

ABANDONO AFETIVO: AMAR É UM DEVER?

Karen Regina Amorim Carmo Ribeiro Soares

Resumo: O abandono afetivo, entendido como a privação de convivência afetiva e assistência moral sofrida pela criança ou adolescente, independentemente de ter suas necessidades físicas e materiais atendidas, tem ensejado discussões sobre a possibilidade ou não de se tutelar o afeto ao ponto de torná-lo indenizável. No judiciário brasileiro, ações indenizatórias por dano moral causado pelo abandono afetivo têm tido dois posicionamentos dos tribunais, o primeiro dá provimento por entender que o afeto é elemento constitutivo da dignidade da pessoa humana; o segundo, nega o provimento por não considerar o afeto tutelável ou passível de ser quantificado; limites ao dever de indenizar têm sido propostos para que não se distancie o dano moral da realidade. Atenta-se ao fato de que ações indenizatórias podem prejudicar ainda mais as possibilidades de se reestabelecer as relações familiares e não são suficientes para suprir a perda afetiva já sofrida.

Palavras-chave: Abandono Afetivo; Relação Paterno-Afetiva; Dever de Indenizar;

Considerações iniciais

Antigamente conhecido como abandono afetivo-parental, o termo “abandono afetivo” foi pertinentemente reduzido para englobar os diferentes contextos familiares atuais. Apesar de estar constantemente associado à figura paterna, o termo tem sido utilizado para caracterizar a omissão afetiva de qualquer ente responsável pela criança ou jovem sujeitos à sua autoridade.

Para iniciar qualquer diálogo sobre o tema, necessária se faz a busca por uma conceituação que o difira de outros não pertinentes ao presente artigo, como, por exemplo, a negligência, o abandono material ou ainda o abandono intelectual, todos esses, formas de violência contra a criança e o adolescente, mas que reservam características específicas.

A negligência, apesar de não ser tipificada nem no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nem no Código Penal, é entendida pela doutrina como uma

forma negativa de culpa, na qual o agente deixa de agir com o cuidado de que era obrigado e capaz.

O abandono, por sua vez, de acordo com o ECA, pode ser entendido como a conduta dos pais de não prover o sustento, a guarda e a educação de seus filhos menores. No Código Penal brasileiro, há ainda a distinção dos abandonos material, no qual o agente deixa de prover subsistência, e intelectual, em que a omissão ocorre frente à instrução primária do filho em idade escolar.

O abandono afetivo, porém, é entendido como a privação de convivência afetiva e assistência moral sofrida pelo menor, independentemente de ter suas necessidades físicas e materiais atendidas.

Ao questionarmos se amar é um dever, temos que deixar claro o entendimento de que dever é um vínculo imposto à vontade da pessoa, diferentemente da obrigação, que é um vínculo ao qual ela mesma se impõe. Essa distinção é necessária para entendermos se o Estado pode impor aos pais e responsáveis de crianças e adolescentes o dever de dispensar-lhes amparo afetivo.

A seguir, analisaremos quais têm sido os dois principais posicionamentos que o judiciário brasileiro tem tido frente às ações de indenização por abandono afetivo, levantando os argumentos utilizados, partindo posteriormente à discussão sobre a tutelabilidade do afeto e os limites do dever de indenizar.

1. Intervenção jurídica na relação paterno afetiva

Desde de 2003, diversas ações indenizatórias por abandono afetivo têm sido propostas. Podemos pensar em alguns fatores que corroboraram para esse tipo de demanda, sendo o mais aparente deles o fato de que nas últimas décadas, principalmente com o avanço das pesquisas no campo da psicologia, o pesquisador tem voltado seus olhos para os conflitos internos e psíquicos do ser humano, considerando seus diversos aspectos nos desenvolvimentos cognitivo, físico, emocional, social e cultural. Esse movimento tem produzido um maior questionamento sobre o eu e uma aproximação dos estudos sobre os direitos fundamentais da pessoa humana. No Brasil, podemos identificar esse fenômeno na aprovação, nas últimas décadas, de leis voltadas aos direitos humanos, e no que tange à criança e ao adolescente, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

(Lei 8.069/1990), a Lei da Palmada (Lei 13.010/2014) e o Marco da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) podem ser citados como exemplos.

Por ser uma matéria relativamente nova tanto no campo acadêmico quanto no judiciário, não há pacificação sobre o tema nos tribunais, havendo, portanto, no mínimo dois entendimentos: o primeiro nega provimento às demandas por não haver comprovação efetiva dos danos morais alegados; o segundo dá provimento por entender que os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana estão sendo violados.

Ao reunir um número simbólico de julgados, levantamos os argumentos utilizados pelos magistrados tentando entender sob qual perspectiva estão conduzindo tais ações. As palavras-chave utilizadas para a busca dos julgados foram “abandono afetivo” e “abandono moral”.

Quanto aos julgados que deram provimento às ações, na maior parte são somados os pedidos por dano material e moral por negligência parental e abandono afetivo. Dentre estes, a ação de destituição do poder familiar se faz comum, sendo o abandono afetivo, materialmente comprovado, o próprio argumento para tal pleito, conforme demonstrado no julgado abaixo:

Ante à demonstração do descaso e abandono afetivo e material por parte dos genitores em relação aos outros dois filhos menores, já sob a guarda de terceiros, e a resistência às tentativas de tratamento da dependência química, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, a teor do que dispõe o art. 1.638 do Código Civil e art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

(TJSC, Apelação Cível n. 2014.067871-0, de Lages, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

Quanto aos julgados que negaram provimento às ações, a situação mais comum foi a de filhos que tiveram os vínculos afetivos cortados com algum dos progenitores pelo simples distanciamento após separações e divórcios. Nestes casos, os magistrados não admitem tal distanciamento como um motivo válido para fundamentar a indenização por dano moral, conforme se percebe abaixo:

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 aos filhos 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 os apelantes tenham sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. (TJRS, Apelação Cível nº 70044172401, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos)

Sobre o argumento utilizado pelo desembargador, só gostaríamos de fazer uma ressalva, chamando a atenção para o perigo desse discurso, que isenta a responsabilidade do genitor quanto ao vínculo afetivo após uma separação. Essa postura reforça a sobrecarga imposta à mãe sem questionar o real papel do pai na relação paterno-filial.

É verdade, porém, que o mesmo argumento foi utilizado por outro desembargador em caso de ação indenizatória de filha contra mãe, em que foi fundamentado que:

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, e constitui antes um fato da vida. (TJRS, Apelação Cível nº 70035087097, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves)

Ainda sobre os julgados improcedentes, uma realidade comum encontrada nas ações indenizatórias por abandono afetivo é que elas sejam propostas no final da adolescência para o início da vida adulta e, por este motivo, uma das teses apresentadas pelos magistrados é o da prescrição vintenária, na qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que o prazo prescricional em relação às pretensões indenizatórias decorrentes de abandono afetivo tem início ao atingir a maioridade, momento em que cessa o poder familiar. Foi sob essa égide que foi negado o provimento da ação de uma senhora de 48 anos que pleiteava o reconhecimento da paternidade, bem como a indenização por abandono afetivo:

[...] não é pressuposto para a caracterização de abandono afetivo o reconhecimento formal da condição de pai por meio de sentença, tampouco obstativo do transcurso do lapso prescricional [...]. O fato de a recorrida infelizmente não ter assimilado, até o momento, a rejeição paterna e padecer dos males até os dias atuais não altera o marco inicial da prescrição. Isso porque, as eventuais consequências do ato que gera o dano e o próprio ato não se confundem. O que gera o dever de indenizar é o ato que gerou o dano e não as suas consequências. (TJSC, Apelação Cível n. 0004404-22.2013.8.24.0026, de Guaramirim, rel. Des. Sebastião César Evangelista)

Um dado importante sobre os julgados, é que em mais de 30 agravos regimentais recursais especiais analisados que foram emitidos pelo STJ é visível a tendência deste órgão do judiciário em negar provimento às ações envolvendo o tema do abandono afetivo, e na sua maior parte baseado na súmula 282, que entende inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional (geralmente o princípio da dignidade humana) não tiver sido apreciada no acórdão recorrido.

Não ocorrendo o debate dos preceitos legais ditos violados pelo acórdão, e não opostos embargos de declaração pelo recorrente, têm incidência as Súmulas 282 e 356 do STF. (STJ, AgRg no AREsp 811.059/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

Em 2012, porém, em ação envolvendo caso de filha contra o pai alegando abandono afetivo, foi mantida indenização de R\$ 200.000,00, no qual o Ministro Marco Buzzi argumentou que a conduta agressiva da mãe, alegada pelo pai para justificar a ausência paterna, não é justificativa válida nos fatos da vida da filha, e tendo entendido a comprovação material do abandono moral, o ministro ainda defendeu que “*o amor não pode ser cobrado, mas afeto compreende também os deveres dos pais com os filhos. [...] A proteção integral à criança exige afeto, mesmo que pragmático, e impõe o dever de cuidar*”. (2012)

É após essa frase, que introduzimos a reflexão que nomeia o presente artigo, afinal, amar é um dever?

2. O afeto tutelável

A legislação brasileira busca constantemente resguardar os direitos fundamentais e, de acordo com muitos autores, tem um zelo até que excessivo ao prever reiteradamente princípios que revelam a primazia dos valores humanos absorvidos e orientados pela Constituição.

Quanto ao papel dos pais em relação aos seus filhos, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 229 que “*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]*”, ao passo que no Art. 19 do ECA, é previsto que “*é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família [...], em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral*”.

Ao pensarmos no desenvolvimento integral da criança, consideramos ser todas as dimensões do desenvolvimento humano, ou seja, o cognitivo, o físico, o intelectual, o emocional, o ético e todos os demais possíveis. Para ser possível esse tipo de formação, se faz necessário um ambiente familiar estruturado tanto material e financeiramente quanto emocionalmente, o que de acordo com as configurações de família no Brasil já não condiz em sua maioria com a realidade.

Porém, a lei exige da família uma postura mínima frente a essa criança: a postura de cuidado. Note-se que cuidado difere-se de amor. Em sua complexidade e subjetividade, não nos atrevemos aqui definir o que é amor, deixando tal ônus

para o dicionário que diz: “*Forte afeição por outra pessoa, nascida de laços de consanguinidade ou de relações sociais.*” (Dicionário Aurélio Online, 2017). Essa afeição, exatamente pelo caráter abstrato que possui, não pode ser exigida pelo Estado, mas, por meio da legislação, este impõe deveres concretos de cuidados pelos pais. Nas palavras do Ministro Marco Buzzi, “*Não se trata de uma impossível obrigação de amar, mas de um dever impostergável de cuidar*” (2012).

O desafio, entretanto, é imaginar um ato de cuidado ausente de afeto.

Há quem defenda que o afeto é sim tutelável, tendo em vista que o carinho, o zelo, a atenção e a solidariedade são elementos que incorporam a dignidade da pessoa humana, direito e princípio constitucional extremamente valorizado em nosso ordenamento. Entendido, portanto, como bem juridicamente tutelável, seria o afeto passível de indenização pecuniária. Flávio Tartuci (2017) e José Fernando Simão (2013) são partidários dessa corrente.

Por outro lado, e é exatamente o que defendemos, há quem acredite que o afeto, o carinho, não podem ser quantificados ou indenizados. O Ministro Fernando Gonçalves, por exemplo, diz que o ordenamento pátrio já prevê, tanto no ECA (Art. 24) quando no Código Civil (Art. 1638), a perda do poder familiar, sendo esta a punição mais grave na esfera civil aplicada aos genitores que descumprem o dever de cuidado para com seus filhos. Francisco Alejandro Horne, também partidário dessa corrente, diz que não podemos quantificar o amor ou o desejo, muito menos exigir que se goste ou não de alguém (2007, p. 34).

Conforme Bello (2013), há ainda uma terceira corrente intermediária, defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que “*classifica o afeto como um valor relevante a ser observado no direito de família*”, não descartando a indenização, mas pedindo cautela ao analisá-la.

Preferimos, todavia, defender o que foi escrito pelo desembargador Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves:

Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre mãe e filha, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro.

(TJRS, Apelação Cível nº 70035087097, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves)

Considerações finais

Buscando de forma breve propor diálogos e defender posições frente ao tema abandono afetivo, com a análise dos julgados brasileiros culminada com as reflexões sobre o dever de amar, nos resta pensar sobre os limites do dever de indenizar. Para desenvolver esse último tópico, trago os autores Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka e Júlio Cezar de Oliveira Braga.

Hinoraka buscou estabelecer certos limites ao dever de indenizar decorrente do abandono afetivo, chamando atenção à temerária “*instalação de [uma] verdadeira indústria indenizatória do afeto*” (2007, p. 9). Quando discute as possibilidades de indenização, elenca os elementos dano (à personalidade do indivíduo), culpa (deliberalidade do genitor não-guardião de se negar a participar do desenvolvimento da personalidade da criança, de forma negligente ou imprudente), e o nexo de causalidade (verificada pela perícia que indicará não só a existência do dano, como também a sua causa) como limites, defendendo que a indenização por abandono afetivo não deve ser disponibilizada de forma desapegada da realidade, dificultando ainda mais as possibilidades de restabelecimento das relações familiares. Em sábias palavras, escreve sobre a importância de percebermos que o afeto é mola propulsora da engrenagem familiar e não o patrimônio ou os laços biologizados.

Oliveira Braga, por sua vez, ao dialogar com o direito e a psicanálise, diz que

Se o Direito imputa ao sujeito reparações cíveis e penalidades criminais baseadas em códigos normativos que asseguram o convívio social, para a Psicanálise a mera imputação da pena, ou seja, a condenação, sem a elaboração psíquica pelo sujeito acusador de danos ou agente de atos ilícitos, de certo modo produz um efeito contrário ao perseguido pelo Direito: impede o sujeito de assumir a responsabilidade pelo seu ato. (Oliveira Braga, 2014, p. 53)

Podemos concluir, portanto, que meras reparações pecuniárias não são suficientes para reestabelecer vínculos afetivos em casos de abandono afetivo. Por se tratar de medidas paliativas e pouco eficazes, o resultado tende a ser o afastamento ainda maior dos envolvidos, alargando o abismo emocional já existente e afastando o autor do abandono do real problema, não assumindo as responsabilidades afetivas envolvendo a vítima, independente das responsabilidades financeiras ou físicas.

Transformar em punição monetária o abandono sob a ótica de que a afetividade não recebida nunca veio e nunca virá, caracterizando a lide em uma conduta puramente vingativa, tão pouco trará alento àquele que já foi vítima dessa situação.

As medidas auto compositivas de soluções de conflitos frente a essa realidade, por fim, ao que parece, possuem chances muito maiores de garantir a satisfação de ambas as partes envolvidas, sendo uma ferramenta poderosa a favor da vítima do abandono.

Referências

- BELLO, Roberta Alves. **A tutela jurídica do afeto e sua implicação na responsabilidade civil no direito das famílias**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13753>. Acesso em nov. 2017
- BRAGA, Júlio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo: Do Direito à Psicanálise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em nov. 2017.
- HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº 8, 2007, p.34-39.
- MIRANDA, Talita Elisabete Dias de. **Responsabilidade civil pelo abandono afetivo do filho**. Curitiba, 2014.
- SIMÃO, José Fernando. **Afetividade e Responsabilidade**. IV Congresso Nordestino de Direito das Famílias, Porto Seguro, 2013.
- STJ, AgRg no AREsp 811.059/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze
- TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Informativo Migalhas. São Paulo, 2017
- TJRS, Apelação Cível nº 70035087097, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves
- TJRS, Apelação Cível nº 70035087097, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves
- TJSC, Apelação Cível n. 2014.067871-0, de Lages, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira