis pelo desenvolvimento da criança ou do adolescente. Por isso, para que exista num futuro não tão distante uma sociedade mais saudável do ponto de vista emocional, é necessário responsabilizar aqueles que causam o dano direto a dignidade da pessoa humana, que negligenciam o afeto.

Por sua vez, a responsabilização civil por abandono afetivo, não tem o intuito de promover o reencontro amoroso e filial entre pais e filhos, caso tal efeito seja alcançado será extremamente salutar. Contudo, a reparação do dano é uma forma de demonstrar aos pais a necessidade e a importância de cumprir com as obrigações constitucionalmente atribuídas a eles.

Desse modo, a reparação do dano afetivo não deve ser visto como um ato de vingança ou como forma de adquirir o amor de outrem, mas uma forma de responsabilizar quem comete o dano afetivo e demonstrar a relevância do afeto no desenvolvimento social, psicológico e emocional da criança e adolescente. Assim, o abandono afetivo permite a compensação em pecúnia aquele que teve ferido o direito de personalidade, decorrente de ato ilícito dos pais que descumpriu seus deveres familiares.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRAGA, Denise Menezes. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, 2011. Monografia (Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito) – Universidade do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.ci.vil.por.abando.no.afetivo.pdf>>. Acesso em: 12 maio de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

COULANGES, Fustel de, **A cidade antiga**. In. LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DELBONI, Thais. A importância do Amor na Primeira Infância. Disponível em: <<<http://www.coisasdecrianca.com/artigos/?idArtigo=126>>> Acesso em 07 de maio de 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Apud* Carlos Roberto Gonçalves; **Direito de Família**; São Paulo: Saraiva 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2012

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4 : responsabilidade civil – 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil**. v.3, 4ª. ed., rev. – atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). STJ condena pai a indenizar filha por abandono afetivo. Disponível em:
<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/123897812/stj-condena-pai-a-indenizar-filhapor-abandono-afetivo>. Acesso em 08 de maio de 2018.

JUNIOR, Mauro Nicolau In: DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? Disponível em:
<<<http://www.sedep.com.br/artigos/quem-e-o-pai/>>>. Acessado em: 05 de maio de 2018.

LIMA, Anna Carolina Dias. **Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo parental**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura, 2013.

LÔBO, Paulo. Apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1984.

MADALENO *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da dignidade humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Luciane Dias. Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira. Disponível em:
<<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>> Acesso em 07 de maio de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da União Estável**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed., rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROMANO, Tatiana Brito. 2007. Disponível em:
<<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=450>> Acessado em 18 de maio de 2018.

[3] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 31ª Vara Cível Central de São Paulo. Processo nº 01.36747-0. 26 de junho de 2004.

[4] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70004409876. Oitava. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. J. 15.8.2002.

¹Graduando do Curso de Direito. E-mail: alemao11223@gmail.com. Artigo Apresentado a Faculdade Interamericana de porto velho-UNIRON.

²Prof. Orientador Luciane Lima Costa e Silva Pinto. Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente (UNIR). Especialista em Políticas públicas (UFRJ). Especialista em Direito Constitucional. Professora de Direito. E-mail: luciane.pinto@uniron.edu.br

[← Post anterior](#)

[Post seguinte →](#)

RevistaFT

A RevistaFT (Fisio&terapia) é uma Revista Científica Eletrônica Multidisciplinar Indexada de Alto Impacto e Qualis “B2” em 2023. Periodicidade mensal e de acesso livre. Leia gratuitamente todos os artigos e publique o seu também [clikando aqui](#).



Contato

Queremos te ouvir.

WhatsApp: 11 98597-3405

e-Mail: contato@revistaft.com.br

ISSN: 1678-0817

CNPJ: 48.728.404/0001-22

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação do Ministério da Educação (MEC), desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação.

Conselho Editorial

Editores Fundadores:

Dr. Oston de Lacerda Mendes.

Dr. João Marcelo Gigliotti.

Editora Científica:

Dra. Hevellyn Andrade Monteiro

Orientadoras:

Dra. Hevellyn Andrade Monteiro

Dra. Chimene Kuhn Nobre

Dra. Edna Cristina

Dra. Tais Santos Rosa

Revisores:

Lista atualizada periodicamente em revistaft.com.br/expediente Venha fazer parte de nosso time de revisores também!

Copyright © Editora Oston Ltda. 1996 - 2023

Rua José Linhares, 134 - Leblon | Rio de Janeiro-RJ | Brasil