

**ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
A FALTA DE CUIDADO COMO ATO ILÍCITO À LUZ DO ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL DO STJ**

Thais Sanches Alves¹

Nara Mariano Pereira Xavier Rego²

RESUMO

O presente artigo visa analisar o abandono afetivo paterno/materno filial e seu reflexo na esfera da responsabilidade civil. Desta forma, referido tema está atrelado a esclarecer a possibilidade de configuração da responsabilidade civil ante a inobservância do dever jurídico de cuidado, conforme entendimento da Corte Superior. Nesse passo, o presente estudo seguirá algumas etapas, iniciando-se com a discussão em relação a evolução do conceito de família e a influência do princípio da afetividade nas relações familiares. Seguindo-se com a análise dos efeitos do abandono afetivo na formação do indivíduo, com posterior definição de responsabilidade civil e do dano moral, finalizando-se com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-Chave: Abandono Afetivo. Ato ilícito. Dano moral. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This article aims to analyze the affective paternal/parental child abandonment and its reflection in the sphere of civil responsibility. Thus, this topic is linked to clarifying the possibility of configuring civil liability in the face of non-compliance with the legal duty of care, as understood by the Superior Court. In this step, the present study will follow some steps, starting with a discussion regarding the evolution of the concept of family and the influence of the principle of affectivity in family relationships. Continuing with the analysis of the effects of emotional abandonment in the formation of the individual, with subsequent definition of civil liability and moral damage, ending with the understanding of the Superior Court of Justice.

¹ Bacharelada em Direito no Centro Universitário do Vale do Ribeira – UNIVr.

² Advogada, Graduada em Direito pela Faculdade Educacional Araucária - Facear, Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professora do Centro Universitário do Vale do Ribeira – UNIVr.

Keywords: Affective Abandonment. Unlawful act. Moral damage. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

O abandono afetivo paterno/materno filial praticado por ascendentes em relação a descendentes, como será demonstrado, encontra definição através da legislação e dos institutos do direito de família. Em breve síntese, tal definição refere-se a falta de cuidado, que é um dever intrínseco pertencente as relações familiares.

A responsabilidade civil, assunto que também será abordado na presente pesquisa, por sua vez, refere-se à obrigação de reparar os danos sofridos em razão de uma ação ou omissão. No entanto, para que tal reparação seja verificada, se faz necessário o preenchimento de pressupostos legais, o que se explica, por exemplo, quando há o cometimento de um ato ilícito ou dano moral, que, em regra, exige a reparação.

Ademais, se restará demonstrado no presente artigo que, em relação ao tema, existe a corrente negativa que entende a impossibilidade da responsabilização civil, sob o argumento de que a ausência de contato dos pais em relação ao filho não necessariamente gerará danos. Contudo, entende referida corrente que, a fixação de dano moral configuraria patrimonialização do afeto e não traria solução ao problema.

Por outro lado, há a corrente positiva, a qual entende que no presente caso estão preenchidos os elementos necessários, quais sejam o ato ilícito, nexo de causalidade e o dano. Portanto, para essa corrente, a omissão de um dos pais para com a convivência, cuidado e responsabilidade com o filho configura ato ilícito. Corroborando com esse entendimento, é o posicionamento exarado pela Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, pela Ministra Nancy Andrighi, em que se resume a seguinte frase “Amar é faculdade, cuidar é dever jurídico” [...]

Dessa forma, observa-se que, há controvérsias que demonstram a dificuldade em se visualizar o dano moral na esfera do direito de família, entretanto, o que se busca nesse artigo, é a possibilidade de defender a necessidade da responsabilização civil em casos de abandono afetivo. Inclusive, se buscará ainda no decorrer da pesquisa, enfatizar acerca dos efeitos negativos, às vezes irreversíveis, que tal conduta causa ao indivíduo.

Nesse passo, referido artigo abordará acerca do conceito de família, que sofreu mudanças com o tempo a fim de atender os anseios sociais, como, o de atender o princípio da afetividade, pilar das relações familiares. Além disso, será trazido à tona a definição da responsabilidade civil e do dano moral, demonstrando com isso a sua aplicação em relação ao tema proposto.

Ainda, no que tange especificamente ao dano moral, conforme acima abordado, terá destaque as discussões acerca de casos concretos que versam sobre a possibilidade ou não da reparação civil, com o intuito de demonstrar que, se uma vez identificado o abandono afetivo, as vítimas desse abandono possam ser devidamente compensadas pelos danos que lhe foram causados.

Por fim, será demonstrado na presente pesquisa que é por meio dessa indenização, em decorrência de seu caráter punitivo e pedagógico, que se procura evitar a ocorrência do abandono afetivo. Mas, para tanto, se procurará destacar e esclarecer a importância de se adotar a corrente positiva, a qual aborda a citada questão, com a finalidade de oferecer suporte às vítimas do abandono.

1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1. EVOLUÇÃO CONCEITUAL E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS, COMO O DA AFETIVIDADE – PILAR NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. (DIAS, 2015, p.97)

Ademais, é certo que não há um conceito fixo de família, pois é natural que surjam novos tipos familiares.

Nesse sentido está a posição do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), que publicou em sua “Cartilha das Famílias” o seguinte entendimento:

O conceito de família, portanto, não é uma acepção rasa e fechada. Como as famílias estão em constante dinamismo não pode haver uma positivação única para todas elas. A questão é lógica, visto que não pode o sistema restringi-las a meras convenções não correspondentes na maioria das vezes à realidade fática. O judiciário, assim, não deve ir contra o clamor social, que nem sempre é de uma maioria, pois é o Direito quem deve acompanhar os fatos e não o contrário. A família perdeu sua preponderância como instituição e passou a ser muito mais o núcleo formador do sujeito. Se, atualmente, os laços familiares estão fincados no afeto e não mais essencialmente na reprodução sexual ou em fatores econômicos, é natural que surjam novos tipos familiares. (PARANAGUÁ, 2017, online)

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece o dever jurídico de cuidado ao Estado, a família e sociedade, a fim de assegurar às crianças e adolescentes direitos fundamentais:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, Art. 227)

Ao se referir ao Art. 227, da Constituição Federal, o Jurista Paulo Luiz Neto Lobo (2008, p.06) esclarece que:

A convivência familiar, que o art. 227 da Constituição considera integrante do melhor interesse da criança e do adolescente, é fato entretido em relações sociais duradouras, com objetivo de constituição de família, o que as distingue de outras relações sociais. A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real.

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 407), “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação”, mas, para que seja aplicada essa responsabilização civil na esfera familiar é necessário haver cautela para se analisar caso a caso, a fim de verificar os pressupostos necessários para caracterização do abandono afetivo e a consequente incidência das regras do instituto da responsabilidade civil.

Assim, apesar da existência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários e favoráveis em relação ao tema da responsabilidade civil, os quais serão discutidos ao longo do trabalho, cabe ressaltar que conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, à exemplo do julgamento do REsp 1.159.242/SP, foi reconhecido o cuidado como valor jurídico, sendo o abandono afetivo caracterizado como ilícito civil, capaz de resultar no dever de indenizar. (STJ: REsp 1159242/SP 2009/0193701-9. Relatora: Nancy Andrichi – Publicação: 10/05/2012).

Desse modo, em um primeiro momento, para tratar do tema em discussão, se faz necessário entender os aspectos gerais do direito de família, a evolução conceitual e a importância dos princípios, como o da afetividade – pilar das relações familiares.

No que tange a família, deve-se destacar que se trata de um dos conceitos jurídicos que mais sofreu transformações com o tempo, atendendo a valores e práticas sociais.

Importante destacar que, com o passar dos anos além da família tradicional formada pelo casamento entre homem e a mulher, o conceito de família teve grande ampliação, abarcando as mais diversas modalidades, como a monoparental, anaparental, entre outras. Mas, o que todas as famílias têm em comum, é o afeto como o elemento essencial para se verificar a formação da família, sendo este tão importante quanto os laços sanguíneos.

O princípio da afetividade, portanto, é essencial para estudar o direito de família, sendo verificado em todas as modalidades. Assim, conforme o entendimento da doutrina, verifica-se que a afetividade não é exercida dentro do ambiente familiar unicamente como um sentimento, o instituto traz uma responsabilidade por parte dos pais, caracterizando-a como um valor.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 06), “a afetividade no campo jurídico vai além do sentimento, e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isto o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil”.

Neste sentido, deve-se compreender a afetividade como um dever imposto nas relações familiares, sendo que atrelado aos demais princípios como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, entre outros, apresentam embasamento para responsabilizar o abandono afetivo quando concretizado.

Portanto, “o afeto é, além de um valor de extrema relevância para o mundo jurídico, mas, também um princípio balizador, que permeia todo o Direito”. (GHILARDI, 2015, p. 113).

Por fim, resta-se demonstrada a importância de entender o afeto como verdadeiro alicerce dentro do ambiente familiar.

2. ABANDONO AFETIVO PATERNO/MATERNO FILIAL: CONFIGURAÇÃO E EFEITOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS

O abandono afetivo, em resumo, se configura quando há ausência de cuidado. Isto ocorre tanto na relação paterno/materno filial, quanto em relação aos filhos para com os pais, porém, o foco do presente artigo está em discutir acerca do abandono praticado por ascendentes em relação aos descendentes.

Inicialmente, cumpre asseverar que o abandono afetivo refere-se a necessidade de prestar cuidado e atenção, bem como, da existência de convivência, que colaboram com a formação do ser humano. A falta desses tratamentos, pode gerar efeitos indesejados, danos estes que podem perdurar por toda a vida do indivíduo.

Rizzardo (2007, p. 685) ao se referir ao assunto atinente ao tratamento afetivo, esclarece que:

Desde o nascimento, o carinho, a atenção, a envolvente presença física, são indispensáveis para o crescimento e o desenvolvimento sadio e normal do ser humano. A ausência de tratamento afetivo e carinhoso pode acarretar insegurança, rebeldia e revoltas na criança, que evoluem para os desajustes sociais e os mais variados traumas na medida em que se dá o crescimento e se alcança a vida adulta.

O tratamento afetivo, carinhoso, amoroso, atencioso, cuidadoso, de constante presença e acompanhamento, é indispensável para a personalidade normal e ajustada, para a adaptação do meio social, e para a integração no campo das atividades.

Desta forma, verifica-se que a afetividade se destaca como sendo um importante fator na vida dos filhos, proporcionando-lhes um melhor desenvolvimento e uma excelente formação. Ademais, a afetividade não está atrelada somente a atender as necessidades dos filhos, mas, deve também ser entendida como uma responsabilidade inerente ao poder familiar.

No tocante a importância do afeto, Madaleno (2007, p. 113) afirma que:

[...] mostram a lógica e o bom-senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto dos seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos. Pouco importa sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais a obrigação de exercerem sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole, mesmo que um filho só crescerá de forma saudável, através das salutares construções que importam na ausência de rupturas dos vínculos socioafetivos.

Assim, a afetividade não deve ser interpretada somente como uma necessidade, mas como uma responsabilidade dos pais com seus filhos, 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, 2012, p. 312).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL NO SEIO DA FAMÍLIA

A responsabilidade civil se configura quando presentes os elementos, quais sejam, conduta, nexo de causalidade, dano (e em caso de responsabilidade subjetiva, a culpa). Deste modo, quando presentes esses elementos, o causador deve ser responsabilizado.

Na esfera do direito de família, é difícil discutir acerca da responsabilidade civil, porém, já existem entendimentos favoráveis a respeito, como é o caso do abandono afetivo, o que será demonstrado posteriormente.

Para Karow (2012, p. 164) a responsabilidade civil no âmbito familiar é considerada como sendo um tipo de responsabilidade mais “delicada”:

A responsabilidade civil no seio da família é o tipo de responsabilidade mais “delicada” que pode ser estudada, pois confronta dois princípios muito próximos em si mesmos, aquele que coloca a dignidade do membro familiar acima de qualquer

circunstância com aquele que dispõe sobre a função social da família e a limitação da intervenção estatal.

Por outro lado, no Direito de Família, a responsabilidade civil está presente nas relações entre pais e filhos, encontrando suporte na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil.

Nesse sentido, explica Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p.400) que:

Nas relações familiares, o princípio da responsabilidade civil está presente principalmente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetivo de seus filhos. Neste caso, além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica que se traduz em vários artigos do Estatuto da Criança e do Código Civil. É ausente o pai e a mãe que contribui somente com o sustento material para a criação dos filhos.

A Constituição Federal, traz em seus artigos 226, §7º e 229, a juridicidade ao dever de cuidado recíproco entre pais e filhos, bem como seu artigo 227, trata a criança e o adolescente com prioridade absoluta e proteção integral:

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

[...]

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

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

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, Constituição Federal de 1988)

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus arts. 3º e 4º preveem a estes o gozo de todos os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana e estabelecem como dever da família assegurar a efetivação destes direitos:

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990)

Além dos artigos supramencionados, os artigos 7º e 19 asseguram a convivência familiar e o desenvolvimento digno da criança e do adolescente, e no mesmo sentido o artigo 22, também do ECA, prevê o dever dos pais na educação de seus filhos:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

[...]

Art. 19 É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

[...]

Art. 22 Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990)

O Código Civil, também dispõe acerca da responsabilização dos pais por seus filhos, à exemplo dos artigos 1.566, inciso IV e 1.634, inciso II:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

[...]

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

[...]

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (BRASIL, Código Civil, 2002)

Diante dos referidos dispositivos legais, verifica-se o quanto que essa responsabilidade dos pais por seus filhos integra o poder familiar.

Nesse sentido, explica Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] a responsabilização dos pais pela condução da educação e criação de seus filhos está prevista na legislação infraconstitucional. O Código Civil dispõe nos artigos 1.634, inciso II, e 1.566, inciso IV, que eles são responsáveis pela criação e educação dos filhos. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente traduz em regras e desdobra os princípios constitucionais essa responsabilidade em seus artigos 3º, 4º, 22 e 33. Portanto, é um imperativo, um dever, expresso no Ordenamento Jurídico. (PEREIRA, 2015, p. 402).

Por todo o exposto, observa-se que, o dano moral surge quando existe a falta do exercício e do cumprimento por parte dos genitores dos deveres acima mencionados. Portanto, a falta de cuidado, pode ser entendida como ato ilícito, logo, passível de indenização, como será devidamente demonstrado.

O dano moral, em seu contexto geral, deve ser entendido como uma lesão, que atinge o ser humano, de modo que deve ser reparado através da indenização, que se tratando do tema em pauta, possui caráter punitivo e pedagógico.

Nesse sentido, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2014, p. 107).

Em regra, o dano moral deve ser comprovado para que seja indenizável. Com exceção, o dano moral *in re ipsa*, que dispensa prova.

A respeito desse instituto:

O dano moral em regra precisa ser provado pela parte que alega tê-lo sofrido. Porém, a doutrina criou uma outra modalidade de dano moral, denominado *in re ipsa*, onde basta a alegação de tê-lo sofrido, para se presumir que ele de fato ocorreu. Trata-se de uma modalidade de dano moral, que só se justifica pela gravidade do fato que a vítima teve que suportar, motivo pelo qual ninguém coloca em dúvida que o dano ocorreu. A doutrina explica que certos prejuízos que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios fatos). (BARBOSA; MADALENO, 2015, p. 75).

Ademais, o entendimento a ser defendido é no sentido de que havendo dano, deve haver compensação para vítima e punição ao agressor (caráter compensatório e punitivo), assim, além de ser pedagógico essa compensação, busca-se evitar que o agressor pratique novamente a conduta.

Por fim, cumpre esclarecer que, todas as discussões acima levantadas serão realizadas dentro da esfera do direito de família, o que será feito. Ademais, repita-se, existem correntes que são favoráveis e contrárias quanto a possibilidade de fixação de indenização por abandono afetivo, correntes estas que serão devidamente analisadas a seguir.

4. CORRENTE POSITIVA E NEGATIVA: FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

A discussão a respeito da possibilidade do dano moral por abandono afetivo não é pacificada na doutrina, de modo que existem duas correntes.

Há doutrinadores que entendem que há possibilidade de indenização – fazendo parte da corrente positiva, bem como há outros que buscam afastar a condenação do dano moral – fazendo parte da corrente negativa.

Para a corrente positiva, a falta de afeto prejudica o desenvolvimento do indivíduo, gerando danos, em alguns casos de forma permanente, merecendo, portanto, a condenação de danos morais.

Para essa corrente, “não se trata de “monetizar o afeto”, mas sim de punir a falta de cumprimento das obrigações parentais, de compensar o dano causado e desestimular ações semelhantes no futuro” (DAL LAGO; OLTRAMARI, 2014, p. 133).

Desta forma, a indenização nestes casos serviria para desempenhar um papel pedagógico no seio das relações familiares, de modo que já existem jurisprudências favoráveis ao tema, a fim de oferecer a devida proteção e amparo legal as vítimas.

Por outro lado, adeptos da corrente negativa defendem “a impossibilidade de monetizar as relações afetivas e de obrigar alguém a amar ou de impor judicialmente o encargo de oferecer amparo afetivo” (DAL LAGO; OLTRAMARI, 2014, p. 133).

Inclusive, a corrente negativa justifica seu entendimento na dificuldade de comprovar o dano sofrido, haja vista seu caráter subjetivo.

Além disso, referida corrente, baseia-se também na dificuldade de enquadrar a falta de cuidado como sendo um ato ilícito e ainda no fato de que a condenação em danos morais não iria compensar eventual dano sofrido pela omissão.

Assim, analisando mais afundo cada uma das correntes, aqueles que defendem a corrente positiva levam em conta que:

[...] a frustração da expectativa de receber afeto, amor, carinho e consideração [...] gera um vazio no seu desenvolvimento, motivo pelo qual têm ensejado diversas ações que visam à indenização pelo abandono afetivo” (DAL LAGO; OLTRAMARI, 2014, p. 130).

Dessa forma, para essa primeira corrente aquele que é omissos em suas responsabilidades, deve ser responsabilizado civilmente, através da condenação ao pagamento de danos morais ao indivíduo que foi privado do afeto, do cuidado, da convivência.

Cumpra-se destacar, que para grande parte dos defensores da possibilidade de dano moral por abandono afetivo, ainda não há um consenso acerca de como deverá ser a reparação, devendo ser analisado o caso concreto.

Portanto, se os pais não cumprirem com seus deveres inerentes ao poder familiar, o estado deverá impor essa obrigação.

A esse respeito foi proferida decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgada em razão da apelação cível nº 0004396-81.2012.8.24.0090, de relatoria do Desembargador Jorge Luís da Costa Beber, em 17 de dezembro de 2015, em que ficou decidido que:

O ilícito comumente chamado de “abandono afetivo” nada mais é do que a atitude omissiva dos genitores no cumprimento dos deveres de ordem sentimental e moral (não raramente também material) decorrentes do poder familiar legalmente estabelecidos, dentre os quais se destacam os de prestar assistência, educação, atenção, carinho, amor e orientação para a boa formação da criança e do adolescente. O que enseja o ilícito civil e, por conseguinte, a compensação pecuniária, é o descumprimento dos deveres jurídicos do poder familiar, e não a falta de afeto por si só. [...] In casu, conforme bem esmiuçado pela Magistrada a quo em sua bem lançada sentença, dos depoimentos pessoais das partes e da oitiva da testemunha arrolada, não restam dúvidas de que o genitor (Réu) sempre soube da existência da Autora, e que, possivelmente, era sua filha, mas ainda assim, jamais buscou a verdade ou prestou-lhe qualquer tipo de assistência, seja moral ou material. [...] Assim, por estar claro nestes autos o abandono afetivo sofrido pela Demandante, com o cristalino descumprimento pelo Demandado dos deveres inerentes ao poder familiar – dever legal de cuidado – a sentença que condenou o Demandado ao pagamento de compensação pecuniária mostra-se adequada. (TJSC, AC n. 0004396-81.2012.8.24.0090, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 17-12- 2015). Grifo nosso.

Desta forma, referida decisão, julgou procedente o pedido a fim de condenar o réu ao pagamento de danos morais por abandono afetivo no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Em contraposição, aqueles que fazem parte da corrente negativa, entendem que não deve haver indenização. Argumentam que “não há dúvidas de que a ausência de contato do pais em relação ao filho pode causar vários transtornos, mas não é possível afirmar de que necessariamente essa ausência gerará danos” (GHILARDI, 2015, p. 222).

Além disso, entendem que a judicialização não traria solução ao problema, mas, afastaria ainda mais o pai do filho, entendendo que a “intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada. O amor é resultado de algo alheio ao nosso entendimento, e não da coação” (CASTRO, 2008, p. 20).

A esse respeito, inclusive, foi proferida decisão, também no ano de 2015, em que foi julgado o Recurso Especial nº 1.374.778/RS de relatoria do Ministro Moura Ribeiro que

manteve a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e não acolheu a pretensão de danos morais por abandono afetivo sob a seguinte ementa:

CIVIL E FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. **PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DE ABANDONO AFETIVO POR OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.** 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente. 2. **O desconhecimento da paternidade e o abandono a anterior ação de investigação de paternidade por mais de vinte anos por parte do investigante e de seus representantes, sem nenhuma notícia ou contato buscando aproximação parental ou eventual auxílio material do investigado, não pode configurar abandono afetivo por negligência.** CIVIL E FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MULTA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. MULTA DEVIDAMENTE APLICADA. PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DA COISA JULGADA FORMAL EM DETRIMENTO DO DIREITO DE PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente. 2. Demonstrada a indisfarçável pretensão de se alterar a verdade dos fatos e a dificuldade na busca da verdade real, justifica-se a aplicação da multa do por litigância de má-fé, na forma do inciso II do art. 17 do CPC. 3. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior já proclamou que em ações de estado, como as de filiação, não se apresenta aconselhável privilegiar a coisa julgada formal em detrimento do direito à identidade, consagrada na CF como direito fundamental. Precedentes. Recursos especiais não providos. (Resp 1374778/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, Dje 01/07/2015). Grifo nosso.

No caso em tela, entendeu-se que não houve indenização por abandono afetivo, considerando que o pai não tinha conhecimento de que possuía um filho, não se caracterizando como abandono afetivo o fato de não ter buscado saber sobre a filiação, conforme explica o Ministro Moura Ribeiro:

O abandono afetivo, entendido como a falta de cumprimento dos pais para com seus filhos com relação aos deveres inerentes ao poder familiar, não poderia se configurar em relação ao investigado, ainda que a título de culpa, porque não tinha o dever legal de ir procurar saber da suposta filiação que lhe fora atribuída. Também, no campo da moral, que não é sancionado pelo direito, não se podia exigir do investigado outro comportamento porque jamais teve plena certeza da filiação (Resp 1374778/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, Dje 01/07/2015).

Não há dúvidas que o questionamento acerca da possibilidade de identificar a responsabilidade na seara do direito das famílias é delicado.

Mas, é certo que já houve a sua configuração em diversas circunstâncias, como por exemplo, a fixação de multa em casos de identificação da síndrome de alienação parental³.

Entretanto, há quem entenda que se tratando de abandono afetivo de um dos pais, o que pode acontecer é a perda do poder familiar e não a indenização por dano moral.

Assim, “temos a destituição familiar como punição civil mais grave aos pais relapsos. Aplica-se a medida àquelas situações em que o genitor possui sérios desajustes, associados ao abandono não só afetivo” (CASTRO, 2008, p. 19).

Apesar de não ser um tema pacífico, o questionamento tem gerado resultados, pois há casos que se fixa o dano moral com o objetivo de se buscar a transformação da afetividade em obrigação dos pais em face da prole, obrigação que pertence ao poder familiar.

Portanto, ainda que haja dificuldade na comprovação do dano, haja vista seu caráter subjetivo, bem como, em enquadrar a omissão como ato ilícito, deve ser compreendido que a intenção da responsabilização não será obrigar o amor, mas despertar a responsabilidade e o cuidado do pai em relação ao filho.

Nesse sentido, é o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 761) que, ao abordarem sobre o assunto da responsabilização pelo abandono afetivo, esclarecem:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida.

Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

Desta forma, diante das ponderações acima realizadas no tocante aos posicionamentos favoráveis e desfavoráveis em relação a fixação de indenização por abandono afetivo, necessário se faz passar a análise da jurisprudência da Corte Superior.

5. A FALTA DE CUIDADO COMO ATO ILÍCITO À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

³ Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância caracterizado pela doutrinação do menor, usualmente por parte do genitor guardião, a fim de alienar o outro progenitor da vida da criança. MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental.** Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/431184134/sindrome-da-alienacao-parental>. Acesso em: 04/11/2021.

Após as considerações levantadas no decorrer do presente artigo, cumpre destacar o posicionamento do STJ diante dessa temática que gira em torno da responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo.

O Superior Tribunal de Justiça em julgamento realizado no dia 24 de fevereiro de 2012, abordou referido assunto da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Resp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, Dje 10/05/2012).

Assim, como consta da citada ementa, o recurso foi parcialmente provido, determinando a possibilidade do dano moral por abandono afetivo, que já tinha sido concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A ministra afastou a argumentação do réu de que a única punição pelo abandono seria a perda do poder familiar, condenando este ao pagamento de danos morais.

Ademais, ainda no tocante ao referido julgado, o STJ ao se manifestar em relação as responsabilidades dos pais para com os filhos, destacou a possibilidade de se reconhecer a ocorrência da ilicitude civil gerada pela omissão dos pais em relação ao dever de cuidar da prole, destacando ainda que os pais assumem obrigações jurídicas em relação aos filhos, as quais ultrapassam as chamadas *necessarium vitae*:

[...] é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de

outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc. (Resp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, Dje 10/05/2012).

A Ministra Nancy Andrichi ao se manifestar em relação a alegação da defesa no tocante a impossibilidade de se obrigar a amar, ressaltou que “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 [...] Amar é faculdade, cuidar é dever”. Assim, “a comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão”.

Em relação ao dano e nexos de causalidade, muito se discute sobre a dificuldade de comprovação, mas, nesse julgado em análise, a Ministra defendeu que a realização de laudo formulado por especialista que aponte patologia psicológica pode comprovar a ocorrência dos elementos da responsabilidade civil. Entretanto, não deve se limitar a isso, no caso em comento, a ministra o considerou como sendo dano “*in re ipsa*”, ou seja, independentemente de comprovação. A condenação foi arbitrada em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Entretanto, o tema não encontra-se pacificado, de modo que já houveram outros julgados em sentido contrário, ou seja, de não ser o caso de indenização.

De forma geral, o que se entende é que, o nexos de causalidade deve ser analisado em cada caso concreto, no sentido de que “havendo o dano efetivamente comprovado ao filho, omissão voluntária (dolo ou culpa) e nexos de causalidade, torna-se devida a indenização” (DAL LAGO; OLTRAMARI, 2014, p. 132).

Assim, verifica-se que o tema em questão é bem controvertido, necessitando de “cautela e prudência para se analisar cada caso concreto” (MELO, 2008, p. 7).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, buscou-se com o presente artigo realizar a pesquisa sobre o tema da responsabilidade civil por abandono afetivo, que é controvertido na doutrina e tem poucas decisões favoráveis na jurisprudência pátria.

Inicialmente, foi feito um estudo acerca do conceito de família, com todas as transformações que ocorreram ao longo do tempo, bem como acerca dos princípios, em especial o da afetividade, que é essencial para o estudo do assunto.

Em seguida, foi estudado sobre a responsabilidade civil, sobre os elementos para sua caracterização – ato ilícito, dano e nexos de causalidade. Após, foi feito um debate acerca da

possibilidade do dano moral. Desta forma, a pesquisa foi aprofundada no tema do abandono afetivo, trazendo duas correntes – positiva e negativa – que tratam a respeito, bem como toda a argumentação que as envolvem, quanto à possibilidade ou não de indenização.

Assim, foi possível compreender que existem aqueles que entendem que o abandono afetivo causa efeitos no indivíduo, mas que não necessariamente um dano que mereça reparação na esfera civil. Em contraponto, os defensores de que a omissão de um dos pais em relação ao filho gera danos, às vezes irreversíveis, merecedores de reparação.

O presente trabalho defende a corrente positiva acerca da responsabilização civil por abandono afetivo, se pautando no entendimento fixado no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, pela Ministra Nancy Andrighi, em que foi devidamente reconhecido o cuidado como valor jurídico e o abandono afetivo como ato ilícito, a justificar o dever indenizatório. Logo, necessário se faz analisar a indenização através de seu caráter punitivo e pedagógico, pois com isso se evitaria novas práticas consideradas ilícitas.

Com base nas pesquisas realizadas, especialmente o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme entendimento exarado pela Ministra Nancy Andrighi, observou-se que em casos de abandono afetivo deve haver indenização por dano moral. Para a Ministra cuidar é dever, portanto, havendo omissão dos genitores configura-se ato ilícito.

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, estão presentes os elementos para configurar a responsabilidade civil – conduta, dano e nexos de causalidade. Assim, é possível concluir que a afetividade é obrigação no convívio familiar, de modo que a sua falta gera o direito de reparação de forma pecuniária.

Destaca-se que, o objetivo da indenização não é quantificar o amor ou força-lo, mas sim buscar que os pais cumpram o dever de cuidado inerente ao poder familiar. Dessa forma, o indivíduo terá o necessário para o desenvolvimento saudável.

Observou-se ainda, que a afetividade é importante para formação das famílias, e se fortaleceu com a Constituição Federal de 1988, bem como de que os deveres dos pais em relação aos filhos também são expressamente previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Dessa maneira, o descumprimento desses cuidados ou atenção, violam o dever jurídico e, portanto, perfeitamente cabível a indenização.

Além disso, quanto ao dano e ao nexos de causalidade, apesar de haver grande discussão devido a subjetividade e dificuldade de comprovação, a jurisprudência tem entendido como o dano moral *in re ipsa*, aquele que independe de comprovação. Entretanto, dentro da jurisprudência também foram verificados alguns entendimentos de que a

comprovação pode ser feita através de laudos técnicos, perícias e testemunhas, de modo que assim como a maioria das situações em que envolve dano moral, deve ser analisado o caso em concreto.

Por fim, o que se defende nesse artigo, é que através da indenização, com seu caráter punitivo e pedagógico, evite que novos casos de abandono ocorram, bem como de compensar as vítimas pelos danos sofridos em decorrência da falta de cuidado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição **Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04/11/2021.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 04/11/2021.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 04/11/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1159242 – São Paulo. Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, Dje: 10/05/2012.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+moral+por+abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 10/09/2021.

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo.** 1. Ed. Brasília. Editora OWL, 2018.

BARBOSA, Eduardo. MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil no Direito de Família.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo.** Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 9, n. 46, p. 7-13, fev/mar. 2008.

DAL LAGO, Camila; OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral decorrente do abandono afetivo: uma história de dois lados.** Revista Síntese: Direito de família. São Paulo, ano XV, n. 81, p. 126-141, dez./jan. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10 Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto.** 2. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Direito Civil: Direito de Família.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Paulo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7ª ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto: Análise Econômica do Direito de Família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/431184134/sindrome-da-alienacao-parental>.

PARANAGUÁ, Isabella. **Cartilha das Famílias**. Piauí: IBDFAM; Piauí: OAB – Comissão de Direito das Famílias e Sucessões, 2017. 38 p. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/CARTILHA%20DA%20FAMI%C3%ACLIA%20OAB-PI%20E%20IBDFAMPI.pdf>> Acesso em setembro de 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Entrevista. Revista IBDFAM: **Abandono afetivo a parentalidade e o desamor**. São Paulo: Ed. 26, p. 5-7, abril e maio. 2016

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Abandono afetivo a parentalidade e o desamor**. Entrevista. Revista IBDFAM: Ed. 26, p. 5-7, abril e maio. 2016. São Paulo: Revista IBDFAM, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2003**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHOR, Daniel. **Heranças invisíveis do abandono afetivo: um estudo psicanalítico sobre as dimensões da experiência traumática**. 1ª ed. São Paulo. Editora Blucher, 2017.