

ABANDONO AFETIVO: UMA NOVA VISÃO ACERCA DO INSTITUTO DO DANO MORAL AFETIVO NA RELAÇÃO FILIAL

Leticia Gabrielli Borges¹

Afonso Winter Junior²

RESUMO

A admissibilidade do dano moral afetivo vem sido afastada por diversos Tribunais, sob a ótica de que não poderiam adentrar no campo sentimental de cada integrante da família, compelindo um genitor a amar filho seu. Nesta toada, busca-se trazer uma nova visão acerca do abandono afetivo, lastreado no dever de cuidado previsto na Carta Magna e demais dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Abandono; Abandono Afetivo; Dano Moral.

ABSTRACT

Various Courts have set the admissibility of moral damage aside, from the perspective that they could not enter the sentimental scope of each member of the family, compelling a parent to love his child. For that matter, this article seeks to bring a new perspective about the affective abandonment, based on the duty of care according to the Magna Carta and other legal regulation from Brazilian's juridical order.

Key-words: Abandonment; Affective Abandonment; Moral Damage.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade tem por base a família, merecedora da proteção do estado. Nesse sentido, o Direito de Família perpassa por constantes alterações, posto que é o ramo destinado ao estudo das relações familiares. No atual contexto, se verifica uma ampliação das configurações familiares, cujo característica determinante não é mais o vínculo de consanguinidade e sim o elo afetivo. Diante de tal panorama, tem-se discutido na doutrina quanto a possibilidade da indenização por abandono afetivo decorrente das relações paterno-filiais, tema bastante controverso, mas que por fim,

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 1301/BM. E-mail: leticiagborges@hotmail.com.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientador (a). E-mail: winterjunior@hotmail.com

a doutrina sedimentou o posicionamento de que é possível a reparação por dano moral afetivo, fundado no dever de cuidado, instituído em normas de cunho constitucional e infraconstitucional.

Por outro lado, a jurisprudência vem caminhando a passos claudicantes para o enfrentamento do tema, ao notar que diversos Tribunais afastam o pleito indenizatório por, dentre outros argumentos, entender não ser de sua alçada compelir alguém a amar filho seu, ou mesmo não vislumbrar hipótese de ilícito civil a ensejar o dever de reparar, rejeitando por completo a possibilidade do dano imaterial no contexto familiar.

Por consequência, os julgados revelam uma cultura de paternidade irresponsável, cuja única “sanção” possível seria a destituição do poder familiar, desprestigiando diversos princípios e dispositivos que elucidam o dever do cuidado material e imaterial, o que não se coaduna com a realidade do Direito de Família.

Assim, foi abordado uma nova visão quanto a admissibilidade do dano moral afetivo, à luz dos princípios familiares, subsidiado por normas de Direito Constitucional e Direito de Família e pela consagrada doutrina, de modo que a atuação do Poder Judiciário não implicasse na invasão da esfera pessoal de cada integrante daquela entidade familiar.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA

Conceituar família tem-se tornado uma tarefa difícil, posto que passou a assumir maior amplitude diante do reconhecimento dos laços afetivos. Tal alargamento decorre da evolução da sociedade e dos novos anseios pela modernização do direito de família. É de se ver que as novas configurações familiares possuem um denominador em comum: a afetividade.

Nesta toada, leciona Maria Berenice Dias:

Em consequência, mais do que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade. (2016, p. 38)

A Carta Magna contemplou de forma expressa a família constituída pelo casamento ou pela união estável entre homem e mulher, bem como a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ocorre ainda, que a realidade antecede o direito, o que por sua vez, não é incomum o surgimento de lacunas no momento da aplicação do direito a um caso concreto não previsto pela ordem jurídica. A ausência de norma, não exclui a apreciação do poder judiciário, o que em função atípica exerce a função legiferante. Dessa forma, tem-se que:

(...) toda a vez que o juiz se depara com uma lei deficiente, está autorizado a exercer, dentro de certos limites, a função de legislador, a efetuar, no seu lugar, juízos de valor e decisões de vontade. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraíam efeitos jurídicos de determinada situação fática (DIAS, 2016, p. 32).

Essa percepção da situação fática das famílias e as demandas familiares impulsionaram o ingresso das relações extrapatrimoniais no ordenamento jurídico por força da jurisprudência, haja vista a incredulidade da sociedade e a morosidade do Poder Legislativo em regulamentar essas entidades familiares.

Nota-se que atualmente o Direito de Família não é mais dotado de rigidez, posto que é amplamente discutida e judicializadas as mais variadas questões atinentes ao Direito de Família no ensejo de adequar o direito à realidade fática das famílias.

2.1 AS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

O antigo Código Civil de 1916 concebia efeitos jurídicos apenas à família constituída pelo matrimônio, o qual para sua celebração era necessário o preenchimento de diversos requisitos, para só então receber a chancela do Estado. Em relação às demais entidades familiares, percebe-se que eram condenados à invisibilidade, excluídos da tutela estatal.

O modelo tradicional de família era caracterizado pelo matrimônio, patriarcalismo, hierarquização e heterossexualidade dos cônjuges, constituídos por pessoas de sexo distintos e sua prole. (DIAS, 2016)

O casamento era marcado pela sua indissolubilidade e identificado pelos homens, denominados chefes de família, responsáveis por prover o sustento do lar. Ao casar a mulher tornava-se relativamente incapaz. O seu conjunto de bens eram administrados pelo homem. O casamento só podia ser rompido pelo desquite, que, no entanto, não fazia cessar os deveres matrimoniais, o que os impedia de casar novamente. (DIAS, 2016)

O marco que pôs fim a indissolubilidade do casamento, foi a lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), com a entrada dos institutos da separação judicial e do divórcio.

Nesse contexto, percebe-se que a resistência por parte do Estado em admitir no ordenamento jurídico as entidades familiares formadas sem o selo de oficialidade não impediu a formação desses vínculos, ao revés, sempre existiram vínculos extramatrimoniais. (DIAS, 2016)

Verifica-se que quando do rompimento dessas uniões extramatrimoniais, os seus componentes viam-se obrigados a recorrer ao judiciário para desconstituição do vínculo, bem como partilhar os bens e acordar a guarda dos filhos.

Via-se, portanto, que a sociedade reclamava a recepção da união estável como núcleo familiar, para bem tutelar os direitos e deveres dos companheiros e conferir proteção aos filhos, considerados antes ilegítimos. Assim, coube ao Código Civil de 2002 estabelecer os direitos e deveres havidos na união estável, impondo requisitos para a sua configuração, qual seja, a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família (art. 1.723, Código Civil).

Com o nascimento do reconhecimento da união estável, nasce também a necessidade de enquadramento dos outros tipos de relações, também estáveis, porém advindas de núcleo familiares com pessoas do mesmo gênero.

Embora a Constituição Federal exerça papel como garantidora dos direitos fundamentais, esta percorre na contramão de seus fundamentos quando atribui juridicidade apenas às uniões estáveis entre pessoas de sexo distintos (DIAS, 2016).

É evidente o preconceito do Estado em negar status de família às uniões homoafetivas, o que demonstra grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, as reiteradas ações judiciais questionando a omissão constitucional, levou o Supremo Tribunal Federal³ a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

Assim como as uniões homoafetivas as famílias simultâneas ou paralelas e poliafetivas encontraram óbice no seu reconhecimento como entidades familiares.

A família simultânea ou paralelas são aquelas em que o homem divide seu tempo sendo cônjuge ou companheiro de mais de uma mulher. Por assim dizer, muitas vezes, embora o homem possua uma família, e este é o caso mais recorrente, acaba por constituir outra em simultaneidade, sem significar a dissolução da primeira. A

³ STF, ADI. 4.277, e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011

realidade é uma só: o homem escolhe manter duas famílias, dividindo-se em duas casas, alimentando a relação com duas mulheres e tendo filhos com ambas. (DIAS, 2016)

É justo e necessário conferir juridicidade a esta entidade familiar, que embora desperte o ceticismo da sociedade, não pode o Judiciário cerrar os olhos para a realidade de quem ostenta múltiplos vínculos afetivos.

“É preciso impor os deveres inerentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independente de manter outra união”. (DIAS, 2016, p. 143)

Por sua vez, a família poliafetiva, possui uma distinção relevante em relação a família simultânea: o critério espacial e a vontade dos seus integrantes de constituir um único núcleo familiar. A família poliafetiva é composta por mais de dois integrantes, residindo todos no mesmo espaço.

A sociedade vivencia constantes mudanças de paradigmas sociais. Ainda que a estigma social venha, inicialmente, inibir as pessoas a optarem por arranjos familiares diversos do tradicionalmente aceito, percebe-se que está ocorrendo, segundo Maria Berenice Dias, “uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados.” (2016, p. 144)

É de ser ver: as pessoas deixaram de buscar atender a modelos pré-estabelecidos e passaram a construir seu próprio modelo de família, com a única finalidade de buscar a felicidade de seus membros.

Como já dito, o elo que une um indivíduo ao outro, não mais se restringe à consanguinidade. A afetividade vem sendo conclamada por todos como um valor jurídico relevante, legitimando todas as relações advindas deste sentimento.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO TEMA

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana é consagrado como um valor jurídico supremo, da qual emana todos os princípios constitucionais e demais princípios gerais do Direito. No Direito de Família, se apresenta como um norte das relações afetivas, orientando o julgador a proferir decisões pautadas no respeito à dignidade da pessoa humana de cada integrante daquela entidade familiar.

Flávio Tartuce corrobora dizendo que:

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de cláusula geral, de um conceito ilegal indeterminado, com variantes de interpretações. (2017, p. 780)

É nítida a relação intrínseca entre tal princípio e o Direito de Família. Dessa forma, é indubitável a sua aplicação nas relações afetivas, servindo como garantidor da continuidade das relações humanas.

Percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar incorporado em todas as relações humanas, em especial nas relações familiares, a qual guarnece os sentimentos mais íntimos do ser humano.

3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Dotada de cunho constitucional, e permeada no Direito de Família, o princípio da solidariedade familiar é o principal princípio que estabelece o dever familiar de assistência e cuidado.

A solidariedade é um princípio revestido de elevado conteúdo ético, oriundo dos vínculos afetivos, que engloba em seu corpo a fraternidade e a reciprocidade. Se trata do cuidado recíproco entre pais e filhos. Os pais cuidam dos filhos menores, e os filhos cuidam dos pais na velhice.

Indo mais além: a solidariedade constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º). Decorrente de tal objetivo, é que o Estado assume o papel de proteger a família, quando em seu artigo 227 a Constituição Federal (1988) afirma:

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

No entanto, quando se trata da proteção dos integrantes da família, o Estado assume papel suplementar ao verificar, por exemplo, em que se tratando de crianças e adolescentes, incumbirá primeiramente à família, à sociedade e por fim, ao Estado

o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes a formação da pessoa humana.

Nesta esteira, compete primordialmente à família resguardar os direitos dos filhos menores, visando sempre a paternidade responsável e consciente, consoante inteligência do art. 226 da CRFB (1988):

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

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [Grifo nosso]

É nessa perspectiva que a Constituição (1988) atribui direitos e deveres aos pais e filhos, baseado na solidariedade familiar e na reciprocidade, à exemplo do art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Vale destacar, por fim, que tais direitos só se materializam, na sua totalidade, quando há a efetiva participação da família na vida do tutelado, ou seja, descabe falar na concretização desses direitos quando o filho está à margem da família, ou quando há o rompimento de laços com um de seus genitores. A ausência deliberada de um dos genitores na vida do filho, atingindo-o a sua dignidade, pode viabilizar a indenização por danos morais.

3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O afeto é o elemento essencial na constituição de diversos arranjos familiares, sem implicar na hierarquização de um em detrimento do outro.

Entende-se que o princípio da afetividade não tem previsão expressa na Carta Magna, tratando-se de princípio implícito presente no dispositivo constitucional.

Ressalta-se que, ainda que não disposto expressamente a palavra afeto na Carta Magna como um direito fundamental, pode-se deduzir que o afeto decorre da constante valorização da dignidade humana. (TARTUCE, 2017)

Como se vê, é um princípio familiar por excelência, posto que é intimamente ligado ao Direito de Família, sem o qual a família passa a ter conotação meramente obrigacional.

A família representa na vida de uma criança a primeira referência de afeto. É na convivência familiar que o sujeito constrói a sua identidade.

Para além da ausência do afeto, o abandono priva a criança do carinho, do amor e da convivência familiar. É retirar dela a oportunidade de crescer com aquele em que poderia se espelhar.

Em arremate, Flávio Tartuce em sua obra, cita o julgado da Ministra Nancy Andriahi:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face de minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos de conflito. (TARTUCE, 2017, p. 786, apud ANDRIGHI, 2010)

4. O DISSENSO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

A despeito da mais recente jurisprudência brasileira quanto ao tema em debate, é possível notar que os Tribunais titubeiam em aprofundar nas questões familiares, concernentes ao dano extrapatrimonial paterno-filial.

O marco que revelou a possibilidade da caracterização desse dano foi o julgado⁴ proferido pelo Tribunal de Minas Gerais, ao condenar um pai ao pagamento de duzentos salários mínimos, em razão da ausência de convivência (TJMG, Apelação Cível n. 408.555-5)

Contudo, o julgado em questão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, Recurso Especial 757.411/MG), ao entender pela inoccorrência do ato ilícito, conforme destacado o seguinte trecho:

⁴ TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 781

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (...). Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada [Grifo nosso].

Em manifesta discordância com entendimento acima negritado, Maria Berenice Dias, explica que a perda do poder familiar é a medida adequada quando restar configurado o abandono. Contudo, a decretação da perda do poder familiar, de forma isolada, pode constituir-se em uma bonificação e não em uma sanção pelo abandono (DIAS, 2016).

Em outra decisão proferida pela Corte (STJ, REsp 1.159.242/SP), em 2012, ficou demonstrado que o debate não se deu por encerrado, ao dar provimento ao pleito indenizatório. A respeito do julgado, vale destacar o seguinte trecho:

(...) comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social (...).

A análise mais recente dos julgados proferidos pelos Tribunais demonstra quão nefasta é a insegurança jurídica, em razão do grande número de julgados que afastam de plano a possibilidade de caracterização do dano moral afetivo.

Nessa toada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul rejeitou a reparação por danos morais afetivos ao argumento de que para restar configurado o dano moral é imprescindível o ato ilícito (TJRS, Apelação Cível nº 0048476-69.2017.8.21.7000).

O Tribunal do Mato Grosso também adotou da mesma posição dos Tribunais acima mencionados, ao negar provimento ao recurso que requereu a modificação da

sentença de primeiro grau para dar provimento a indenização por abandono afetivo (TJMT, Apelação nº 38110/2009), veja-se o trecho do julgado:

(...) o fato de ter o Recorrido 'abandonado' o Recorrente, não pode dar ensejo a indenização, posto que não se trata de ato ilícito, "não cabendo ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por não ter amado outra pessoa, ainda que esta seja o seu próprio filho. (...). Dentro dessa linha de ideias, a falta de afeto não pode ser interpretada como ato ilícito passível de indenização, não cabendo ao Judiciário impor ou mesmo compensar a ausência de laços afetivos entre pai e filho.

Em outro julgado, o Tribunal do Rio Grande do Sul (TJ/RS, Apelação Cível nº 70053030284) entendeu pela inoccorrência do dano moral, subsidiada pela seguinte tese:

Não cabe o pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, pois nada tem a ver com direito de personalidade, direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico. (...). E a eventual falta de atenção do pai em relação ao filho é clara decorrência dos fatos da vida, pela ruptura da relação com a mãe do autor e pelo fato de terem vivido afastados durante longos anos. Assim, o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao já vulgarizado princípio da dignidade da pessoa humana, pois constitui antes um fato da vida.

Em entendimento contrário ao ilustrado pela nobre Desembargadora, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵ assevera que:

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 incutir 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.

Logo, ressalva-se este não ser o melhor posicionamento, ao se notar que os entendimentos dos julgados mais recentes vão na contramão do que afirma a doutrina, e, em casos mais específicos desprestigia determinados dispositivos constitucionais.

⁵ HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

O tema ora em debate, se destaca pelo acentuado número de vínculos familiares desfeitos. Situação em que os genitores deixam de cumprir com seus encargos legais desinente do poder familiar.

Entre os que defendem a possibilidade do dano extrapatrimonial, Flávio Tartuce, entende ser “possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme art. 229 da CF/88 e o art. 1.634 do CC.” (2017, p. 781)

Refutando a ideia da “monetarização do amor” o citado jurista destaca em seu artigo que a Constituição Federal rechaçou definitivamente tal questão, ao reconhecer expressamente a reparação por danos morais em seu art. 5º, incisos V e X (TARTUCE, 2017).

Nessa conjuntura, o dever de cuidado e convivência familiar tem assento constitucional, ao estabelecer o art. 229 da Constituição Federal (1988) que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Em reforço, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) estabelece em seu art. 22 o dever incumbido aos pais de prover o sustento, guarda e educação dos filhos menores. No que concerne ao capítulo reservado à guarda, o art. 33 aponta os deveres decorrentes da guarda: assistência material, moral e educacional da criança e do adolescente.

Nessa mesma linha de pensamento, leciona Maria Berenice Dias:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. (...). Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. (2016, p. 101)

Frisa-se que a relação entre pais e filhos nem sempre é pacífica e harmônica, exigindo-se aos pais o uso da autoridade para conquistar o respeito dos filhos. A ausência e a privação da convivência familiar repercutem de forma negativa na formação dos filhos, levando ao constrangimento. O constrangimento e o abalo moral são os elementos ensejadores do dano moral.

Abra-se aqui um parêntese para destacar o importante papel da equipe multidisciplinar na detecção dos danos provocados e a relação de causalidade entre o dano e a conduta do genitor.

Dessa forma, o abandono afetivo deve-se pautar na violação de um dever de cuidado, atribuído aos pais, inerentes ao poder familiar que exercem sobre os filhos, como salientado por Flávio Tartuce, ao citar Nancy Andrichi:

Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, com fundamento no princípio da afetividade, a julgadora deduz pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “amar é faculdade, cuidar é dever”. (TARTUCE, 2017, apud ANDRIGHI, 2012)

Com efeito, não pode o genitor movido por sentimentos frívolos em relação ao seu filho, deixar de cumprir com os seus encargos decursivo do poder familiar.

Embora fuja ao campo do Poder Judiciário determinar que um sujeito alimente sentimentos irrealis, é plenamente possível o juiz condenar aquele que descumpriu com a responsabilidade social e jurídica de ter os filhos menores em sua companhia, provendo assistência material, moral e intelectual, exercendo a “paternidade irresponsável”.

Assim, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 565) apresenta uma alternativa, ao menos, provisoriamente adequada:

A Constituição Federal impõe uma série de deveres aos pais, dentre os quais se destacam a criação, educação e assistência aos filhos. Essas condutas não podem ser consideradas meras obrigações morais, mas sim dotadas de cunho jurídico, justificando a possibilidade de reparação por abandono moral. **O que fundamentará a responsabilização não será um direito subjetivo ao afeto, mas sim o descumprimento dessas normas. [Grifo nosso].**

Neste esteio, é pautado na função pedagógica do dano moral que busca-se desencorajar que outros pais abandonem seus filhos, e, na melhor das hipóteses se estimule a cultura da paternidade responsável e solidária. Como bem pontua, Rolf Madaleno:

O judiciário não pode se omitir de tentar, buscar de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro. 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. (2011, p. 376-377)

Em virtude dessa finalidade, se manejado com responsabilidade, o instituto do dano moral afetivo, poderá, nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁶:

(...) se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

É cediço que o dever de reparação nasce com a violação do direito (ato ilícito). Contudo, faz-se necessário o preenchimento de mais requisitos, qual seja, a ação ou omissão, o dano, o nexo causal e a culpa, para os casos de responsabilidade subjetiva.

O art. 186 do Código Civil estabelece que “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, 2002)

Com exceção aos casos em que o agente exerça atividade de risco e os casos expressamente ressalvados em lei, a regra no Código Civil (art. 927, parágrafo único) é pela responsabilização subjetiva.

“Diz-se, pois, ser ‘subjetiva’, a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável (GONÇALVES, 2017, p. 47).”

Dessa forma, as ações decorrentes do dano moral afetivo envolvem o instituto da responsabilidade subjetiva, caso em que deverá ser provada a culpa.

Assim, fala-se em culpa *lato sensu*, a qual abrange a culpa *stricto sensu* – ausência de um dever de cuidado, fundado na negligência, imprudência ou imperícia –, e o dolo – intenção deliberada do agente de produzir o resultado –.

Conforme analisado anteriormente, percebe-se que muitos julgados tem rejeitado a pretensão indenizatória por ausência de prova suficiente do dano. No caso em exame, por envolver o dano moral e psíquico, imprescindível a prova obtida por

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

estudo psicossocial, dada a importância do trabalho multidisciplinar na identificação do dano e a sua relação com a causa.

Outro aspecto relevante a ser mencionado é o prazo prescricional, que segue, conforme a corrente majoritária, a regra geral para os casos em que se pleiteia a indenização por danos morais.

Assim, prevê o Código Civil, em seu art. 206, §3º que a pretensão de reparação civil prescreve em 3 (três) anos. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, segundo a atual jurisprudência, o prazo prescricional de três anos se inicia com a maioridade do filho, porquanto o art. 197, II do Código Civil estabelece que não corre prescrição entre ascendentes e descendentes na constância do poder familiar, que cessa quando o filho alcança dezoito anos. (BRASIL, 2002)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dano moral afetivo é um tema de grandes controvérsias no Direito de Família, o que reclama maior cautela e sensibilidade do juiz ao decidir o caso concreto, haja vista envolver o que denominam de “demandas do afeto”. Neste ínterim, não cabe aos Tribunais rejeitar de plano a indenização por abandono afetivo, ao entender pela inoccorrência de ato ilícito, sem proceder ao estudo psicossocial do autor do pedido.

Ademais, não pode o Poder Judiciário deixar de conhecer eventual pedido de reparação por abandono afetivo, sob o fundamento de ser impossível a valoração do dano moral ou mesmo de compelir alguém a amar seu filho.

Superando tais questões, entende-se cabível a valoração do dano moral, ante a permissão dada pelo Dispositivo Constitucional, que permite a reparação por dano moral. Do mesmo modo, não se trata de obrigar alguém a amar outrem. Cuida-se de cumprir as obrigações inerentes ao Poder Familiar.

Destarte, reconhecer que o abandono afetivo não constitui ilícito civil, é conferir aos artigos que estabelecem direitos de convivência familiar, assistência moral e material, fundados na paternidade responsável, “status” de letra morta.

Forçoso reconhecer, nesse contexto, a importância da equipe multidisciplinar na verificação do dano e o seu nexos com a conduta do genitor, como prova imprescindível para aferir se de fato o abandono influenciou negativamente para a formação do filho.

Verifica-se que o direito vem caminhando para a construção de um entendimento pacificado quanto ao tema do abandono afetivo, como forma de reforçar a importância do princípio da solidariedade familiar e enfatizar que no momento em que os pais exerceram a sua liberdade de colocar um filho no mundo, contraíram o dever de resguardar e cuidar dos interesses daquela criança, contribuindo para a sua formação social e inserção na sociedade como cidadão, sem que isso implique, no entanto, impor um genitor a alimentar sentimentos inexistentes, pois “amar é faculdade, cuidar é dever”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411-MG (0085464-3.2005)**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em 05 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9)**. Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20120424+e+%40DTDE+%3C%3D+20120504&livre=%28abandono+afetivo%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 de novembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: [<egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf). Acesso em 02 de novembro de 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Apelação Cível nº 38110/2009**. Relatoria do Desembargador Donato Fortunato Ojeda. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/home/RetornaDocumentoAcordao?tipoProcesso=Acordao&id=130165&colegiado=Segunda>. Acesso em: 05 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70072843618 (0048476-69.2017.8.21.7000)**. Relatoria do Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70072843618&num_processo=70072843618&codEmenta=7248085&temIntTeor=true. Acesso em 05 de novembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053030284**. Relatoria da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=abandono+afetivo&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=a

[bandono+afetivo&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2013-02-01..2013-02-08+#main_res_juris](#)>. Acesso em 05 de novembro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.