



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Valéria Barros de Melo Alves

Rio de Janeiro
2018

VALÉRIA BARROS DE MELO ALVES

A Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Lucas Tramontano
Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2018

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Valéria Barros de Melo Alves

Graduada em Direito Civil pela
Universidade Candido Mendes, Ipanema.
Advogada.

Resumo – O presente trabalho busca apresentar uma análise da evolução do Direito das Famílias na busca da realização pessoal do indivíduo e a possibilidade jurídica da condenação do genitor omissivo, na reparação por danos morais decorrentes dessa conduta ilícita. Apesar de existir ainda forte resistência da maioria dos julgadores, especialmente de primeira instância, de aceitar a possibilidade jurídica da mensuração do dano por abandono afetivo, e também divergência doutrinária, já existem julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a responsabilidade civil parental decorrente do dever de cuidado, mas não pelo desamor, o que a princípio não seria mensurável, por ausência de previsão legal. Entretanto, o que se observa no transcorrer do desenvolvimento do tema é que o legislador originário permitiu, à luz da Constituição Federal de 1988, uma interpretação sistemática com o ordenamento infraconstitucional, não faltando normas no ordenamento vigente que autorizem o reconhecimento do abandono afetivo como um ato ilícito, capaz de gerar o dever de reparar a vítima, no caso, o filho em peculiar condição de desenvolvimento físico e psíquico.

Palavras-chave - Responsabilidade Civil. Direito de Família. Abandono Afetivo.

Sumário - Introdução. 1. A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é uma possibilidade jurídica. 2. É possível mensurar o abandono afetivo no atual ordenamento jurídico vigente. 3. Alternativas jurídicas à reparação pelo abandono afetivo e a busca pelos laços socioafetivos através da psicologia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de os filhos demandarem em fase dos seus genitores por abandono afetivo, através de uma abordagem civil-constitucional, diante das novas regras do direito de família vigentes a partir da edição do novel Código Civil de 2002 e demais legislações esparsas, como a Lei da Guarda Compartilhada e Lei da Alienação Parental. Objetiva-se demonstrar a possibilidade jurídica do pleito judicial de reparação civil para a ausência de afeto aos filhos, considerando as normas vigentes hoje no país.

Neste sentido, será analisada as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema em tela, no intuito de examinar o afetivo como um bem jurídico tutelado que justifique a reparação civil pelo ofensor, diante das graves consequências na estrutura psíquica dos infantes.

O Direito de Família foi o ramo da ciência jurídica que mais evoluiu no nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Carta Magna de 1988, especialmente com a consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ocorrendo uma valorização dos

sentimentos humanos e a consagração do afeto, norteador das relações humanas. Entretanto, apesar do dever jurídico do exercício da paternidade responsável e do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, o abandono afetivo é uma triste realidade parental, que merece atenção dos operadores do direito.

Esse posicionamento não é unânime na doutrina e as decisões judiciais ainda são tímidas, pois ecoam no sentido de reconhecer a tutela jurídica ao dever de cuidado e não ao afeto, razão pela qual as seguintes reflexões são necessárias: a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é uma possibilidade jurídica? Existem alternativas jurídicas à reparação pelo abandono afetivo?

Diante da controvérsia existente o tema merece atenção, especialmente diante da valoração da pessoa humana e da crescente busca de pretensões judiciais neste sentido.

Assim, no intuito de buscar o adequado entendimento sobre o tema seja conjugado os conceitos da responsabilidade civil e do Princípio da Afetividade à luz das regras civil-constitucional vigentes, no intuito de demonstrar que existe violação a um dever jurídico que autoriza a sua reparação, quando ocorre o abandono afetivo por quem teve a liberdade de constituir uma família, seja ela homoparental ou não, mas se recusa a assumir os deveres inerentes ao exercício da paternidade responsável.

O primeiro capítulo do trabalho aborda a existência de normas civil-constitucional vigentes no país capaz de embasar a reparação civil decorrente do abandono afetivo dos pais, isso porque existe controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de mensuração do dano moral decorrente do afeto, ou seja, o desamor não poderia ser punido, por se tratar de um sentimento.

Desenvolve-se o segundo capítulo para demonstrar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana do ofensor pode sofrer mitigação frente aos Princípios da Dignidade Pessoa Humana e da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, isso porque o abandono afetivo do genitor (a) por sua prole pode ser decorrente de uma desestrutura familiar do agente causador do dano ou simplesmente intrínseco à sua personalidade ou estrutura psíquica. Logo, ainda que se identifique estes elementos, o ordenamento jurídico autoriza a proteção integral dos menores que estejam nesta situação de abandono afetivo.

E, por fim, o terceiro capítulo da pesquisa evidenciará ser possível mensurar o dano por abandono afetivo, afastando-se da mensuração pelo desamor, posto que o conceito de afeto é mais amplo que o sentimento amor.

O trabalho científico será desenvolvido pelo método de pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória a partir de uma pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial

existente no país, bem como através da técnica jurídica interpretativa sistemática, considerando o ordenamento jurídico brasileiro como um conjunto de normas em aparente conflito, mas que convivem harmoniosamente, no intuito de contribuir para proteção dos membros das entidades familiares que se encontram em abandono afetivo.

1. O DIREITO POSITIVADO EM DIÁLOGO COM A PSICOLOGIA EM BUSCA DO ALCANCE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988¹ consagrou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conceituado pelos civilistas como cláusula geral de tutela da pessoa humana², o que significa dizer que todo o ordenamento jurídico tem seu valor axiológico e normativo consubstanciado na sua efetiva aplicação, ou seja, é uma “norma diretiva, ou norma guia, para a reconstrução do sistema de direito privado”³, já que qualquer decisão ou norma que viole seu conceito será materialmente inconstitucional.

O conceito de dignidade evolui desde a antiguidade, passando por Roma até se chegar ao Cristianismo de São Tomás de Aquino que construiu seu pensamento sob duas perspectivas, quais sejam, a dignidade é inerente ao ser humano e só existe no homem como indivíduo, “passando desta forma a residir na alma de cada ser humano”⁴. Entretanto, foi a partir dos estudos de Immanuel Kant, rediscutindo a questão da moralidade que surge a conhecida máxima de que o ser humano não pode ser usado como um meio para alcançar uma finalidade, mas sempre deve ser considerado com um fim em si mesmo, ou seja, não lhe pode ser atribuído um preço, o que por consequência lógica fez o direito moderno reconhecer a pessoa humana com um sujeito de direitos.

Nesse sentido, a Constituição Cidadã estabeleceu no seu artigo 5º, *caput* e incisos⁵ os princípios que intrinsecamente espelham àquele de elevado valor axiológico acima mencionado, tais como da Igualdade, Isonomia, liberdade, Solidariedade, entre outros.

É a partir do artigo 226, da CRFB/88⁶, inserido no Título VIII – Da Ordem Social, que está o Capítulo VIII dedicado à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

² MORAES, Maria Helena Bondin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.3.

³ *Ibidem*, p.11.

⁴ *Ibidem*, p.12.

⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

normatizando a entidade familiar como base da sociedade brasileira e merecedora de especial proteção do Estado, acrescentando o §7º do texto constitucional em comento que o planejamento familiar é livre, posto que “fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”⁷.

Após conceder valor normativo constitucional à entidade familiar, lhe garantindo proteção especial e liberdade para sua constituição, seja pluriparental ou monoparental, o constituinte originário lhe impõe alguns deveres, quais sejam, o exercício da paternidade com responsabilidade que, aqui, leia-se, parentalidade responsável, diante do já proclamado princípio da igualdade entre gêneros⁸, bem como o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade à dignidade e a convivência familiar.

Isso significa que só pelo enfoque da ordem constitucional vigente a reparação civil pelo abandono afetivo já seria possível, pois normatizado através os artigos 1º, III, artigo 226, caput e §7º, além do artigo 227, caput⁹, todos da Carta Magna. Assim, desnecessário que a expressão afeto esteja expressa no texto constitucional para que se compreenda o conceito de parentalidade responsável e dignidade da pessoa humana, diante da liberdade de se constituir uma entidade familiar e não uma obrigatoriedade.

Ainda comentando o citado capítulo do texto constitucional de proteção à família, o artigo 229 estabelece de forma expressa mais três deveres decorrentes do exercício da parentalidade responsável que são o de assistir, criar e educar os filhos menores. Assim, se alguma dúvida pairasse sobre o significado das obrigações inseridas no exercício da parentalidade responsável, o próprio legislador constituinte originário tratou de exemplificá-la.

São três verbos, três ações, três *fazeres* que não estão dissociados, logo devem ser praticados ainda que de forma autônoma cada um ao seu tempo, mas sem que um exclua o outro de forma a não ser aceito como excludente para o responsável ou uma faculdade de agir. Talvez o de conceito mais amplo que interessa ao tema desse trabalho seja o do verbo assistir, exatamente por abranger o que um sujeito de direito em peculiar condição de desenvolvimento físico e mental necessite para sua formação psicofísica.

Assim, a conduta positiva do responsável de assistir sua prole cinge no sentido de prestar alimentos, moradia, segurança, vestuário, lazer, saúde física e mental, cuidados e afeto, todos inseridos no núcleo da garantia da dignidade da pessoa humana.

⁷ BRASIL, op., cit., nota 1.

⁸ BRASIL, op., cit., nota 1.

⁹ BRASIL, op., cit., nota 1.

E por qual razão dar assistência a um sujeito de direito em peculiar condição de desenvolvimento físico e mental se faz tão necessário e indispensável à sua formação como ser humano? A psicologia, mais precisamente Jacques Lacan¹⁰ em 1938 no texto “Família”, escreveu que esta entidade é uma estruturação psíquica, com cada um dos seus membros exercendo sua função, sem que exista necessariamente o vínculo biológico entre eles, razão pela qual qualquer pessoa poderia exercer a função de “pai”, desde que a exerça, aliás sem qualquer discriminação de gênero. O ser humano precisa para fundar sua estrutura psíquica, que alguém exerça a função de “pai”, posto que sem ela “o indivíduo seria psicótico”¹¹. Essa conceituação apresentada pela psicologia fez com que o Direito de Família evoluísse e aceitasse as famílias nas suas mais diversas formações hoje existentes, especialmente as homoafetivas.

Em outras palavras, é na “Lei do Pai”¹² ou na Lei do Incesto, que o sujeito sofre sua primeira proibição, o que lhe permite ter acesso à linguagem e a se constituir como sujeito. Por tanto, a omissão de quem deveria exercer seu papel na fundação psíquica da criança, desde sua primeira infância, apresenta sérias consequências, o que deve ser reparado civilmente, posto que aquele que fez a livre opção de ser genitor deve ter responsabilidade por suas escolhas, deve desempenhar a sua função e não apenas aguardar que a sorte abrace o infante abandonado, na maioria das vezes já sequestrado na sua formação psicossocial.

Na esteira dos Direitos e Garantias Fundamentais consagrados no artigo 5º do texto constitucional, está estabelecido que a criança e do adolescente têm assegurado o direito à vida, à dignidade e à convivência familiar com prioridade absoluta, sendo vedada a exclusão pelo Poder Judiciário de apreciação a lesão ou ameaça a direito, nos termos do inciso XXXV. Logo, verificado que existem direitos assegurados por lei, quais sejam, de uma vida digna, no seio da família originária, o sujeito de direito, destinatário da norma, poderá exigir a tutela jurídica reparatória dos danos sofrido decorrente de uma não fazer, por violação ao exercício de um dever jurídico de parentalidade responsável.

Ressalta-se que a reparação civil por abandono afetivo é matéria de natureza civil-constitucional e não penal, logo o ato punitivo do transgressor não tem a obrigatoriedade de estar previsto ou tipificado como conduta típica¹³, podendo ser perfeitamente aceita sua reparação por um ato omissivo decorrente do não exercício da parentalidade responsável, a partir de uma interpretação sistemática das normas vigentes. Aliás, o ordenamento jurídico hoje

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 36.

¹¹ *Ibidem*, p.36.

¹² *Ibidem*, p.36.

¹³ BRASIL, *op.*, cit., nota 1.

positivado antes de ser norma expressa foi uma evolução da conduta social, histórica e política da sociedade sempre em transformação, razão pela qual o apego formal ao positivismo tem tão somente o condão de engessar uma sociedade e não de transformá-la e atingir as realizações de seus membros.

Partindo para um enfoque infraconstitucional é no Código Civil de 2002¹⁴ e no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵ que encontramos também a fundamentação jurídica para fixar o dever de reparar o sujeito de direito por abandono afetivo.

O artigo 1.638, do CC¹⁶ preceitua que o genitor perderá o poder familiar se “deixar o filho em abandono”. Trata-se de uma consequência ao não cumprimento do dever de assistência, estabelecido no citado artigo 229, da CRFB/88. Ressalta-se que o legislador infraconstitucional não fez menção ao abandono material, mas simplesmente ao abandono, posto que o dever de assistência deve ser completo, abarcando a assistência moral e material, para que o sujeito de direito em peculiar condição de desenvolvimento físico e mental, possa alcançar plenamente a sua formação como ser humano.

Por seu turno, o ECA¹⁷, lei especial quando se trata de proteção à criança e ao adolescente garante em seu artigo 3º que estes sujeitos de direito “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral (...) assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, moral, (...)”. Acrescenta ainda o artigo 5º da lei especial anteriormente citada que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...)”.¹⁸

Por tanto, o legislador constituinte originário, assim como o legislador infraconstitucional atentos ao fundamental direito inerente à pessoa humana que é a dignidade, deixou positivado no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se reconhecer o direito à reparação civil por abandono afetivo, posto que nos textos de lei mencionados permitiu uma interpretação sistemática, completiva para alcançar o Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente através do exercício da parentalidade responsável, evitando todas as formas de negligência como o abandono afetivo e material.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 10.406/2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/compilada.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁵ Idem. *Lei nº 8.069/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 10.

¹⁷ Idem, op. cit., nota 11.

¹⁸ Ibidem.

2. REPARAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO: UMA ABORDAGEM DOCTRINÁRIA E DA JURISPRUDÊNCIA

Sabe-se que a doutrina e a jurisprudência são a força construtiva do Direito em constante evolução, ou seja, a partir dos fatos sociais transformados em conflitos se busca o poder judiciário para dirimi-los e, conseqüentemente, os anseios da sociedade são nortes para os legisladores criarem regras de conduta, no intuito de pacificar os litígios.

Nesse contexto cita-se exemplificativamente fatos sociais anteriores à norma jurídica, como a extinção da culpa pelo término do casamento através da emenda constitucional nº 66/2012¹⁹, a concessão dos alimentos vinculado ao trinômio possibilidade-necessidade-razoabilidade, sem qualquer apuração sobre a causa do divórcio e o reconhecimento da (o) companheira (o) como herdeira (o), igualando sua condição ao cônjuge supérstite. Todos fatos sociais recentíssimos que foram interpretados a luz da Constituição da República e que necessitavam de uma interpretação civil-constitucional, sob pena de uma interpretação literal da legislação infraconstitucional em confronto com uma norma de valor axiológico superior.

Foi através desse fenômeno de transformação social que nasceu o reconhecimento jurídico da socioafetividade²⁰, ou seja, se percebeu que um núcleo familiar poderia ser formado não necessariamente por vínculos biológicos, mas também por afeto. Percebeu-se igualmente que não se tratava apenas de um caso, mas de um fato social, de uma sociedade em transformação e até mesmo um meio de alcançar a exigência do legislador constituinte originário, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento de uma relação socioafetiva entre pessoas, seja qual for o gênero e o vínculo estabelecido, conjugal ou filial, embora recente para o direito, para sociedade parece algo já ultrapassado diante de uma pluralidade de novas formas familiares como: monoparentais, anaparentais, reconstituídas, simultâneas, multiparentalidade, procriações assistidas, inseminações pós-morte, poliafetivas, e será no poder judiciário que se desaguará os conflitos advindos essas entidades familiares e, igualmente, será na legislação vigente e, especialmente no texto constitucional que se buscará uma interpretação para pacificação da contenda.

¹⁹BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66*, de 13 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 01. Abr. 2018.

²⁰FACHIN, Luiz Edson. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. XVIII, p.7.

O jurista Murillo Sapia Gutier em seu texto “Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no direito privado”²¹, citando Guastini, ensina que a sobre-interpretação da constituição permite um entendimento extensivo, já que não abrange todos os fatos políticos e sociais de uma sociedade. Assim, as aparentes lacunas não existem diante da sobre-interpretação da Lex Maior, pois permite que se extraia normas implícitas e idôneas capazes de disciplinar os fatos políticos e sociais, já que não existem leis ou decisões judiciais que escapam ao controle da constitucionalidade.

Neste contexto se encontram os doutrinadores adeptos ao reconhecimento da reparação civil pelo abandono afetivo ou abandono paterno-filial, em sua maioria associados ao IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, capitaneados pelo Dr. Rodrigo da Cunha Pereira e do outro lado a jurisprudência do STJ, que inicialmente em 2005 afastou a tese sob o argumento de inexistência de ato ilícito, pois não se poderia obrigar um genitor a amar sua prole, *in verbis*:

ACÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO. A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil. REsp. 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.²²

Entretanto, através do voto da Ministra Nancy Andrighi, no ano de 2012 a Terceira Turma do STJ admitiu pela primeira vez a possibilidade de se reconhecer a reparação civil por danos morais decorrente do abandono afetivo, conforme publicação no informativo da corte, que se reproduz, a seguir:

DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DEVER DE CUIDADO. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no

²¹GUTIER, Murrillo Sapia. *Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no direito privado*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250. Acesso em: 06 mai. 2018.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 mai. 2018.

Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. (...) compensação por danos morais de R\$415 mil para R\$200 mil (...). REsp. 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012.²³

A decisão da nobre ministra acima citada merece algumas considerações. Primeiro reconhece o diálogo entre o direito civil e o direito de família, o que era negado pelo tribunal da cidadania em 2005, ao deixar de admitir o abandono afetivo como ato ilícito. Segundo reconhece como valor jurídico o dever de cuidado, amparado no Princípio da Afetividade e seu descumprimento caracterizaria um ato ilícito por omissão, ou seja, a responsabilidade pela reparação seria subjetiva, nos termos do artigo 186 do Código Civil²⁴. Terceiro, concede amparo legal a decisão meritória com fulcro no artigo 227 da CRFB/88²⁵, o que demonstra exatamente que é no texto constitucional vigente que se encontrará o fundamento normativo dos fatos sociais e conseqüentemente das decisões judiciais, inexistindo lacunas, conforme defendido por Guastini.²⁶ Quarto, conforme exposto no capítulo primeiro deste trabalho explicitamente o julgado reconhece a importância dos genitores ou de quem exercer a função de PAI²⁷ na formação da estrutura psíquica do infante ao ponderar que “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 parental que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica

²³ Ibidem.

²⁴ Idem, op. cit., nota 10.

²⁵ BRASIL, op., cit., nota 1.

²⁶ GUASTINI apud FACHIN, op. cit., nota 15.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 36.

e inserção social.”²⁸ Quinto, desassocia do conceito de manutenção material da prole, necessária para subsistência física da assistência moral, necessária para formação psíquica. Por fim, acolhe a tese de que a prática do abandono afetivo, ato ilícito por omissão, é merecedor de uma reparação em pecúnia, amparado no artigo 5º, incisos V e X da CRFB/88²⁹.

Essa decisão do tribunal da cidadania é inovadora e tímida na direção da admissibilidade da reparação civil pelo abandono afetivo, mas paradigma para outras decisões que ainda estão por vir. Entretanto, ainda existe forte resistência dentro da própria instância ordinária e superior, assim como de alguns doutrinadores e operadores do direito neste sentido.

Para doutrina adepta a teoria do desamor³⁰ que defende a reparação civil pelo abandono afetivo o dano imaterial sofrido pelo filho deve sempre ser comprovado através de laudo psicossocial da vítima, o déficit da sua estrutura psíquica, como por exemplo os sentimentos de rejeição, humilhação, complexo de inferioridade, ausência de adaptação ao meio social, uso de drogas psicotrópicas, depressão, repetição do abandono com a própria prole, desamor ao outro e até mesmo sintomas psicopatológicos que indicam tratamento com medicamentos e internação.

Comprovado qualquer destes sentimentos ou comportamentos, ainda que em menor grau ou intensidade na ordem psíquica da vítima restará demonstrado o dano e o nexo de causalidade, elementos indispensáveis ao dever de indenizar.

Isso porque a conduta ilícita praticada pelo ofensor viola frontalmente os princípios da solidariedade social e familiar e dignidade da pessoa humana, estabelecidos no artigo 3º, incisos I e III da CRFB/88³¹, ao provocar na vítima magoa “aos seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”³² Não obstante o texto constitucional, igualmente na norma infraconstitucional é encontrado amparo legislativo para reparação do dano imaterial decorrente do abandono afetivo, nos termos do artigo 1.634, incisos I e II e artigo 1.638, inciso I, todos do Código Civil.³³

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp.1.159.242*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=14>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

²⁹ BRASIL, op., cit., nota 4.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novas. *Os Contornos Jurídicos da responsabilidade afetiva na relação 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: 06 mai. 2018.

³¹ BRASIL, op., cit., nota 1.

³² *Ibidem*.

³³ BRASIL, op. cit., nota 10.

Logo, inexistente uma lacuna legislativa para o reconhecimento da reparação pelo abandono afetivo, menos ainda para se afastar a impossibilidade da monetarização do afeto, já que o ordenamento jurídico hoje vigente permite por meio de uma interpretação civil-constitucional este entendimento. Se a sociedade quer ter suas mais variáveis formar de constituir uma entidade familiar e busca no poder judiciário sustentação, deve igualmente receber desse poder uma limitação sobre suas livres escolhas quando ultrapassa uma obrigação de fazer ou não fazer, como no caso a missão afetiva, obrigação inerente a quem exerce o poder familiar.

3. A REPARAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO: UMA REALIDADE SOCIAL E JURÍDICA

A reparação civil decorrente do dano moral desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou a ter natureza constitucional, diante de sua previsão no artigo 5º, incisos V, X e XLIX³⁴, o que significa que todo o ordenamento infraconstitucional, todos os ramos do direito têm sua validade amparado na norma suprallegal, não podendo o legislador ordinário modificar seu texto ou estabelecer normas contrárias. É exatamente na interpretação civil constitucional que se admite a perfeita interação entre o direito de família e o direito civil, posto que o ordenamento jurídico brasileiro é único.

Assim, em perfeita consonância com o texto constitucional, o artigo 186 do Código Civil de 2002³⁵ conceitua como ato ilícito o fazer (ação) ou não fazer (omissão) de forma voluntária, quer por negligência ou imperícia, que possa violar direito alheio e causar dano a outra pessoa, ainda que exclusivamente moral. E complementa o artigo 927 do mesmo diploma legal³⁶, ao estabelecer a obrigação de reparar o dano causado decorrente do ato ilícito. A legislação em vigor então fixou os três pressupostos que compõem a reparação civil: o ato ilícito, que significa violação a um direito preexistente³⁷, o nexo de causalidade, através do verbo *causar*, ou seja, o liame entre o fazer e não fazer e o dano causado e o dano, que significa uma obrigação descumprida³⁸.

Definidos os conceitos básicos da responsabilidade civil se faz necessário aplicá-los no direito de família, ou seja, primeiro a identificação de um direito preexistente, constituído

³⁴ BRASIL, op., cit., nota 1.

³⁵ Idem, op. cit., nota 10.

³⁶ Ibidem.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p.4.

³⁸ Ibidem, p.4.

por uma obrigação de fazer ou não fazer decorrente de uma relação parental, sem o qual não se pode exigir uma conduta, posto que seria mero fato social.

É no texto do artigo 1.634 do Código Civil de 2002 que encontramos a obrigação dos genitores de exercerem o poder familiar sobre sua prole enquanto menores, a saber: “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I- dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (...)”³⁹. Entretanto, a expressão abandono está prevista no artigo 1.638, inciso II do mesmo diploma legal, o estabelecer como consequência da perda do poder familiar “deixar o filho em abandono”.⁴⁰

Entretanto, antes de adentrar no comentário das normas acima citadas é importante ressaltar algumas diretrizes que o legislador ordinário fornece como norte aos destinatários, no caso os pais. Inicialmente, está evidente que o exercício do poder familiar é uma obrigação, posto que a expressão *compete* é uma imposição e não uma faculdade. Ademais é destinatário dessa obrigação qualquer genitor independentemente da sua relação conjugal com o outro, ou seja, não é necessário que estejam casados e vivendo sob o mesmo teto para o exercício do poder familiar. Isso significa exatamente o reconhecimento da existência com direitos e obrigações das várias formas de entidade familiar e não somente a constituída por um casal.

O poder familiar é tão uma obrigação de fazer imposta por lei aos genitores através dos verbos criar e educar os filhos, tê-los sob a sua guarda em convivência parental e vigilância, diante da sua peculiar condição de desenvolvimento físico e mental. A inobservância dessas obrigações por abandono afetivo ou material, gera a perda do poder familiar e o dever de reparação civil.

É verdade que o legislador ordinário estabeleceu a perda do poder familiar decorrente do abandono, mas não expressamente o dever de reparar civilmente o dano sofrido pelo filho abandonado. Entretanto, a referida norma não estabelece a natureza do abandono se material ou moral, mas ninguém duvida que qualquer das formas conduz a perda do poder familiar. Igualmente, não se questiona a existência de outras formas de punição pelo abandono material, como a condenação ao pagamento de alimentos, a pena restritiva liberdade de 1 a 4 anos e pagamento de multa, nos termos do artigo 244 do Código Penal⁴¹, ou seja, a perda do poder

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Idem. *Decreto n° 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

familiar é mais uma consequência entre tantas outras previstas no ordenamento jurídico sem que uma exclua a outra.

Dessa forma, se o abandono afetivo está inserido como umas das consequências da perda do poder familiar, a reparação civil não só pode como deve ser conjuntamente aplicada, na hipótese de o filho abandonado demandar judicialmente o genitor e comprovar o abalo da sua estrutura psicofísica. O ato ilícito estará comprovado através da inobservância do dever criação, educação, guarda e convivência parental. São sucedâneos dessas obrigações o cuidado, a assistência moral, religiosa, a saúde, o lazer, os valores éticos, sociais e políticos, o respeito ao próprio, ao meio ambiente, aos deficientes, aos idosos, sentimentos e pensamentos que são passados entre as gerações e que definem a origem e a formação de qualquer ser humana.

O nexo de causalidade restará comprovado através de uma perícia psicológica que confirmará a causa do dano sofrido na estrutura psicofísica do filho lesado. É por isso que o dever de reparar civilmente a vítima de abandono afetivo é subjetiva, posto que cada indivíduo reage de maneira diferente em cada situação que a vida lhe impõe passar. Ressalta-se que não cabe a discussão da repercussão deste abandono na estrutura psicofísica do filho, ou seja, se em maior ou menor grau para mensuração do *quantum* devido, a reparação deve ser integral, ainda que exista uma subjetividade à critério do julgador.

O ministro Moura Ribeiro, compondo a Terceira Turma do STJ, no julgamento do Resp. 1.557.978/DF⁴², embora tenha negado o dano moral por abandono afetivo a uma filha, não afastou a possibilidade de reparação civil desde que comprovado o ato ilícito caracterizado pela inobservância do dever jurídico de convivência parental, o dano à personalidade decorrente de um trauma de psicológico pelo abandono e que este dano teve como causa a ausência parental, o que caracterizaria o nexo de causalidade.

E porque razão o abandono afetivo é capaz de gerar um dano numa criança e num adolescente? O próprio ordenamento responde. Estes sujeitos de direito estão ou estavam quando foram abandonados em peculiar condição de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, nos termos do artigo 3º do ECA⁴³, merecendo proteção integral contra qualquer ato de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão, que venha a violar seus direitos à liberdade e à dignidade, nos termos do artigo 5º do citado diploma.

⁴² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1.557.978/DF*. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1557978&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em mai.2018.

⁴³ Idem, op. cit., nota 11.

A desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Dra. Maria Berenice Dias descreve que:

A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho, e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limite. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender o dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.⁴⁴

E porque razão se deve mensurar o ato ilícito decorrente do abandono afetivo? Pelos mesmos motivos que se indeniza uma pessoa que teve o seu direito à dignidade violados, diante do Princípio da Isonomia. Se a dor, o vexame, a humilhação, o nome, a imagem são passíveis de mensuração, igualmente o sentimento de abandono afetivo, capaz de desestruturar ou deformar a estrutura psicofísica do filho em formação deve ser mensurada.

Logo, não se trata de mensurar o desamor, trata-se de mensurar um dano sofrido decorrente da violação de uma obrigação legal, prevista em lei, que não pode ser tratada como letra morta, somente pelo ímpeto de não transformar qualquer fato passível de reparação civil, posto que o próprio ordenamento jurídico conceda as diretrizes através da demonstração do ato ilícito, nexos de causalidade e do dano sofrido.

CONCLUSÃO

O Direito de Família foi o ramo da ciência jurídica que mais evoluiu no nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Carta Magna de 1988, especialmente com a consagração do Princípio da Dignidade Humana, alicerce axiológico para todas as relações jurídicas existentes.

Em decorrência do reconhecimento de que a pessoa humana passou a merecer integral proteção e prioridade, o direito se afasta da patrimonialização das relações jurídicas, surgindo para o aplicador e intérprete desta ciência como ponto de partida a satisfação ou realização do sujeito de direito em todos os aspectos da sua vida, seja social, profissional, cultural, sexual, religioso, político e familiar.

Desta forma, o constituinte originário reconheceu “A família base da sociedade”, lhe concedeu especial proteção do Estado e, conseqüentemente, a possibilidade de sua livre constituição, pelas mais variáveis formas de entidade familiar, sem qualquer discriminação

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.470.

decorrente de sua orientação sexual. Isso significa uma valorização dos sentimentos humanos e a consagração do afeto, norteador das relações humanas. Surge então o Princípio da Afetividade, consubstanciado na valorização dos relacionamentos afetivos e não somente nas relações decorrentes da consanguinidade. Entretanto, o mesmo texto constitucional que reconhece o valor supremo e inviolável da Dignidade da Pessoa Humana, que afasta a intervenção estatal do planejamento familiar como uma livre decisão do indivíduo, delimita que a paternidade deverá ser exercida com responsabilidade, ou seja, fiel a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990, reconhecendo o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

Apesar da nossa Constituição estabelecer que a formação de uma entidade familiar é livre, delimitou esta liberdade quando fixou a Dignidade da Pessoa Humana como alicerce axiológico para todas as relações jurídicas existentes, bem como o Princípio da Paternidade Responsável, nos termos do artigo 226, §7º da CRFB/88. Logo, quando violado o dever jurídico do exercício da paternidade responsável através do abandono, surge para o ofensor o dever de reparar o dano. Entretanto, nenhuma dúvida subsiste quanto à reparação material, através, por exemplo, da fixação dos alimentos, mas ainda se discute se o afeto seria mensurável e o ordenamento jurídico vigente autorizaria sua reparação civil.

Ocorre que, considerando uma análise a partir da pirâmide normativa de Hans Kelsen, de imediato, é possível identificar na Constituição da República de 1988 a possibilidade jurídica da reparação civil pelo abandono afetivo, posto que são cristalinos os comandos emanados dos artigos 1º, III, 226, caput e §7º, 227, caput e 229, caput do texto constitucional vigente. Entretanto, para alguns, se está diante apenas de Princípios e não de normas jurídicas estabelecendo um fazer ou não fazer, ou seja, comandos efetivos aos destinatários, o que não é verdade diante do diálogo das fontes do direito.

Seguindo a escala descendente a partir da Constituição no ápice da Pirâmide Kelseniana está o Código Civil Brasileiro de 2002, que nos seus artigos 1.583, §1º, 1.634, incisos I e II, 1.638, inciso I, preceituam o dever do genitor ter os filhos sob sua guarda e responsabilidade, para o exercício do poder familiar, bem como a punição ao genitor omissor que “deixar o filho em abandono”. Na mesma linha de valor normativo estão ainda os artigos 3º e 5º do ECA que estabelecem que as crianças e os adolescentes têm “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral (...) assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar

o desenvolvimento físico, moral, (...)”, bem como “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...)”.

Ressalta-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro não foi omissivo quanto à possibilidade da reparação civil pelo abandono afetivo, diante de uma interpretação civil-constitucional. A perda do poder familiar por abandono, sem especificar sua natureza, se afetivo ou material, deve ser considerada apenas como uma das consequências, e não a única punição, a partir do conceito de ato ilícito estabelecido no artigo 186 do CC, posto que, do contrário, fica a sensação de que o genitor foi premiado com a desobrigação dos deveres inerentes à parentalidade, e a vítima, sem a devida proteção.

O ato ilícito por abandono afetivo está caracterizado pela inobservância do dever dos genitores de criar, educar, proporcionar convivência parental e ter os filhos sob sua guarda. Se para os genitores é uma obrigação, para os filhos é um direito receber dos genitores assistência moral, religiosa, saúde, lazer, os valores éticos, sociais e políticos, que definem sua origem e a formação de qualquer ser humano através do que a psicanálise definiu como Lei do Pai.

Evidente que a responsabilidade civil é subjetiva e que o nexo de causalidade dependerá de provas, especialmente a pericial psicológica, no intuito de demonstrar o abalo na estrutura psíquica do infante decorrente do abandono afetivo. Demonstrado o dano e o nexo de causalidade, surge para vítima o direito à reparação integral, como o objetivo não de lhe trazer riqueza material, mas de lhe proporcionar um meio de superação aos traumas resultante desse ato ilícito denominado abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: Indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016.

BICCA, Chales. *Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos*. Brasília: OWL, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. *Decreto nº 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Lei nº 10.406/2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 01 abr. 2018.

_____. *Lei nº 8.069/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 514350/SP*. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=514350&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1.557.978/DF*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1557978&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em mai.2018.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do Afeto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2008, v. XVIII.

GUTIER, Murrillo Sapia. Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no direito privado. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250>. Acesso em: 06 mai. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novas. Os Contornos Jurídicos da responsabilidade afetiva na relação 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: 06 mai. 2018.

MORAES, Maria Helena Bondin de. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Deveres parentais e responsabilidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.