

## X - RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Jennifer Daiane dos Santos Alves<sup>35</sup>; Vailton Alves de Faria<sup>36</sup>; Wellington Gomes Miranda<sup>37</sup>

### RESUMO

As relações afetivas são naturalmente pautadas em direitos e deveres, especialmente quando tratamos das relações paternas, onde o foco é o melhor interesse da criança. O presente trabalho almeja analisar através de pesquisa bibliográfica a aplicabilidade das regras de responsabilidade civil as relações familiares, mais detidamente, ao abandono afetivo dos genitores. Para tanto serão apresentadas relevantes concepções do instituto jurídico da família, a fim de analisar a influência das relações afetivas no desenvolvimento do infante. Neste contexto, adentrar-se-á ao direito de reparação no âmbito afetivo, com destaque para o abandono familiar. Através da análise de recentes julgados, trataremos de questões como a legitimidade do judiciário na imposição das relações afetivas, a aplicabilidade das regras de responsabilidade civil ao abandono afetivo, bem como sua adequação as condutas antijurídicas previstas pelo ordenamento jurídico, além da necessária avaliação dos efeitos decorrentes de uma suposta condenação. Neste ínterim, inevitável a discussão do juízo competente a apreciação do feito e a apresentação da proposta de lei que tramita no Senado Federal, visando normatizar a ilicitude da conduta, tornando exigível sua reparação.

**Palavras chave:** Abandono Afetivo, Dano, Responsabilidade Civil.

### ABSTRACT

The emotional relationships are naturally based on rights and duties, especially when we deal with paternal relations, where the focus is the best interests of the child. The present work aims to analyze through bibliographical research the applicability of the rules of civil responsibility, closer family relationships, emotional abandonment of parents. Relevant concepts will be presented to the legal Institute of the family, in order to analyze the influence of the emotional relationships in the development of the infant. In this context, it will enter the right to repair under emotional, especially for family abandonment. Through the analysis of recent judged, we will deal with issues such as the legitimacy of the judiciary in the imposition of emotional relationships, the applicability of the rules of civil liability by abandonment affective, as well as its suitability for antijurídicas pipes provided for by the legal system, in addition to the necessary assessment of the effects of an alleged condemnation. In the meantime, inevitable discussion of competent assessment of the judgment made and the presentation of the Bill that clears the Senate, in order to standardize the unlawfulness of the conduct, making chargeable repair.

**Keywords:** Affective abandonment. Damage. Civil liability.

---

<sup>35</sup> Aluna de pós graduação da Faculdade Católica do Tocantins, [jdsalves2@gmail.com](mailto:jdsalves2@gmail.com) .

<sup>36</sup> Professor da Faculdade Católica do Tocantins, [vailton@catolica-to.edu.br](mailto:vailton@catolica-to.edu.br) .

<sup>37</sup> Professor da Faculdade Católica do Tocantins, [wellington.gomes@catolica-to.edu.br](mailto:wellington.gomes@catolica-to.edu.br) .

## 1. INTRODUÇÃO

O convívio saudável e harmonioso no seio da família é direito de toda criança e adolescente. O convívio direto com os pais contribui para seu desenvolvimento emocional, refletindo em sua formação moral. De forma que, o exercício da paternidade responsável representa um dos maiores questionamentos à manutenção do princípio do melhor interesse da criança, basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Ensejado nesta tendência, surge no contexto jurídico nacional, crescente demanda pautada no direito de reparação pelo abandono afetivo, assim entendido como a ausência, parcial ou integral do convívio direto com os pais. Ações estas impetradas por filhos, que reclamam os danos provocados pela impossibilidade de relacionamento afetivo com seus genitores, alegando o descumprimento dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar.

Do litígio pela reparação do dano afetivo, nasce ao direito um novo questionamento, que confronta as regras inerentes à responsabilidade civil, necessárias à caracterização do direito de reparação e as particularidades do direito de família onde prevalecem normas de condutas, no entanto, estabelecidas as relações afetivas espontâneas.

Por meio da disparidade de entendimentos surgiu a preocupação em explorar de forma mais detalhada os múltiplos pontos elencados nas fundamentações de recentes decisões judiciais, tão logo, pela influência causada no meio social.

Neste trabalho serão abordados breves aspectos históricos da família, ensejando delinear uma tentativa conceitual para o instituto, apresentando sua relevância para a sociedade e para o meio jurídico. Neste núcleo merece destaque a influência da afetividade no desenvolvimento da criança, bem como, a visão psicossocial dos danos causados pela ausência destas relações na vida emocional do indivíduo.

Contatada a relevância das relações afetivas surge a necessidade de analisar sua exigibilidade jurídica. Para tanto, apresentar-se-á as características elementares do direito de reparação, advindas da teoria geral da Responsabilidade civil, caracterizada pela conduta ilícita, nexos de causalidade e resultado danoso, assim como sua aplicabilidade ao direito de família.

Posteriormente o estudo dedica-se a analisar a imposição judicial do afeto, enquanto discute o direito de reparação decorrente do abandono afetivo. Para tanto, serão apontadas considerações sobre a adequação da ausência afetiva aos critérios do direito reparatório, ponderando em especial pela legitimidade do Poder Judiciário na determinação do convívio afetivo, além de questionar o juízo competente mais adequado a apreciar as ações desta ordem.

Arrematando ressalta-se o projeto de Lei nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella que tramita no Senado Federal, e cuja proposta é a normatização do abandono afetivo como conduta ilícita, visando promover alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) de modo a tornar o exercício da paternidade responsável uma obrigação jurídica passível de exigibilidade, por meio de sanção cível e penal.

## 1.1.FAMÍLIA

Etimologicamente, a palavra família tem origem no termo latino “*famulus*” que significa “servo, escravo, doméstico”, utilizado para denominar a sociedade patriarcal. Em tempos de Roma Antiga, em função do domínio exercido pela Igreja Católica, a família recebeu novos contornos, assumindo caráter de instituição. O poder patriarcal exercido pelo “*pater familias*” aos poucos ficou conhecido como pátrio poder mantendo a figura do pai como elemento central do grupo familiar.

O absolutismo do poder patriarcal prevaleceu até a Revolução Industrial quando, pela necessidade de mão de obra, mulheres e crianças passaram a integrar a economia doméstica, que deixou de ser obrigação exclusiva da figura paterna e tornou-se nuclear.

Enquanto instituição, a família tornou-se para o Estado, uma convenção social, como agente socializador capaz de controlar os vínculos interpessoais, delimitando limites morais transferidos indiretamente através das relações familiares.

Não há juridicamente um conceito único capaz de definir satisfatoriamente o termo família, persistem apenas tentativas doutrinárias, que visam preencher lacunas legais. Neste sentido, duas vertentes são predominantes:

A primeira orienta-se pelo artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de visão mais tradicional, reconhecendo como família, o grupo formado por entes ligados consanguineamente, na maioria por pais e seus descendentes e das famílias monoparentais, com apenas um dos genitores e sua prole. Acolhe ainda, as famílias oriundas de uniões estáveis e o concubinato, desde que, consolidados pela união duradoura dos companheiros.

A segunda envereda por uma visão mais próxima da realidade, aduz como desnecessária a ligação genética entre os indivíduos, considerando relevante apenas à existência de vínculo afetivo entre eles para que componham uma família. Nesta concepção, além do modelo clássico formado por pais e filhos biológicos ou adotivos, também podem ser tomados como família os núcleos compostos por indivíduos que, mesmo sem laços sanguíneos convivem, diretamente, dividindo interesses.

Forçoso traçar dentro do Direito de Família, a visão mais abrangente possível sob as diferentes relações, com o intuito de considerar senão todos, mas o máximo de arranjos familiares possíveis, para que identificando o elemento essencial, seja possível conglobá-los a denominação de família.

Na visão majoritária, o afeto representa tal elemento, de modo que, cabe ao Direito, segundo Dias (2006, p. 35) “[...] buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação [...]”.

## 1.2.PODER FAMILIAR

Juridicamente o poder familiar é entendido como o domínio exercido pelos pais sob seus filhos, constituindo-lhes não apenas o controle, mas impondo-lhes igualmente, direitos e deveres na criação dos mesmos. Conceitua-se poder familiar como sendo:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais,

para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2008, p. 537).

O Código Civil regula o poder familiar entre os artigos 1.630 a 1.638, tratando de seu exercício, suspensão e extinção. Concomitantemente, o poder familiar também é orientado pelos artigos 21 a 24 do Estatuto da Criança e Adolescente, que mantêm a nomenclatura 'pátrio poder' conforme se abstrai do seguinte artigo transcrito:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Evidenciada a preocupação do legislador em nivelar o poder inerente a cada um dos pais, buscando igualá-los, não em virtude dos mesmos, mas objetivando expandir a proteção ao menor, prevalecendo o princípio do melhor interesse da criança.

Sob este prisma, o poder familiar possui características de *múnus público*, ou seja, o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar beneficia além do núcleo familiar, atingindo a sociedade como um todo. Enquanto direito subjetivo torna-se irrenunciável (os pais não podem abrir mão do poder-dever, sendo obrigação personalíssima), indisponível (não pode ser transferido a outrem) e imprescritibilidade (só a perda do direito nos casos previstos em lei).

Agindo os pais com inobservância aos deveres advindos do poder familiar, resta caracterizado prejuízo aos filhos menores, devendo o Estado atuar pela proteção dos mesmos, impondo sanções legais aos transgressores. Coaduna-se com essas reflexões, Diniz (2007, p. 516), quando ressalta que "a autonomia da família no exercício do poder familiar não é absoluta, sendo cabível, e às vezes salutar, a intervenção subsidiária do Estado".

No caso do descumprimento das atribuições atinentes ao dever de cuidado, enquanto garantidor dos direitos fundamentais do menor, o ECA prevê penas denominadas administrativas, dispondo de medidas de auxílio, de manutenção e sancionatórias, bem como sobre a aplicação da perda de guarda, destituição do poder familiar, que pode ou não cumular-se com a perda da tutela por parte do guardião infrator.

## **2. DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Dos deveres objetivos atribuídos aos pais pelo poder familiar, sobressai à atribuição inerente ao cuidado com a prole, em especial os deveres de criação e educação, tendo-lhes em sua companhia e guarda (artigo 1.634 do CC), aplicado em consonância com o dever de assegurar ao menor seu completo desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, sempre mantendo as mínimas condições de dignidade, conforme previsão dos artigos 3º a 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A companhia e guarda dos filhos representa a devida criação, viabilizando o estreitamento afetivo, apontado como basilar para o adequado desenvolvimento psicológico e emocional, além de, contribuir para a árdua tarefa de orientação comportamental do menor. Tarefa classificada por Rodrigues (2001, p. 354) como

direito e dever, simultaneamente: “dever porque ao pai, a quem incumbe criar, incumbe igualmente guardar e o direito de guarda é indispensável para que possa, sobre o mesmo, exercer a necessária vigilância”.

Os vínculos afetivos são de elevada importância para o desenvolvimento mental da criança. As ciências psicossociais consideram que, a relação afetiva da criança se inicia ainda na vida intrauterina, através do carinho dedicado pela gestante ao nascituro. Posteriormente, os laços afetivos se estendem aos entes mais próximos, como forma de extensão afetiva, dando início a sua vida social.

O afeto liga-se à segurança criando condições favoráveis para o fortalecimento emocional do indivíduo, que visualiza acolhimento do seio familiar, a confiança primordial para o desenvolvimento de suas defesas naturais e progressão de suas capacidades cognitivas.

Para a psicologia há uma relação íntima entre a afetividade, a inteligência e a motricidade, ou seja, ainda que estas últimas habilidades tenham uma base orgânica, seu desenvolvimento depende do meio social.

Os danos causados pelo abandono representam contenda aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, frustrando sua garantia de proteção e assistência. O dever de cuidado com os filhos representa necessidade primordial ao seu desenvolvimento completo e saudável, conforme ratifica o entendimento do Desembargador Dorival Renato Pavan da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de MS, expondo que:

Negar afeto é negar um direito fundamental, é ofender a integridade e a dignidade do filho, ser humano em processo de formação da personalidade, na medida em que a presença regular e afetiva do pai em sua vida é essencial e indispensável ao seu pleno desenvolvimento rumo à maturidade, formação pessoal, social e moral” (TJMS - Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, 2012).

Consistente a concepção de que a companhia afetiva dos pais é requisito indispensável para a formação psicossocial do menor, vez que, a supressão da figura do genitor, ainda que substituída por outro ente familiar, provoca o sentimento de menosprezo na criança, levando-a a tornar-se um adulto mais instável emocionalmente.

### **3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O Código Civil de 2002 consolida a aplicação da responsabilidade objetiva, em situações onde a atividade do agente, por sua natureza, ofereça risco de dano a outrem. No entanto, aplica como regra geral a teoria de responsabilidade subjetiva, consolidada pelo artigo 927 e completada pelo artigo 186, os quais estabelecem que:

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, Código Civil, 2002).

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, Código Civil, 2002).



De tal forma, a obrigação de reparar resulta de um conjunto probante, capaz de demonstrar a culpa, em sentido amplo, daquele que provocou o dano. Para tanto, surgem pressupostos capazes de evidenciar a responsabilidade civil subjetiva, avigorando o dever de indenizar, previsto pelo artigo retro mencionado.

Os elementos mínimos que compõem a responsabilidade subjetiva são apresentados pelo texto do referido artigo 186 do Código Civil. Vejamos: a) conduta culposa do agente “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia” extraí-se o primeiro elemento; b) o verbo “causar”, evidencia o segundo elemento, que traduz a necessidade de um nexó entre a conduta e o dano; c) o último elemento mencionado refere-se ao dano, exposto pela expressão “violar direito ou causar dano a outrem”.

Fundamental a análise dos elementos essenciais pela necessidade de avaliação da situação fática, eliminando possíveis situações de afastabilidade do dever de reparação, para tanto, devendo ser consideradas as particularidades de cada elemento.

#### **4. DEVER DE REPARAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA**

O direito de reparação típico da responsabilidade civil abraça modestamente as relações familiares. Ainda que, comumente os deveres inerentes ao poder familiar sejam violados, não há entendimento jurisprudencial ou doutrinário pacificado.

A tutela dos direitos inerentes das relações familiares é resguardada constitucionalmente pelo artigo 226, § 8º, o qual determina ao Estado, a criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar e norteadas pelo princípio da dignidade humana.

Constatado o dano, naturalmente nasce o direito de reparação. Desta forma, mesmo que o dano seja decorrente de prejuízos da relação familiar caberá ao sujeito o direito de buscar indenização em virtude de suas perdas materiais ou morais. Ao que tange aos direitos de personalidade, ora analisados, prevalece o entendimento da existência de direito reparatório por danos morais:

Havendo violação dos direitos de personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação por dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros (CASTELO BRANCO, 2006, p. 116).

Defende o autor que a indenização é medida necessária pela relevância de seu caráter educativo e preventivo face à necessidade de garantir os direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente. Ainda que envolva a prestação pecuniária, a mesma destina-se a reconstituir o bem jurídico destruído ou realizar uma tentativa de compensação pelo sofrimento provocado.

Em resposta a nova visão jurídica, surge para o Direito de Família o instrumento da reparação do dano comprovado, norteados pela concepção de paternidade responsável e solidariedade familiar. A comprovação da existência do dever de reparação não representa complicação, uma vez que, presumisse o dano pelo descumprimento dos deveres típicos do exercício do poder familiar.

Neste diapasão, a indenização aparece como instrumento ávido a restabelecer o *status quo ante*, ou seja, de reparar o prejuízo ou recompensar a

vítima torna-se razoável sua aplicação frente aos danos decorrentes do descumprimento dos deveres familiares.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

A aplicação dos princípios norteadores do direito de reparação a danos decorrentes do abandono familiar representa atualmente, grande divergência doutrinária e jurisprudencial, sendo núcleo desta discussão o confronto entre a obrigação do dever de cuidado e a faculdade de amar.

Em linhas gerais, o que se reclama judicialmente é o exercício de uma autoridade paternal responsável, pelo convívio diário com os filhos através do reconhecimento da obrigação de reparação em decorrência do abandono afetivo.

Ainda que o fator emocional possa influenciar um julgamento, uma decisão judicial não pode se fundamentar puramente na emoção, tendo em vista que, o direito não tutela sentimentos. “É preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do “ser” sujeito” (PEREIRA, 1999, p. 02).

A intervenção judicial nos assuntos afetivos típicos do Direito de Família enfrenta questionamentos, em especial, ao que tange a legitimidade estatal para a invasão da intimidade dos indivíduos, que supostamente representa afronta a princípios constitucionais. De tal forma, traduzem as palavras de Neto, pelas seguintes colocações:

Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado na busca de implementar, na prática, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar (NETO, 2008, p. 263).

O posicionamento de não intervenção judicial às questões estritamente afetivas, oriundas do Direito de Família influenciou muitos julgados, que decidiram pelo não cabimento do direito de reparação proveniente do denominado abandono afetivo, como se extrai do seguinte fragmento:

Entendo que o abandono afetivo, ainda que comprovado, não acarreta as consequências pretendidas pelo autor. O dever de indenizar tem por fundamento a prática de um ato ilícito. No presente caso, não se pode dizer que tenha o réu praticado ato ilícito, uma vez que não existe lei que obrigue um pai a se relacionar afetivamente com o filho. A lei impõe o dever de guarda, cuidado e educação, dever este que, se não observado pode ensejar o reconhecimento de abandono material. No entanto, em nenhum momento a lei estabelece que um pai tenha o dever de se relacionar com afeto em relação a seu filho. Naturalmente, o direito natural assim o impõe (TJTO - 2ª Vara Cível, Autos n. 2008.0008.2651-7/0, Gurupi - TO).

Acerca da necessidade de previsão jurídica expressa, completa:

No entanto, aqui se lida com o direito positivo e, com base neste, nenhuma obrigação se impõe ao réu nesse sentido. Por óbvio, uma vez reconhecida a filiação, seria nobre de sua parte procurar estabelecer laços de amizade com seu filho e, mais nobre ainda, e justo, procurar trata-lo da mesma forma

com que trata os seus demais filhos. Mas, se por circunstancia que não cabe a este juízo ponderar, isto não ocorreu, tampouco se pode impor ao réu uma obrigação pecuniária em virtude disso. A lei não pode obrigar um pai a amar um filho (TJTO - 2ª Vara Cível, Autos n. 2008.0008.2651-7/0, Gurupi - TO, 2012).

Entendimento mantido em sede de recurso, pelo entendimento da relatora Juíza Célia Regina Regis, conforme os seguintes trechos transcritos:

Por maior que seja o sofrimento do filho diante da dor da ausência, o Direito de Família apresenta princípios próprios que não podem ser contaminados por outros, com significado de ordem monetária, pois o que se questiona é a ausência de amor e não há o cometimento de ilícito se não nutrir esse sentimento, pelo simples motivo de que não há dever jurídico que possa compelir alguém a amar (TJTO - Relatora Juíza Célia Regina Regis, 1ª Câmara Cível - Apelação Cível n.10.27, 2011).

Arrematando, completa com os dizeres:

[...] nas relações familiares compete ao judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sem intromissão em questões de cunho sentimental, pois a reparação monetária não é a resposta para um caminho para a felicidade, e o carinho não se impõe por um mandamento estatal, mas se conquista, com respeito, diálogo e consideração. Isso porque, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue (TJTO - Relatora Juíza Célia Regina Regis, 1ª Câmara Cível - Apelação Cível n.10.270, 2011).

Por esta vertente, o desamor dos pais pelos filhos representa uma transgressão social, que deve ser punida moralmente e através da perda do poder familiar, sendo esta a única reprimenda aplicável.

Contraditoriamente, o reconhecimento do dever de reparação adveio do Colendo Superior Tribunal de Justiça através do voto da relatora Ministra Nancy Andrichi, que segue:

[...] Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão - que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral - deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares (STJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial 1.159.242/SP, 2012).

Em trecho seguinte, a Ministra completa seu entendimento:

Nota-se, contudo, que a perda do poder familiar não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar com os prejuízos advindos do malculdado recebido pelos filhos (STJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial 1.159.242/SP, 2012).



Outro aspecto controverso diz respeito à efetividade da condenação no restabelecimento do vínculo afetivo. Para alguns, a indenização não possui o condão de estreitar os laços de afeto, representando apenas uma monetarização dos sentimentos, impondo coercitivamente o convívio entre as partes. Segundo Silva (2010, p. 16) “se assim não fosse estaríamos propondo uma ode à falsidade, onde pais sem nenhum afeto insistiriam em uma convivência que poderia ser até mais nociva do que a própria ausência”.

Complementando esta vertente, suscitamos as palavras da Juíza Célia Regina Regis, em apelação retro mencionada, que arremata:

A verdade é que, se com o processo se busca um estreitamento dos laços afetivos, o resultado muitas vezes é bem diverso, ou seja, após a lide cria-se uma barreira que pode afastar uma grande probabilidade de futura aproximação (TJTO, Juíza Célia Regina Regis, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível n.10.27, 2011).

A existência do prejuízo emocional em decorrência do abandono, conforme apresentado preliminarmente, não representa óbice ao direito de reparação, no entanto, é de se observar que as extensões decorrentes do prejuízo são subjetivas e individualizadas, ou seja, cada filho sofrerá com a ausência de forma distinta, sendo necessária a análise individualizada de cada caso e a ponderação ao sopesar os fatos, a fim de se afastar a “monetarização do afeto”.

Neste íterim, muitos julgados fundamentaram-se pela inexistência de conduta e conseqüente impossibilidade de indenização como destaca o Desembargador Moreira Chagas, que expõe:

Ocorre que, *permissa venia*, apenas a falta do convívio e/ou afetividade entre pai e filho, não é fundamento jurídico bastante para compelir o genitor à reparação pecuniária. É presumível que a autora passe e venha a passar por privações emocionais decorrentes da falta de afeto e carinho do seu genitor, mas tal fato, por si só, não se possibilita atribuir ao ora apelante a obrigação indenizatória buscada, visto a inexistência da prática de qualquer ato ilícito, por ele praticada, capaz de gerar o dever de indenizar, por absoluta falta de previsão legal, uma vez que ninguém está obrigado a amar ou a dedicar seu amor a outrem (TJRO, Desembargador Moreira Chagas, 1ª Câmara Cível, Apelação 0043165-72.2009.8.22.0009, 2012).

De outra banda, o exercício da paternidade responsável, enquanto objeto de demanda judicial atribui valor jurídico ao afeto, tornando-o exigível, dos responsáveis legais pela educação do menor.

Outro aspecto relevante a ser considerado, são as circunstâncias que levaram ao abandono. Causas que não excluem a responsabilidade, tampouco fundamentam desculpas para eximir a culpa, como conflitos pessoais ou problemas econômicos, mas circunstâncias fáticas que impossibilitaram o convívio entre o genitor e sua prole, de forma a tornar a ausência justificável, afastando o dever de reparação.

## 6. DOS ELEMENTOS CAUSADORES DO DANO

Conforme tratado anteriormente, a constatação da obrigação de reparação depende da caracterização de conduta e dano, além de um nexo entre eles, ou seja, o dano necessariamente deve ter sido provocado em decorrência da ação ou omissão do agente. Sendo assim, a possibilidade de compensação por abandono afetivo, *a priori*, depende da comprovação da ocorrência de dano, uma vez que, a presunção, por si só não serve de prova em sede de ação indenizatória.

Sendo assim, preconiza a Ministra Nancy Andrichi “estabelecida à assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal (STJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial 1.159.242/SP, 2012)”.

Destarte, a existência da prova de dano é imprescindível para que a ausência de convívio não se transforme em fonte de enriquecimento ilícito, posto que, inexistindo danos não remanesce direito a reparação. De forma que, a simples existência de mágoas e desamores não basta a fundamentar uma decisão condenatória, segundo Silva (2010, p. 54) “ao invés de tentar comprovar somente o abandono (que de fato existe) os autores devem comprovar violações dos deveres constitucionalmente previstos, do não cumprimento do dever de convivência, de participação, da interação”.

Ademais, a apuração do dano, considerando sua natureza subjetiva, carece de intervenção de equipe psicossocial, conforme completa Hironaka:

A responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo é calcada na idéia de culpa, razão pela qual se torna mais difícil a sua configuração. Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar (HIRONAKA, 2007, p. 15).

Comprovado o dano e apurado sua extensão, somos guiados a considerar o quantum monetário atribuído à indenização. Neste meio, é conveniente observar que a função da condenação pecuniária não é o enriquecimento da eventual vítima, mas sua característica pedagógica, objetivando a conscientização sobre os atos praticados e sua conseqüente mudança.

Sobre o caráter educativo e preventivo da indenização, destacam-se as palavras de Madaleno, que ensina:

A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro, para que pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas. Embora possa até ser dito que não há como o Judiciário obrigar amar, da mesma forma deve ser observado que o Judiciário não pode se omitir de tentar acabar com essa cultura de impunidade que permanece no ordenamento jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas representavam mera faculdade que os pais tinham ou mesmo era considerada um direito do adulto em relação aos filhos e não como o é hoje um claro e incontestável dever que os genitores possuem de proporcionar aos filhos a convivência familiar contínua (MADALENO, 2011, p. 377).

## 7. JUÍZO COMPETENTE PARA APRECIÇÃO DO MÉRITO

Reconhecido o direito de reparação pelo abandono afetivo, um novo questionamento voltado à esfera processual vem à baila, no que tange a determinação do juízo competente para apreciar o mérito da causa.

Preconiza o artigo 91 do Código de Processo Civil, que a fixação da competência rege-se pelo valor da causa, matéria e as normas de organização judiciária, adotando o critério objetivo de distribuição.

A natureza do litígio orienta o protocolo do feito, determinando a competência *ratione materiae*, ou seja, o juízo competente. conforme assevera o processualista Junior, ao externar:

A competência deve ser fixada pela causa de pedir, ou seja, em razão da matéria. Nesses casos, deve ser a natureza jurídica da relação discutida o fator determinante da competência, e quando está é fixada em razão da matéria é considerada competência absoluta (JUNIOR, 2007, p. 346).

Nestes moldes, analisando o pleito indenizatório, em razão da causa de pedir, impera a competência do juízo cível, posto que a ação proposta objetiva a reparação pecuniária. De outro modo, analisando a esfera em que ocorre a violação, a matéria e as partes, suscitamos a competência da vara de família, especializada nas relações afetivas. Destarte, inexistente entendimento uniforme acerca da determinação de competência, de forma que, correm processos análogos em ambos os juízos, distribuídos pelo livre convencimento do patrono da causa.

## 8. PROJETO DE LEI NO SENADO - PLS 700/2007

Em resposta a celeuma jurídica acerca do tema e o crescimento exponencial das ações impetradas com pedido indenizatório baseado na caracterização de abandono afetivo, no ano de 2007, o projeto de lei PLS 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivela foi protocolado no Senado Federal, propondo alterações a Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, com o intuito de caracterizar o abandono moral como ato ilícito em esfera cível e penal.

As alterações visam delinear as ações e omissões que representam dano ao menor, pelo descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar, caracterizando-as como ato ilícito, de forma que, se tornem passíveis de reparação e sanção penal.

Entre as alterações sugeridas, merece destaque a determinação expressa do dever dos pais à convivência, assistência material e moral (§ 2º e 3º do artigo 4º), bem como, a previsão expressa de punição em decorrência de sua violação. Desta forma, sua exigibilidade contribui para a preservação dos preceitos constitucionais de proteção aos direitos e garantias do infante e ao exercício da paternidade responsável, afastando qualquer forma de negligência.

Ademais, as alterações alcançam o âmbito educacional e profissional, primando pela necessidade do exercício de um processo educacional pautado no

respeito aos valores morais e éticos da criança, como forma de extensão da educação doméstica.

A alteração contida no artigo 232-A, a seu turno, faz previsão de sanção penal para o descumprimento do exercício da paternidade responsável:

Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena - detenção de um a seis meses (BRASIL, Projeto de Lei 700, 2007).

Conforme elucida o Senador Marcelo Crivella, a proposta almeja conter a insegurança jurídica provocada pela disparidade de entendimentos. A ausência de legislação específica normatizando à ilicitude do abandono e das conduta negligentes, dificultam o convencimento do juiz. Em suas palavras, o autor assevera:

Amor e afeto não se impõe por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais tem o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia (BRASIL, PLS 700, 2007).

O texto do projeto de lei em estudo foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em dezembro de 2007. Sendo disponibilizado em julho de 2012 a ser inserido em caráter terminativo na pauta da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Particular, sendo que, se aprovado poderá ser levado a votação em plenário.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O exercício da paternidade responsável tornou-se um dos grandes questionamentos da sociedade, pois, a rotina extrema da vida moderna, torna as relações afetivas cada vez mais impessoais. Neste sentido, os danos causados pela ausência de convívio afetivo tornaram-se objeto do direito a reparação, ensejando aos filhos uma possibilidade de amenizar seu sofrimento e eventualmente restabelecer vínculos perdidos.

Ante aos debates do meio jurídico acerca da viabilidade da aplicação dos direitos de reparação as relações afetivas apresentamos os principais aspectos, não pelo ensejo de esgotar o assunto, que é demasiadamente extenso e depreende de maiores discussões, mas pelo intuito de apresentar pontos relevantes que atualmente fundamentam importantes decisões jurídicas e teses de brilhantes causídicos nos tribunais brasileiros.

O confronto entre os deveres legais do exercício adequado do poder familiar, que não se limita a assistência material e a liberdade para estabelecer laços afetivos, pela faculdade de amar, representaram o objeto central do presente trabalho.

Analisando as relações afetivas, observa-se que os relacionamentos não se instituem forçosamente. De forma que, o livre convívio entre as partes é que

estabelece os vínculos afetivos. Neste sentido, surgem os questionamentos abordados neste trabalho, pela interferência do judiciário no estabelecimento e/ou manutenção do convívio afetivo de pais e filhos, ligados consanguineamente, mas que não se consideram afetivamente.

No entanto, a paternidade e maternidade são frutos de uma escolha, de modo que, o cuidado com a prole é uma das responsabilidades inerentes aos pais. O que representa o direito dos filhos ao convívio saudável com uma família estruturada, garantindo seu desenvolvimento adequado.

Deste ponto, nasce o questionamento pela exigibilidade de reparação monetária pelos danos provocados pela ausência afetiva do genitor, o que representa um novo instrumento na busca dos direitos da criança e do adolescente e ao mesmo tempo, instaura um desconforto jurídico pela aplicabilidade das regras de responsabilidade civil.

Neste meio, merece maior estudo a efetividade das indenizações no restabelecimento do vínculo afetivo, conforme mencionado, não há garantias de que a condenação produzirá os efeitos esperados, ao contrário, pode representar uma repulsa pela mágoa da sanção sofrida.

Insta observar que, a indenização pelo abandono afetivo deve ser visualizada principalmente por seu caráter pedagógico, como forma de incentivar a assistência afetiva aos filhos. Nunca como meio de enriquecimento pela monetarização do afeto, visto que, a pecúnia alcançada não possui o poder de apagar os prejuízos emocionais causados, tão pouco de apagar a dor da ausência estampada na memória dos filhos.

## REFERENCIAS

CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed.Método. Bela Vista – São Paulo. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, vol. 5, 23.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**: IBDFAM, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>, acessado em 29.02.2013.

JUNIOR, Fredie Didier, **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol.1. 1ed. Jus Podivm, 2007.

MADALENO, Rolf. **O Preço do Afeto**. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Ética da Convivência Familiar. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NETO, Pedro Thomé de Arruda. **Família e Jurisdição: A “despenalização” do direito das famílias**. Vol. 2, Editora Del Rey, 2008.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: Uma abordagem psicanalítica**. 1. ed. rev., atual. e apl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 26. Ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Priscilla Menezes da. **A amplitude da Responsabilidade familiar: Da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de conveniente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/pagina/1/tags-51>, acessado em 21/06/2010.

### **DIREITOS AUTORAIS**

Os autores são os únicos responsáveis pelo conteúdo do material impresso incluídos neste trabalho.