

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Natalia Mayumi Gonçalves Miyazaki (IC) e Marco Antonio dos Anjos (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

Este estudo objetiva a análise da possibilidade de responsabilização do genitor por abandono afetivo, partindo da premissa de que o afeto dos genitores é fundamental à formação psicológica, moral e emocional dos filhos, enquanto seres em desenvolvimento, e de que a falta de convivência familiar e afeto coloca a prole em situação de desamparo afetivo. O objetivo geral é analisar a possibilidade de responsabilização do genitor por abandono afetivo. Conclui que apesar da paradigmática decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, os Tribunais Estaduais ainda relutam em reconhecer o dano moral proveniente do abandono afetivo, apesar de serem evidentes as consequências para o filho, e flagrante a violação dos princípios constitucionais. Como resultados, pode-se mostrar que os pais não são obrigados a amar os filhos, porém, é um direito inalienável da criança, o cuidado que é responsabilidade dos pais inscrita na Constituição. Assim, nos casos em que estejam comprovados os prejuízos psicológicos e, quiçá, materiais sofridos pelo filho em decorrência do abandono afetivo, a justiça deve estabelecer o *quantum* indenizatório para ressarcir o mal causado por este progenitor.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Dano Moral. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This study aims to analyze the possibility of parent's responsibility for emotional abandonment, starting from the premise that the affection of parents is fundamental to the psychological, moral and emotional formation of children, as developing beings, and that the lack of family and social coexistence. Affection puts the offspring in a situation of emotional and emotional helplessness. The general objective is to analyze the possibility of parent accountability for emotional abandonment. It is concluded that despite the paradigmatic ruling of the Superior Court of Justice by the rapporteur of Minister Nancy Andrighi, the State Courts are still reluctant to recognize the moral damage arising from emotional abandonment, despite the obvious consequences for the child, and flagrant violation of constitutional principles. As a result, it can be shown that parents are not obliged to love their children, however, it is an inalienable right of the unborn child, the care that consequently becomes the responsibility of parents under the Federal Constitution. Thus, in cases where the psychological and, perhaps, material damages suffered by the child as a result of the emotional abandonment are proven, the court should establish the compensation quantum to compensate the harm caused by this parent.

Keywords: Affective abandonment. Moral damage. Civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido, nos últimos anos, a possível responsabilização civil do(s) genitor(es) por abandono afetivo, temática que gera muitas controversas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, e que se encontra longe de sedimentação, principalmente porque inexistente diploma legal a regulamentar especificamente o abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, enquanto parte dos estudiosos do tema preconizam que a falta de afeto vai de encontro ao dever jurídico de cuidado, imposto aos pais em relação aos filhos, e que decorre do disposto no art. 227, da Constituição da República de 1988, e que gera, por conseguinte, a responsabilização daquele que não cumpre o preceito constitucional.

Factualmente, a Constituição da República de 1988 assegura à criança e ao adolescente, com prioridade, uma gama de direitos fundamentais, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Pois, o progresso da doutrina da proteção integral, que converteu a criança e o adolescente em sujeitos de direitos, destinatários de tratamento especial, a conceituação de poder familiar obteve também um novo significado, deixou de ter sentido de dominação, como outrora prevaleceu, para se tornar sinônimo de proteção.

Outra questão a ser enfatizada é que, na atualidade, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, consagrada expressamente na Constituição da República de 1988, e que norteia também o Estatuto da Criança e do Adolescente, está umbilicalmente unido ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no direito pátrio como fundamento da República Federativa do Brasil, e ainda possui relação com os princípios da paternidade responsável, da convivência familiar e da afetividade, norteadores do Direito de Família como um todo e, em especial, da conduta dos genitores na educação e criação dos filhos. (BRASIL, 1988)

O trabalho pretende apresentar quantitativamente situações onde genitores são julgados e responsabilizados civilmente por danos provenientes do abandono afetivo de seu(ua) filho(a), apresentando também os casos em que tal entendimento não foi aplicado, tendo em vista que inexistente consenso dentre os estudiosos do tema e também na seara jurisprudencial quanto a responsabilização civil por abandono afetivo. É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo geral analisar a possibilidade e aplicabilidade da responsabilização de genitores por abandono afetivo.

Para tanto traçou-se os seguintes objetivos específicos: apresentar a importância da afetividade para o desenvolvimento integral da criança; mostrar a evolução do conceito de família e de afetividade; expor como o ordenamento jurídico se posiciona a respeito da temática.

A escolha do tema justifica-se pelo fato de que a sociedade vem mudando com a evolução do conceito de família e devido à importância que a afetividade ganhou no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Como hipótese tem-se que o afeto dos genitores é fundamental à formação psicológica, moral e emocional dos filhos, enquanto seres em desenvolvimento, e de que a falta de convivência familiar e afeto coloca a prole em situação de desamparo afetivo.

Adota-se, como método de pesquisa, o exploratório, pautado no levantamento bibliográfico, pois busca na doutrina, legislação, artigos, periódicos, jurisprudência, dentre outras fontes, elementos para a compreensão e elucidação da judicialização do abandono afetivo. O estudo é dividido em duas partes para facilitar sua compreensão. A primeira aborda o instituto da responsabilidade civil, seu conceito, requisitos e a reparabilidade do dano moral, ressaltando a sua autonomia no direito pátrio e o abandono afetivo como dano moral que precisa ser reparado. A segunda, adentra-se especificamente na Jurisprudência Brasileira, ou seja, como esta está reagindo ao novo conceito de negligência afetiva.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

Atualmente é muito comum os pais negligenciam seus filhos, principalmente quando ocorre o rompimento dos vínculos conjugais, ou mesmo quando inexistente um relacionamento entre os genitores, raras vezes se preocupando apenas com o pagamento da prestação alimentícia, abandonando seus filhos afetivamente. Acontece que esta negligência, ou seja, o abandono afetivo pode causar na criança e adolescente danos de natureza psicológica e traumas diversos, comprometendo o desenvolvimento sadio, motivo pelo qual as legislações dispõem de mecanismos para punir os pais que não cumprirem com seus deveres, como a perda ou suspensão do poder familiar.

Neste sentido, a possibilidade de tais danos aos progenitores, gerados pela negligência por um de seus genitores, ou até mesmo de ambos, é de onde surge a reflexão acerca do princípio da afetividade. De fato, tal princípio não possui previsão legal específica no ordenamento jurídico vigente, de maneira a ser tratado como mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais. Todavia, dado isso, sua conceituação sobrevém da interpretação de outros princípios como o

da proteção integral e da dignidade humana, tipificado pela Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 1º, inciso III. (SOUSA, 2008)

Isto, é o que retrata, *verbi gratia*, Tartuce (2006, p. 3) ao indagar que “mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”. Além do que, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente também dispõe acerca da dignidade em sua redação, conforme:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente)

A partir deste ponto é válido ressaltar a reflexão de Norberto Bobbio em sua obra “*Igualdade e Liberdade*”, quanto a inexistência de direitos fundamentais absolutos, bem como da não imposição do Estado nas relações sociais dos indivíduos, apontando os princípios de igualdade e liberdade em seu raciocínio, o que se encaixa ao tema abordado na pesquisa. O autor alude:

Não há princípio abstrato que não admita exceções em sua aplicação. A diferença entre regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada. Onde a liberdade é a regra sua limitação deve ser justificada. Onde a regra é a igualdade deve ser justificado o tratamento desigual. Mas o ponto de partida pode também ser oposto como na escola ou num quartel onde a regra é a disciplina e a liberdade é exceção. Decidir o que é mais normal se a liberdade ou a disciplina a igualdade ou a hierarquia não é algo que se possa fazer de uma vez por todas. Liberdade e igualdade são mais normais do que disciplina e hierarquia somente em sentido normativo no universo do dever ser. Não me resulta que entre as várias elucubrações sobre sociedades ideais exista uma só na qual os cidadãos não sejam nem livres nem iguais embora uma sociedade de livres e iguais não conheça nem tempo nem lugar.¹

Com relação ao prazo prescricional do ressarcimento por abandono afetivo começa a fluir quando o interessado atinge a maioridade quando se extingue o pátrio poder. Tal entendimento foi apresentado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça quando reconheceu a ocorrência de prescrição em ação proposta por um homem de 51 anos de idade. Neste caso, mesmo o prazo de 20 anos interposto pelo Código Civil de 1916, pois a idade de 51 anos corresponderia a 33 anos após o atingimento da maioridade.

¹ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro, Ediuoro. 1997. p.8

Pelo novo Código Civil de 2002, o direito à indenização por abandono afetivo prescreve 3 anos após a maioridade do filho, conforme o artigo 206, §3º, inciso V, pois a reparação por danos morais e materiais decorrentes do abandono afetivo possui caráter econômico, motivo pelo qual não pode ser admitida como imprescritível. (BRASIL, 2002)

A doutrina diverge quanto à possibilidade de reparação dos danos morais provenientes do abandono afetivo, sendo diversos os argumentos apresentados pelos estudiosos do tema para justificar seus posicionamentos.

Defendendo a possibilidade de reparação dos danos morais provenientes do abandono afetivo Tartuce (2009, p. 112) pontua que é possível a indenização em decorrência do abandono afetivo, porque a conduta enquadra-se aos termos do art. 186 do Código Civil, considerando a falta de afeto um ato ilícito. Lôbo (2011, p. 308-309) preconiza que a condenação por abandono afetivo, além de ter caráter pedagógico e dissuasório é um significativo fator de reforma de valores sociais e dos paradigmas jurídicos.

O autor ainda chama a atenção para a necessidade de se analisar o tema à luz do princípio da paternidade responsável, estabelecido no art. 226 da Constituição, que não se limita ao cumprimento do dever de assistir materialmente a prole, e sim, de assistir moralmente, dever jurídico este que ao ser descumprido pode levar a pretensão indenizatória. (LÔBO, 2011, p. 308-309) Venosa (2012) expõe que ofende a dignidade da criança não apenas a ausência do socorro material, mas também a omissão moral e psicológica, que geram traumas indenizáveis por dano moral.

Logo, a omissão do genitor em exercer os deveres que decorrem do poder familiar, abstendo-se de cumprir a obrigação de ter o filho em sua companhia, acarreta em danos emocionais que devem ser reparados. (NADER, 2013, p. 362); (AZEVEDO, 2011)

O abandono, para configurar o ilícito, é indispensável que seja voluntário. Se o pai, por exemplo, se afasta do filho porque contraiu doença contagiosa ou ficou entregue às drogas ou ao alcoolismo, não se tem ilícito. No primeiro caso, porque a força maior rompe o nexo de causalidade; nos demais, simplesmente por falta de dolo ou culpa. Os casos, todavia, devem ser analisados em sua concretude, pois aquelas ocorrências às vezes não impedem o contato ao menos por telefone, cartas, e-mails.

Não se caracteriza o abandono o desencontro entre pai e filho decorrência da ignorância da paternidade. Se o pai desconhecia a existência do filho, não pode ser cobrado do mesmo os deveres da paternidade. (NADER, 2013, p. 362)

Rosa e Carvalho (2012, p. 212), por sua vez, ressaltam que a formação do filho como pessoa exige a presença constante dos dois genitores, para lhe dá educação, afeto entre outras coisas. Logo, a conduta do pai desatencioso com o filho pode ser moralmente censurável, mas não ilícita.

Contrários à indenização por abandono afetivo, Rosenvald e Farias:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser. (ROSENVALD; FARIAS, 2010, p. 76)

Os autores ressaltam que a falta de afeto entre pai e filho pode gerar destituição do poder familiar ou imposição ao pagamento de alimentos, mas não geraria obrigação de reparar dano moral, além de que a indenização, se ocorresse, agravaria a situação de falta de afeto entre pai e filho. Enfim, em hipótese de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Família deverão ser ministrados para a solução do problema. (ROSENVALD; FARIAS, 2010, p. 77)

Defendendo a impossibilidade da reparação, Almeida e Rodrigues Junior (2012, p. 586) alegam que não se pode impor a outrem um sentimento que aquele não tem e não faz questão de ter. Entretanto, é extremamente provável que a imposição desse sentimento não irá cumprir seu papel no seio da família. Ademais, os autores levantam a questão a qual os defensores da existência do dano afetivo em assegurar que a presença de ambos os pais é indispensável para desenvolvimento do filho. Porém, destaca que isso não condiz com a nova realidade das entidades familiares, pois afirmar que a criança que cresce ao lado de apenas um dos pais é prejudicado é negar o atual conceito das novas famílias brasileiras, ou seja, a atual formação da entidade familiar.

Não se pode obrigar um pai ou uma mãe a amar seu filho nem mesmo dá atenção, carinho e afeto, no entanto, cabe à sociedade exercer um papel solidário de alertá-los quanto aos prejuízos sobre a formação e sobre o caráter do filho abandonado afetivamente. Constitucionalmente, ambos têm responsabilidade sobre os filhos, sendo a ausência do afeto o descumprimento de um direito do filho e como tal cabe sanção.

Os casos reais que ocorrem cotidianamente devem obter a assistência do Judiciário para minimizar os danos morais e materiais decorrentes do abandono afetivo, deixando de lado as desculpas baseadas em questões meramente técnicas, pois “a lei não é a única fonte

do direito, e, ao se adentrar no campo da hermenêutica jurídica, verifica-se que à própria lei são aplicadas diversas modalidades de interpretação". (MOYSÉS, 2012, p. 4)

Dias (2010, p. 48) argumenta que a Síndrome de Alienação Parental deva ser punida para que essas ações não sejam incentivadas já que influenciam negativamente no desenvolvimento físico-psíquico da Criança e do Adolescente e constituem num abuso moral² para com os menores envolvidos além do prejuízo ao genitor vítima do alienador.

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável. (DIAS, 2010, p. 48)

A Lei n. 12.318 de 2010 referente à alienação parental reconheceu o afeto circunscrito às relações familiares como um bem jurídico regulamentado no art. 3º da lei citada. Tal reconhecimento abre portas jurídicas ao ressarcimento dos filhos por danos morais sofridos com o abandono afetivo. (MOYSÉS, 2012, p. 4)

2.1. O ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Assim como ocorre no âmbito doutrinário, a responsabilidade civil por danos provenientes do abandono afetivo também divide opiniões no âmbito jurisprudencial.

Primeiramente, a fim de resgatar a reflexão supracitada quanto a relação entre a afetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana, enalta-se o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que tal relação foi indicada e, inclusive, aplicada ao caso em questão, veja:

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

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do

² Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010).

direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

(TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator(a): Des.(a) Unias Silva, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004)

Embora tal decisão tenha sido cassada pelo Superior Tribunal de Justiça mineiro, após Recurso Especial interposto pelo pai, ainda sim é válida sua apresentação, dado o fato de ser possível aplicar o princípio da afetividade a partir do fundamento envolto no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, em julgamento do Recurso Especial nº 514.350/SP, em 28/04/2009, o direito a indenização por danos morais resultante do abandono moral e afetivo de seu pai foi negado ao requerente. A decisão em comento restou assim ementada:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2014)

Na decisão em questão, o órgão julgador decidiu que a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito e que o abandono afetivo não caracteriza o mesmo, não sendo então cabível de reparação pecuniária.

Para o Ministro Relator, "escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada". (BRASIL, 2014)

Anote-se que a decisão referenciada, REsp 757411 / MG, data de 2006, nos seguintes termos:

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. (BRASIL, 2005)

Porém, anos depois, e apesar da divergência doutrinária quanto à possibilidade de reparação dos danos provenientes da reparação civil dos danos por abandono afetivo,

inclusive com o posicionamento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto a impossibilidade de reparação dos danos, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, restou assentado, no âmbito do mesmo órgão julgador, a possibilidade de reparação dos danos provenientes do abandono afetivo, reacendo as discussões. (BRASIL, 2012)

A decisão em comento se encontra assim ementada:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

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

No caso em comento, o genitor foi condenado ao pagamento da quantia de R\$ 200.000.00, como forma de compensar os danos morais sofridos pela filha em decorrência da ausência do pai durante sua infância.

A Ministra Relatora, em seu voto, enfatizou que “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”. (BRASIL, 2012)

Para a Ministra Nancy Andrighi, enquanto o amor diz respeito à motivação, e foge às questões legais, o dever de cuidado é de cunho objetivo, e por isso pode sim ser averiguado pelo Poder Judiciário; e, quando descumprido, gera a obrigação de reparar o dano. Logo, “amar é faculdade, cuidar é dever”. (BRASIL, 2012)

Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça o órgão julgador ressaltou que para a configuração do abandono afetivo há de existir a possibilidade de o genitor exercer os seus deveres de pai. Logo, desconhecendo a paternidade, não há o que se falar em abandono por descumprimento dos deveres, e muito menos em obrigação de reparar quaisquer danos provenientes: assim,

CIVIL E FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DE ABANDONO AFETIVO POR OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente.

2. O desconhecimento da paternidade e o abandono a anterior ação de investigação de paternidade por mais de vinte anos por parte do investigante e de seus representantes, sem nenhuma notícia ou contato buscando aproximação parental ou eventual auxílio material do investigado, não pode configurar abandono afetivo por negligência.

CIVIL E FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MULTA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. MULTA DEVIDAMENTE APLICADA. PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DA COISA JULGADA FORMAL EM DETRIMENTO DO DIREITO DE PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente.

2. Demonstrada a indisfarçável pretensão de se alterar a verdade dos fatos e a dificuldade na busca da verdade real, justifica-se a aplicação da multa do por litigância de má-fé, na forma do inciso II do art. 17 do CPC.

3. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior já proclamou que em ações de estado, como as de filiação, não se apresenta aconselhável privilegiar a coisa julgada formal em detrimento do direito à identidade, consagrada na CF como direito fundamental. Precedentes. Recursos especiais não providos. (BRASIL, 2016)

O Ministro Relator, em seu voto, ao analisar especificamente a problemática do abandono afetivo, salienta que:

O abandono afetivo, entendido como a falta de cumprimento dos pais para com seus filhos com relação aos deveres inerentes ao poder familiar, não poderia se configurar em relação ao investigado, ainda que a título de culpa, porque não tinha o dever legal de ir procurar saber da suposta filiação que lhe fora atribuída. Também, no campo da moral, que não é sancionado pelo direito, não se podia exigir do investigado outro comportamento porque jamais teve plena certeza da filiação.

O que se percebe, claramente, da análise da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é que até o ano de 2009 as decisões eram desfavoráveis ao reconhecimento da possibilidade de reparação dos danos morais por abandono afetivo, até que fora proferida decisão, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi que reconheceu a possibilidade de reparação por abandono afetivo, alterando o posicionamento do órgão julgador. Contudo, para que se imponha a um dos genitores o dever de reparar os danos por quebra do dever de afeto, de cuidado, de prestar assistência moral, não podem existir elementos que conduzam a posicionamento diverso, sob pena de restar afastada tal obrigação, como se vê da recente decisão, nos autos do REsp n ° 1374778/RS, acima transcrita. (BRASIL, 2016)

O Processo de Apelação Cível – AC 10145074116982001 MG, que teve como relator o Ministro Antonio José Barros Levenhagen, cujo julgamento ocorreu em 16/01/2014 na 5ª Câmara Cível de Minas Gerais.

TJ-MG - Apelação Cível: AC 10145074116982001 MG

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

- A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.

O julgado (REsp 1.159.242/SP) tem sido tomado como referência na jurisprudência para comprovar a importância de indenizar filhos que, comprovadamente, foram lesados por abandono afetivo praticado por um de seus progenitores. Cada caso tem suas especificidades e nem todo abandono paterno é passível de indenização. (BODANESE, 2011)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que

manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

O Recurso Especial – REsp 1.159.242/SP, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012 resultou em uma indenização a ser paga pelo genitor ao filho no valor de R\$ 200 mil, mas a mesma ação, em julgamento anterior tinha sido estipulado a indenização de R\$ 415 mil por abandono afetivo.

Por último, mas não menos importante, e considerando o pequeno número de decisões no âmbito dos Tribunais Superiores, passa-se a abordar algumas decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recente decisão proferida por este órgão julgador afastou a reparação dos danos morais, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO APTO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL. 1. No direito de família, a reparação por danos extrapatrimoniais é, em tese, cabível, sendo imprescindível para tanto, porém, que haja a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre ambos, nos moldes do que preconiza os arts. 927 e 186 do Código Civil. 2. Embora seja plausível que a autora, que já contava 54 anos de idade à época do ajuizamento da ação, tenha sofrido ao longo de sua vida pela ausência do pai biológico, esta situação não pode ser atribuída somente ao genitor, que apenas teve comprovado conhecimento acerca do possível vínculo biológico entre ambos - vínculo este cuja existência restou confirmada pelo resultado do exame de DNA realizado neste feito - pouco tempo antes da propositura da demanda, conforme narra a própria autora na petição inicial. O fato de o demandado ter referido, em seu depoimento, que ficou sabendo da existência de uma criança que havia sido abandonada pela mulher com quem havia se relacionado anteriormente não é capaz de configurar o abandono afetivo que respalda o pedido indenizatório deduzido pela autora, porquanto não há qualquer elemento probatório que indique que o demandado tivesse ciência, desde então, que aquela criança abandonada seria sua filha. 3. Não se enquadrando a conduta do demandado no conceito jurídico de ato ilícito apto

a gerar o dever de indenizar, não merece reparos a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, decorrente de alegado abandono afetivo. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

Vê-se claramente que o órgão julgador entende que não restou demonstrado, no caso em comento, ato ilícito a ensejar a reparação dos danos, embora não tenha deixado de reconhecer que a não convivência com o genitor, ao longo de toda a vida, tenha causado sofrimento a autora. Contudo, como a comprovação da paternidade somente ocorrera pouco tempo antes da propositura da ação de reparação de danos, entendeu inexistir ilícito a ser reparado. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

Também afastando a possibilidade de reparação por danos morais, encontra-se decisão proferida pela Oitava Câmara Cível, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO À FILHA. DESCABIMENTO. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. O distanciamento do varão em relação à filha não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja plausível que a autora tenha sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. Ademais, em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar. NEGARAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

O Desembargador, em seu relatório, observou que embora reprovável moralmente, a conduta do genitor não se enquadra em conceito jurídico de ato ilícito, a ensejar o dever de reparar dano, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. Logo, afastou a obrigação de reparar, e negou provimento ao recurso da filha, que postulava em juízo indenização pela omissão do seu genitor. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos processos levantados e de como é tratado os casos de abandono afetivo na jurisprudência brasileira, conclui-se que as autarquias do poder judiciário têm adotado diferentes critérios no julgamento dos pedidos de indenização por abandono afetivo no Direito de Família, inclusive, sequer há uma delimitação acerca do grau de abandono suficiente a ensejar tal demanda. Desta forma, não seria equivocado esperar da doutrina o entendimento de que, dada a voluntariedade dos genitores em praticar atos como de visita,

auxílio e participação ativa na vida da criança e do adolescente, ou seja, atos de afeto e cuidado para com o(a) filho(a), a simples negligência na observância de tais quesitos seria suficiente para a caracterização de negligência do(a) genitor(ora).

Até porque, para fins de exemplificação, a judicialização do afeto poderia ter início no mero descumprimento de qualquer uma das determinações acordadas em ações de divórcio, ainda que estes não sejam a maioria dos casos ocorrentes.

Além disso, em alguns casos as decisões não são voltadas somente em benefício dos filhos, procurando analisar a parte genitora, as quais refletem um novo aspecto a ser explorado em relação à otimização de tais decisões, o que inevitavelmente influenciaria no referido marco inicial de abandono a ser judicializado.

Quando esta lesa as penalidades do abandono afetivo, evidencia-se que, de modo um tanto quanto peculiar, o parecer doutrinário e jurisprudencial, sobre o tema em questão, parecem caminhar em sentido oposto, pelo menos no que tange a análise das decisões no âmbito do Tribunal do Rio Grande do Sul, pois o que se vê é que por mais que a doutrina defenda a possibilidade de indenização por abandono afetivo, está fadada aos julgadores que perpetuam em enfatizar a impossibilidade de reparação pecuniária.

Deveras difícil será o desafio para que sejam questionados e por fim superados tais divergências dos exercitantes de cargos do Poder Judiciário, a tomar nova postura em tal tocante.

E em razão a tais proporções avalia-se que em decorrência de tais fatores, ao passo que se aparenta certo conservadorismo, perdura em severas condições e sem quaisquer tipos de reparo ou compensação as crianças e adolescentes vítimas de pais que negam e omitem suas responsabilidades como pais e por sua vez negligenciam direitos fundamentais inerentes à criança, acarretando problemas tanto aos progenitores quanto a outra parte genitora.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: das famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BODANESE, Paula. **O Dever de indenizar por dano afetivo nas relações paterno-filiais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro, Ediouro. 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%EAo_Compilado.htm. Acesso em: 4 Mar. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 1º de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 4 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 24 abr. 2012, julg. 10 mai. 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=abandono+afetivo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 1 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1374778/RS**, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julg. 18 jun. 2015, publ. 01 maio 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=abandono+afetivo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 1 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.350/SP**, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julg. 28 abr. 2014, julg. 25 mai. 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=abandono+afetivo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 1 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 757411 / MG, Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julg. 29 nov. 2005, publ. 27 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>. Acesso em: 1 Mar. 2018.

COSTA, Débora Souto. **O abandono afetivo e o dano moral à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea). Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental: o que é isso?** 2010. Disponível em: http://www.medeiros-ca.com.br/dsc/arqs/DF_Texto1.pdf. Acesso em: 1 Mar. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOYSÉS, Helena Carvalho. **O abandono afetivo dos filhos e a possibilidade de compensação por danos morais**. 2012. Disponível em:

<<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1121/R%20DJ%20%20Comentario%20civil%20-%20Helena.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 Mar. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064689896**, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julg. 1 Mar. 2018. 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=70064689896&num_processo=70064689896&codEmenta=6380553&temIntTeor=true>. Acesso em: 1 Mar. 2018.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano moral e direito das famílias**. Florianópolis: Voxlagem, 2012.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARTUCE Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, n. 7, p. 100-115, dez-jan. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Contatos: natalia-miyazaki@hotmail.com ; anjos.m@adv.oabsp.org.br