



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE
DISTANCIAMENTO ENTRE PAIS E FILHOS

Rodrigo Santos de Azevedo

Rio de Janeiro

2018

RODRIGO SANTOS DE AZEVEDO

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE
DISTANCIAMENTO ENTRE PAIS E FILHOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE DISTANCIAMENTO ENTRE PAIS E FILHOS

Rodrigo Santos de Azevedo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – O tema do presente artigo se mostra de fundamental importância no âmbito social, psicológico e jurídico. A temática relacionada ao abandono afetivo e a possibilidade de responsabilização civil por tal conduta vem sendo amplamente debatida, causando decisões jurisprudenciais conflitantes e grandes batalhas doutrinárias. Verifica-se que o poder judiciário tem uma grande responsabilidade sobre as decisões que envolvam esses assuntos, pautada em princípios com a finalidade da busca da promoção dos direitos fundamentais e proteção à família. O presente trabalho visa abordar o dever de proteção estatal nas relações familiares e a preocupação da não ocorrência da monetarização das relações de família, já que, com advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, estas relações são pautadas no afeto.

Palavras-chave – Direito de família. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil.

Sumário – Introdução. 1. O dever do estado de proteção a família: os dois lados da dignidade da pessoa humana. 2. A indenização resolve o problema? A monetarização das relações de afeto. 3. Cuidar é dever? A obrigação dos pais de participar da vida dos filhos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, responsabilização civil no Direito de Família não se encerra nas relações entre cônjuges e companheiros, perpassa pela relação existente entre genitores e sua prole, ou seja, é possível a indenização resultante das relações entre pais e filhos. A reparação pode ocorrer com base no abandono afetivo.

A questão, ainda, gera muitas controvérsias na jurisprudência e estas extrapolam a esfera jurídica, pois a família é, em suma, baseada nas relações de afeto, o que não deve ser medido com quantificações monetárias. Por isso, busca-se entender até onde cabe o Estado interferir nas relações familiares.

Em paralelo, como se determinar o quantum indenizatório é suficiente para sanar o vazio deixado por anos de abandono. Deve-se tentar entender, se na realidade a indenização é o melhor caminho para reparar os danos psicológicos sofridos, ou se teria outra forma, outra alternativa

Outra questão importante que norteará o tema é, traçando um paralelo com a obrigação de fazer, deveria ocorrer um pedido alternativo ou subsidiário, caso o genitor se negasse a se

relacionar com o filho, deveria haver a reparação civil. Com isso, estar-se-ia, mais próximo do objetivo da família.

Nesse sentido, o presente trabalho irá buscar aprofundar-se nas recentes decisões jurisprudenciais, bem como discutir sobre a monetização das relações familiares. Além disso, discutir se quando o magistrado da procedência ao pedido de reparação civil, nestes casos, não acaba por afastar mais a relação entre os parentes.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretender se valer da jurisprudência pertinente e temática em foco.

1. O DEVER DO ESTADO DE PROTEÇÃO A FAMÍLIA: OS DOIS LADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito de Família, no Brasil, é regido por diversos princípios, alguns estampados na Constituição. É possível vislumbrar nove principais princípios que norteiam as relações familiares na Carta Magna: da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, do pluralismo das entidades familiares, da tutela especial a família, da paternidade/maternidade responsável, do dever de convivência familiar, da proteção integral da criança e do adolescente, e o da isonomia entre os filhos.

O primeiro, é na realidade sobre um dos princípios, o da dignidade da pessoa humana. Basicamente, foi o referido princípio que fez com que houvesse alteração no pensamento das relações de família. Atualmente, não se deve basear tais relações em imposições e subserviência, mais sim em afeto, em amor. Deve-se, sobre tudo, respeitar os direitos da personalidade de cada ente da família.

É com esse olhar que surge a responsabilidade civil no Direito de Família, o citado dever, não ocorre tão somente nas relações de casamento e união estável, mas também, pode vir a ocorrer nas relações entre pais e filhos. Neste ponto que reside a indenização pelo abandono afetivo.

Assevera o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira¹, criador da tese da responsabilização civil pelo abandono afetivo:

o Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. In: *Responsabilidade Civil no Direito de Família* Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 406.

mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. (...) Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele".

Com o ensinamento acima é fácil entender o direito à indenização, todavia, nas relações familiares, como demonstrado, o que se busca é o afeto, e não dinheiro. Por esse motivo, a indenização só deve ser dada em último caso, deve-se buscar soluções para que se cumpram os principais fundamentos das relações familiares: afeto, solidariedade, respeito, colaboração e principalmente união.

O magistrado, por vezes, ao condenar o pai (ou a mãe) que abandonou afetivamente seu filho a indenizá-lo, acaba por não fazer justiça, já que a decisão pode vir a causar o maior afastamento entre eles, pois, como reage este genitor que vê ocorrer perda de parte do seu patrimônio. Deve o juiz ao proferir a sentença, com base no caso concreto, analisar se realmente está fazendo a função do Estado de proteger a entidade familiar, ou, por outro lado, cometendo verdadeira justiça.

Filia-se ao pensamento do doutrinador supracitado a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka², uma das maiores autoridades em direito de família e responsabilidade civil. Afirma a doutrinadora:

a responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar (...). Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial.

Com o pensamento indo ao encontro dos doutrinadores acima, surge uma decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais³, considerada inovadora no que tange aos direitos dos filhos à indenização pelo abandono afetivo. Entendeu assim, o Nobre magistrado:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos*: além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 16 abr. 2018.

³ MINAS GERAIS. Tribunal de alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 408.550-5. Relator: Juiz Unias Silva. 01 abr. 2004.

AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça⁴, acertadamente, reformou a decisão, fundamentando a reforma no fato de que não há de se falar em ato ilícito, haja vista que o pai não é obrigado a amar o filho, sendo então incabível a reparação financeira em se tratando de abandono afetivo.

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.

A decisão, acima, só demonstra que apesar do que entenderam os magistrados de Minas Gerais, monetarizar as relações familiares não é proteger a dignidade do autor, mas sim macular a dignidade do réu. Por vezes, não é oportunizado ao pai o convívio com o filho, deve-se entender que a falta que enseja o pedido do filho é de carinho e afeto, dinheiro nenhum repara isso, ao contrário, apenas aumenta tal distanciamento.

Que relação será possível entre pai e filho após uma condenação? Tornou-se mais difícil uma aproximação.

2. A INDENIZAÇÃO RESOLVE O PROBLEMA? A MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE AFETO

Neste ponto faz-se necessário uma reflexão sobre os diversos tipos de família, não há dúvidas que com a evolução temporal e da sociedade não há mais espaço para apenas a família tradicional, unida pelo casamento e os filhos oriundos dessa união, tendo surgido diversos tipos indo ao encontro dos anseios da sociedade.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁵, o conceito de família é relativo, “(...) é fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo assinalar que as modificações ainda se encontram em andamento”.

Por certo, os membros do Poder Legislativo reconheceram as mudanças na sociedade e alterações na ordem jurídica. Sobre o tema, em síntese, Paulo Lôbo⁶, assevera:

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411 MG 2005/0085464-3. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-esp-7574411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.p.01.

a) a proteção do Estado passou a alcançar qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assumiu claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, receberam primazia sobre os interesses patrimoniais; d) a natureza socioafetiva da filiação tornou-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consumou-se a igualdade entre gêneros e entre filhos; f) reafirmou-se a liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal.

Extraí-se do entendimento dos nobres doutrinadores que na atualidade o que une os entes de uma família não é relação sanguínea, mais sim o afeto. Neste passo a notável professora Maria Helena Diniz⁷, afirma que ao olhar para a família “(...) possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”.

Com isso conclui-se que ajuizar uma ação com pedido de reparação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, desde que de forma responsável, e sempre levando em consideração a razoabilidade e proporcionalidade. Além do que, como vem sendo, acertadamente, obrigado na jurisprudência, é preciso a colheita de prova pericial, psicólogos e assistentes sociais, o que, pelo menos em tese, diminui a incidência da monetarização das relações afetivas.

Entende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁸:

O risco de o abandono afetivo transformar-se em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto certamente existe, mas o Poder Judiciário pode evitá-lo, desde que, a cada caso concreto, se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno, ou materno.

O presente artigo se preocupa com essa banalização das relações afetivas. É notório que diversas ações vêm sendo demanda em todo o país e que em muitas, realmente, o que se busca é uma reparação por todo sofrimento que o distanciamento com o ente causou, todavia, por outro lado, a quem busque enriquecer com a demanda, em comento, em detrimento do ente, ou ainda, punir este pela falta de carinho.

Neste esteio, é importante mencionar como balizou Hironaka⁹, sobre como deve ser visto o dano causado pelo abandono afetivo:

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.13.

⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *O direito ao afeto na relação paterno-filial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI5678,21048-O+direito+ao+afeto+na+relacao+paternofilial>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS,

(...)O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Com isso, caso não se comprove a macula aos direitos da personalidade, não há de se falar em dano moral e é por isso que se deve dar a tamanha importância da prova pericial, nestas demandas, sob pena de estar o magistrado corroborando com o enriquecimento sem causa do demandante.

É por esse olhar que não é unânime entre as decisões dos Tribunais pátrios o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Mostra-se demasiadamente difícil demonstrar o nexo de causalidade entre o abandono e o dano sofrido pelo filho, a possível responsabilização dos genitores, e, ainda, reduzir este possível dano a um quantum pecuniário.

Ocorre que, segundo entende grande parte da jurisprudência, o abandono pelo genitor se amolda, apenas, na esfera da moral, sendo incabível a condenação dos pais ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo.

Neste sentido, a jurisprudência¹⁰:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam.

Também assim, vem entendendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹¹:

Maria Berenice (Coord.). A família além dos mitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 49-80. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - AC 1.0145.05.219641-0/001. Relator Desembargador Domingos Coelho. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=91&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=91&totalLinhas=106&palavras=ABANDONO%20AFETIVO&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20upa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – AC 2007.001.63727/RJ. Relator Desembargador José C. Figueiredo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00030D2BB2EA788F2C1DEC5227083FC6CDA015F5C3575154&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

APELAÇÃO CÍVEL (...) AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Ninguém é obrigado a amar ou continuar amando outrem. Hipótese em que o filho postula a compensação por dano moral em face de seu pai ao argumento da falta de amor. Com a separação dos pais, a regra geral é a de que haja um natural afastamento daquele que se ausentou do lar em relação aos filhos. Em casos tais, é mesmo comum a dificuldade de relacionamento entre ascendentes e descendentes, o que pode resultar em questões como as narradas nestes autos. Eventuais discórdias e mágoas recíprocas, além de outros infortúnios oriundos da conturbada relação, não podem ensejar a compensação pretendida.

Embora tais decisões não sejam unânimes e vão de encontro a exarada pela Ministra Nancy Andrighi, a qual falaremos em outro momento, são as mais acertadas, pois, data máxima vênua, as decisões no sentido inverso, corroboram com a monetarização do afeto e afastam-se do real motivo que, pelo menos em tese, é a causa de pedir do demandante, a compensação pela falta de afeto.

Carinho, amor e afeto devem ser compensados com carinho, amor e afeto; dinheiro não resolve o problema, acaba por amplificá-lo. Motivo pelo qual, o magistrado deve agir com extrema cautela no momento de condenar o genitor a indenizar o filho.

3. CUIDAR É DEVER? A OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE PARTICIPAR DA VIDA DOS FILHOS

Como exaustivamente dito no presente artigo, as relações de família são pautadas principalmente no afeto, no entanto, é impossível compelir alguém a amar outra pessoa.

Por oportuno, é necessário entender o que é responsabilidade.

Neste passo, o Código Civil de 2002¹² determina que:

Art. 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.

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

Já a doutrina traz diversas definições para o instituto, dos quais se destaca o conceito da professora Maria Helena Diniz¹³:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado,

¹² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹³ DINIZ, op. cit. p. 35

por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Segundo a doutrinadora, é preciso que haja um ato praticado para que decorra a responsabilização. Por outro lado, Sérgio Cavalieri Filho¹⁴ define “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Como se vê, são diversas as posições doutrinárias, mas, praticamente, todas vão na mesma direção sobre o que se define como responsabilidade civil.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵, tratam a responsabilidade jurídica da seguinte forma: “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar)”.

Após desembrulhado o conceito de responsabilidade, tanto pela doutrina quanto pelo que diz a lei, é necessário entender sobre como tal responsabilidade se encaixa no direito de família, em especial, nas relações entre pais e filhos objeto deste artigo.

A jurisprudência ainda é divergente sobre o cabimento da responsabilização civil pelo abandono afetivo, no entanto, a questão praticamente ficou resolvida em 2012 com o julgamento no STJ, no qual a Ministra Fátima Nancy Andrighi, proferiu um voto icônico, em que delimita onde surge a responsabilidade civil no abandono afetivo. Segundo ela, decorre da omissão pela falta de cuidado.

Para a Ministra¹⁶, “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”.

Continua a Ministra¹⁷ em seu brilhante voto:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 24.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1159242/SP*. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=COL&sequencial=14828610&formato=PDF>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁷ BRASIL op.cit., nota 5.

Aduz ainda a Magistrada¹⁸, resumindo a questão definindo que “amar é faculdade, cuidar é dever”, e explica a diferença asseverando o que gera o dever jurídico: “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. ”

Portanto, com fulcro no dito no julgado, chegasse à conclusão que o dever de indenizar surge da omissão no dever de cuidado que causa macula aos direitos da personalidade do agente, por, segundo ela, ser ato ilícito. Neste sentido, continua o voto da Ministra¹⁹ no sentido de que “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”.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite²⁰, um dos primeiros doutrinadores a falar sobre os danos causados pelo abandono afetivo:

toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para esta criança, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático; por isso, o direito positivo desenvolveu, atualmente instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa.

Por conseguinte, é certo que para haver o direito à indenização deve ser descumprida a obrigação de fazer que é o dever de cuidar, motivo pelo qual não cabe a indenização nas ações em que o genitor não sabia da paternidade. Neste sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça²¹:

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. [...] 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. [...] .

Em suma, não há de se falar em divergência jurisprudencial, o que ocorre é muito simples, havendo negligência é cabível a reparação pelo dano moral, não sendo comprovado

¹⁸ BRASIL op.cit., nota 5.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Eduardo de Oliveira Leite. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1374778 RS 2013/0039924-3*. Relator: Min. Moura Ribeiro, DF, 18/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374778&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 16 out. 2018.

nos autos que houve por parte do genitor a falta de cuidado, não deve ser dada a reparação moral.

Importante esclarecer, que na realidade, quando se busca a reparação, a causa de pedir é baseada na falta de afeto, motivo pelo qual, entende-se, que em verdade o pedido não deveria, pelo menos *prima face*, ser de reparação monetária, o pleito não deveria ser econômico, mas sim deveria ser oportunizado ao genitor reparar a falta sentida, por meio de uma obrigação de fazer.

Caso contrário, como bem visto pelo Desembargador Mário dos Santos Paulo²², “indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil”, ou seja, estaria corroborando com o enriquecimento sem causa.

Por se tratar de verdadeira obrigação de fazer, vale trazer à baila o que preconiza o Código Civil de 2002²³, *in verbis*:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Portanto, em analogia ao direito das obrigações, deveria ser cabido a parte, no momento do pedido na petição inicial, ao invés de fazer um pedido direto ser obrigado a fazer um pedido subsidiário, qual seja, primeiro que o genitor conviva com o filho, já que a causa de pedir é exatamente este vazio deixado pela falta do pai ou da mãe, a obrigação de fazer; caso o genitor se recuse ou seja impossível a convivência, somente aí, seria, tal obrigação, convertida em perdas e danos, ou seja, a reparação moral pelo abandono afetivo.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve uma mudança paradoxal no entendimento das relações familiares, passando a se basear, tais relações, principalmente no afeto.

Desta forma, ante ao novo olhar dado a família, surgiram diversos debates sobre estas relações, entre eles, e talvez o mais importante, a possibilidade de responsabilização civil dos

²² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n° 2004.001.13664*. Relator: Des. Mario dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/grdcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB391388C31D611E&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²³ BRASIL op.cit., nota 1.

genitores pelo abandono afetivo, questão amplamente discutida e controvertida na doutrina e, principalmente, na jurisprudência.

Quem defende a possibilidade da reparação civil argumenta no seguinte sentido: 1) nas relações entre pais e filhos, além do dever de assistência material existe um dever de assistência moral; 2) o não cumprimento do dever moral fere de morte princípios constitucionais e do Direito de Família; 3) a perda do poder familiar não é suficiente; 4) os pais tem o dever de participar da vida dos filhos; 5) a indenização tem função de caráter pedagógico, não se tratando de monetarização do afeto.

Ao revés, outra parte da doutrina e jurisprudência não se filia a tal entendimento. Para os defensores da impossibilidade de responsabilização civil nas referidas relações, o entendimento é o seguinte: 1) ninguém é obrigado a fazer nem deixar de fazer algo que a lei não proíba, e neste passo, a lei, somente determina que os pais deem assistência material, não havendo a obrigação de assistência moral; 2) não há como impor o afeto; 3) obrigar a convivência de pais e filhos, quando não há afeto, faria com que houvesse macula ao melhor interesse do menor; 4) a perda do poder familiar é a sanção cabível no caso de abandono; 5) o magistrado não pode obrigar que os pais amem seus filhos; 6) abandono afetivo não constitui ato ilícito, que é o que gera a reparação civil, na forma do art. 186 combinado com 927, ambos do Código Civil.

Sendo assim, com base nos ditames legais e principiológicos, bem como, os entendimentos jurisprudências e doutrinários, admite-se a possibilidade da reparação, no entanto, tal possibilidade deve ser vista com parcimônia.

Embora concorde-se que se deve proteger a família, não restam dúvidas que o Poder Judiciário, ao usar instrumentos para tal proteção deve ter cuidado, pois o Estado tem o dever de proteger a família, como se desprende dos arts. 226 e 227 ambos da Constituição da República, e pode ocorrer, por uma decisão judicial o fim de qualquer possibilidade de relação entre os entes.

Com o supracitado consegue-se entender porque a questão é tão controvertida na jurisprudência, a decisões invocando que as relações familiares não devem ter cunho financeiro sob pena de ocorrer a monetarização do Direito de família, e por tal motivo a decisão seria contrária à Constituição, já que o Estado não estaria cumprindo sua missão de proteção a entidade.

Todavia, na decisão paradigmática do STJ, REsp 1159242 SP, o voto da Ministra Nancy Andrighi, praticamente restou-se fulminada qualquer discussão afirmando que: “Amar é faculdade cuidar é dever”. No entendimento da magistrada então, foi considerado existir um

dever de cuidado, a omissão ou negligência em cumprir essa obrigação constitui ato ilícito que enseja o direito a reparação moral.

Conclui-se então, que se é possível afirmar que existe uma obrigação de cuidar, traçando um paralelo com o direito das obrigações, o autor, no momento da propositura da demanda, deveria não fazer o pedido direto de indenização, mas, como a causa de pedir se baseia no afastamento do genitor, deveria ser oportunizado a ele o direito ter o convívio com o filho, vez que, em diversas vezes o afastamento não ocorreu por culpa do pai, por exemplo em decorrência de alienação parental, sendo a melhor solução um pedido subsidiário, no qual se pediria que o pai tivesse o convívio com o filho, cumprindo sua obrigação de fazer, e se o genitor se negasse, só aí, a obrigação seria convertida em pecúnia, ou seja, em reparação por perdas e danos. Neste caso, o Estado estaria, realmente, cumprindo sua função de proteção a família.

Somente assim, existiria a possibilidade de união entre os entes e não ocorreria, por conseguinte o distanciamento entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em <<http://www.portaljustica.com.br/acordao/41908>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1159242/SP*. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=COL&sequencial=14828610&formato=PDF>>. Aces so em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1374778 RS 2013/0039924-3*. Relator: Min. Moura Ribeiro, DF, 18/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374778&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - *AC 1.0145.05.219641-0/001*. Relator Desembargador Domingos Coelho. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=91&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=91&totalLinhas=106&palavras=ABANDONO%20AFETIVO&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20lupa%>>

20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n° 2004.001.13664*. Relator: Des. Mario dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/grdcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB391388C31D611E&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – *AC 2007.001.63727/RJ*. Relator Desembargador José C. Figueiredo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1GEDID=00030D2BB2EA788F2C1DEC5227083FC6CDA015F5C3575154&USER=>>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *O direito ao afeto na relação paterno-filial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI5678,21048O+direito+ao+afeto+na+relacao+paternofilial>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 01

MINAS GERAIS. Tribunal de alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível N° 408.550-5*. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 19 fev. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Responsabilidade Civil por abandono afetivo*. In: *Responsabilidade Civil no Direito de Família* Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 406.