

**REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO
AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

**REFLECTIONS ON CIVIL LIABILITY FOR ABANDONMENT AFFECTIVE
RELATIONS IN FATHER-BRANCHES**

KÊNIA BARCELOS DRUMOND BARROS¹

ELISENE CARLA DOS PASSOS²

Resumo: O presente artigo visa analisar a hipótese de responsabilização dos pais pelo abandono afetivo perpetrado contra o filho. Atualmente existe maior preocupação com o afeto nas relações do Direito de Família, constituindo prova disso os casos de pedidos de indenização fundamentados na ausência de amor de um dos pais pelo filho. Deste modo o presente estudo traça considerações o abandono afetivo e a dignidade da pessoa, discute sobre os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, analisa a evolução história do direito de família, bem como os reflexos do dano moral afetivo. Posteriormente traz a baila os fundamentos das correntes, adeptas ou não a aplicação da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Ao fim conclui-se pela impossibilidade de responsabilidade Civil do genitor (a) pelo abandono afetivo, tendo em vista a impossibilidade de impor as pessoas o que estas devem sentir sob pena de punição.

¹ Aluna de Disciplina isolada do Mestrado em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – IEC PUC-Minas. Advogada

² Aluna de Disciplina Isolada do Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Abandono afetivo. Família.

Abstract: Abstract: This article aims to analyze the hypothesis accountability of parents for emotional abandonment perpetrated against the child. Currently there is more concern about the affect the relations of Family Law, constituting proof cases of insurance claims based on the absence of love of a parent for the child.

Therefore, the present study provides considerations affective abandonment and the dignity of the person, discusses the assumptions characterizing the liability, analyzes the evolution history of family law, as well as the reflections of affective material damage. Subsequently brings fore the foundations of current, adept or not the application of civil liability for emotional distance, and the position of the Superior Court. After we concluded the impossibility of Civil responsibility of the parent (a) the emotional distance, taking into account the impossibility of imposing people what they should feel under threat of punishment.

Keywords: Indemnity. Moral damages. Affective abandoned. Family.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano na condição de ser social por excelência vive em sociedade e neste contexto o Direito é chamado a intervir nas relações sociais para regulá-las, a fim de tornar a convivência social possível.

Neste sentido, as normas sejam as de direito material, sejam as de direito processual, encontram sua razão de ser na vida em sociedade.

É fato que as relações familiares em muito se alteraram e cotidianamente em um número crescente os conflitos decorrentes destas.

Atualmente no direito brasileiro convivemos com o fenômeno jurídico denominado “judicialização do afeto”.

Cumprе salientar que as urgências do cotidiano tão cheio de rotina não podem nos impedir de repensar os institutos jurídicos e de redesenhar o direito que se aplica aos fatos sociais sob pena de sob as vestes de juristas residirem perpetuadores de injustiças.

É com este desejo de repensar o direito que aplicamos no cotidiano que nos dedicamos ao estudo da responsabilidade civil no âmbito do afeto nas relações familiares.

A existência de dano moral afetivo reclama o exercício da jurisdição estatal? O ato de não amar é um ato ilícito? Na sentença condenatória a reparação por dano moral afetivo, haverá a satisfação do bem da vida pretendido ou tão somente haverá uma sanção pecuniária por desamor?

É sobre esta ótica que se passa a analisar a possibilidade de responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo.

2 O ABANDONO AFETIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não há dúvidas que a formação do ser humano abrange entre diversos aspectos, o da sua psique. Nesse diapasão, também é indiscutível que a criança responde ao meio no qual convive, trazendo para sua formação aspectos positivos e negativos decorrentes de sua

vivência diária com os demais membros da entidade familiar, da escola e de seu grupo de amizades.

A afetividade, elevada a princípio fundamental das relações familiares, é aplicado pela jurisprudência brasileira, por exemplo, no reconhecimento da parentalidade socioafetiva, sendo alvo de discussão a aplicação do princípio como motor da indenização por abandono afetivo.

Importante contribuição para o arcabouço da presente discussão foi trazida pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, ao incluir no rol de elementos a serem considerados para a determinação do responsável pela guarda unilateral dos filhos o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar (art. 1.583, CC).

Igualmente balizador da presente discussão deve ser mencionado o princípio da dignidade humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal como fundamento da República, assim caracterizado nas palavras de Alexandre de Moraes como:

“... um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar...”. (MORAES, 2007, p.16)

É inegável que a dignidade da pessoa, base de todo o ordenamento constitucional, é também princípio basilar do Direito de Família, devendo ser considerado em sua plenitude na solução das demandas envolvendo as relações familiares, nelas incluído o tema do presente trabalho.

3 PRESSUPOSTOS DA REONSABILIDADE CIVIL E DO DANO MORAL

A responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva ou objetiva, classifica-se por subjetiva a responsabilidade baseada na culpa do agente, a qual deve ser comprovada para gerar a obrigação de reparar o dano.

Por objetiva quando a atividade por sua natureza, causar riscos de dano a outrem, a responsabilização do agente prescinde de culpa. No âmbito das relações familiares, ALMEIDA E RODRIGUES JÚNIOR (2010), salientam que só se admite a responsabilidade civil sem culpa na hipótese de abuso de direito, nos termos do art. 187 do

CC “(...), *via de regra, a admissão da responsabilidade civil nas relações familiares irá depender da análise da culpa*”. ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR. 2010, p. 368. Nos dizeres de Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior:

O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino respondere, que consiste na ideia de imputar, responsabilizar, ser obrigado a responder. A responsabilidade civil materializa-se, originariamente, a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de reparar o dano. Assim aquele que pratica um ato antijurídico e causa prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano. (2010, p.568).

Nesse sentido, *via de regra* a existência do dano moral pressupõe o descumprimento de uma obrigação legal. Diante da conduta ilícita do agente surge vítima à pretensão de ter sua lesão reparada.

Além da conduta culposa do agente, verifica-se ainda a existência do nexo de causalidade e do dano causado. Ainda de acordo com os autores com os referidos autores: “*O dano é uma lesão a um bem jurídico. É o elemento ou requisito essencial da responsabilidade civil. O dano pode ser patrimonial ou moral*”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR. 2010, p. 368).

Em termos conceituais a violação aos direitos personalíssimos e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, constituem à luz da constituição vigente, violação causadora de dano moral. Nesta linha hermenêutica, ensina a professora Maria Celina Bodin de Moraes:

(...) o dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico, através de cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana). (2003, p.132-133).

Neste sentido, o dano moral não está tão somente vinculado à uma reação psíquica do ofendido. Há situações nas quais pode haver ofensa a dignidade da pessoa humana, sem causar dor, sofrimento, vexame, assim como pode haver dor, sofrimento, ou vexame, sem necessariamente causar violação da dignidade.

Percebe-se que o dano, em si e por si, não é ressarcível nem irressarcível, não é justo nem injusto, mas para, além disso, é fruto das opções éticas, políticas e filosóficas de determinada comunidade. Caberá, portanto, a esta mesma coletividade definir que tipo de

reparação privilegiar, se restituição in natura, se reparação pecuniária ou mesmo compensação.

Diante desta apertada síntese dos pressupostos da responsabilidade civil e do dano moral, cumpre refletir sobre sua aplicação no âmbito das relações familiares, sobretudo, nos relacionamentos afetivos.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A família atualmente considerada a base fundamental da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, nos termos do art. 226, da CRFB, passou por profundas transformações até alcançar o status atual.

Percebe-se que as relações humanas complexas que são se revelam ainda mais dinâmicas quando se trata do âmbito familiar. Merecedoras, portanto de reflexão, pois, seus institutos estão em constante construção e reconstrução na vida cotidiana e reclamam a intervenção do Direito.

Antes de analisarmos a aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, cumpre fazermos uma breve incursão histórica na evolução da família.

Fustel de Coulangens esclarece que a família romana constituiu-se muito mais em uma associação religiosa do que uma associação natural, o seguinte trecho ilustra bem o arranjo familiar romano:

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. Assim, veremos mais adiante que a mulher será realmente levada em conta quando for iniciada no culto, com a cerimônia sagrada do casamento; o filho não será mais considerado pela família se renunciar ao culto, ou for emancipado; o filho adotivo, pelo contrário, será considerado filho verdadeiro, porque, se não possui vínculos de sangue, tem algo melhor, que é a comunhão do culto; o legatário que se negar a adotar o culto dessa família não terá direito à sucessão; enfim, o parentesco e o direito à herança serão regulamentados, não pelo nascimento, mas pelos direitos de participação no culto, de acordo com o que a religião estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais. (COULANGES, 2007, p. 45)

Silvio de Salvo Venosa sintetiza a conformação da família romana da seguinte forma:

Em Roma o poder do pater exercido sobre a mulher, filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar. No direito Romano assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana. (VENOSA, 2009, p.4).

A família na Idade Média foi fortemente marcada pelo patriarcalismo, suas características se baseavam na hierarquia, no matrimônio e patrimônio.

Por outro lado, “*contemporaneamente, não existe mais a figura do pater famílias como detentor do poder absoluto, como única voz a ser ouvida no ambiente familiar*” (LANA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010 p.260).

A família pós CRFB/88 é plural, o matrimônio não é mais o único meio de se formar uma entidade familiar. Tampouco o casamento é indissolúvel, surgem novos modelos de relação familiar. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica do direito de família. Agora a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família instituição foi substituída pela família instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (2009, p.43).

Diante da importância do afeto nas relações familiares para a formação e desenvolvimento da pessoa humana, sobretudo, para a criança e adolescente, cumpre-nos analisar a possibilidade de reparação por dano moral em decorrência da falta de afeto nas relações paterno-filiais.

5 REFLEXOS SOBRE O DANO MORAL AFETIVO

É inegável, que o afeto constitui elemento estruturante da família contemporânea, as relações familiares são construídas a partir do afeto. É no seio da família que o indivíduo se desenvolve aspectos psicológicos, emocionais, sociais. A ausência de afeto é potencialmente prejudicial ao sadio desenvolvimento do indivíduo.

Na literatura jurídica, a discussão não é pacífica. Há doutrinadores que defendem que os pais tem verdadeiro dever de conviver com os filhos, nesse sentido são as lições de Giselda Hironaka,

(...) a ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente não só da falta de afeto, mas do cuidado de proteção (função psico-pedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho (...). (2002, p.141).

Quanto aos elementos constitutivos da responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, a doutrina considera como ato ilícito a ausência contínua e deliberada do afeto por parte do genitor.

Em seguida, far-se-á a análise do grau de culpabilidade do agente na prática de tal ato ilícito, desde que afastadas as possíveis excludentes de culpabilidade aplicáveis à espécie, como por exemplo o total desconhecimento da filiação e seu reconhecimento somente no âmbito judicial.

Ao final, passa-se a análise do nexo de causalidade entre a conduta ilícita e dano experimentado.

Não se desconhece a existência de responsabilidade civil nas relações familiares, contudo, os requisitos legais para tanto devem estar presentes e perfeitamente individualizados, sob pena de deturpação do instituto. A análise reclama um juízo jurídico e não juízo moral, como alerta Elpídio Donizetti:

Na verdade está se chegando a uma situação limite, excessiva, exagerada, pela demasia de exigir dano moral por tudo e por qualquer motivo. Com isto, algo sublime está sendo distorcido e amesquinhado por interesses patrimoniais, monetários, puramente financeiros. A pretexto do dano moral, o que se passa a querer é obter vantagens materiais a qualquer título. Começa-se, propositalmente ou por desconhecimento, a confundir qualquer incômodo da vida com fato gerador de dano moral. Como se a vida não fosse uma sucessão de múltiplos incômodos e como se não fosse um dos sentidos da vida exatamente enfrentar e resolver os problemas que elas nos cria. Terminar-se-á paralisando os seres humanos, que nada mais farão com receio de incidirem em dano moral a alguém. A vida é formada de riscos e, aliás, ficaria bastante enfadonha e insuportável se não houvesse os riscos e as naturais preocupações e incômodos deles emanados. (DONIZETTI, 2012).

Diante do ‘dano moral afetivo’ há lesão a direito que reclame a inafastabilidade da jurisdição, ou tão somente é um risco inerente à condição humana? Afinal, “(...) viver é perigoso.” (ROSA, 2001).

Exemplificativamente no caso do filho que é assistido materialmente pelo pai, contudo, não convive com o mesmo sendo-lhe negado por seu genitor o convívio que faz nascer e nutre as relações paterno-filiais, não raras vezes sofrerá prejuízos emocionais.

Contudo, só haveria a responsabilidade civil passível de indenização, caso o suposto causador do dano pudesse satisfazer as expectativas do filho voluntariamente. O vínculo afetivo é algo profundo e encontra-se arraigado no íntimo dos indivíduos de modo que o Direito por meio da coerção não tem o condão alterar a situação fática posta ou mesmo suprir suas deficiências.

Lado outro, condenar alguém por desamor, constitui uma deturpação ao processo civil, uma vez que a sentença condenatória implicaria em uma redução patrimonial do suposto agente, contudo não seria satisfativa àquele que teve suas expectativas frustradas, e em alguma medida pode ser considerada como uma punição ao agente por algo que ele não poderia fazer voluntariamente.

6 DO TRATAMENTO DA QUESTÃO PELA JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PÁTRIAS

Não obstante a unânime aceitação, pela doutrina e jurisprudência brasileira, da aplicabilidade dos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa na regulação das relações familiares, impor àquele que abandona afetivamente o filho uma consequência indenizatória em favor deste, não é assunto que receba guarida pela totalidade dos profissionais do Direito nacional.

Em debates que vão se avolumando nos tribunais e fora destes, duas correntes se apresentam. A primeira, recepcionando a possibilidade de estipulação de reparação pecuniária decorrente do abandono afetivo, em desfavor dos pais, com base no caráter de proteção aos direitos dos filhos e na aplicação dos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa.

A segunda corrente, ao contrário, nega essa possibilidade, com base na impossibilidade de se obrigar o sentimento de afetividade aos pais e na ausência de conduta ilícita que embase a pretensão reparatória. Com efeito, estaria o Poder Judiciário atribuindo o mal pelo mal. Ao atribuir valor pecuniário à ausência de relação afetiva, estaríamos pagando com a moeda da vingança a falta de amor.

6.1 Da Impossibilidade da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo

Como base para a presente discussão, será utilizada a decisão proferida pela primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a qual manteve a decisão monocrática para declarar a impossibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo, no seguinte sentido:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO POR PARTE DO GENITOR. INDENIZAÇÃO POR 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... (REsp 757411 / MG, 4ª Turma, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 27.03.2006 p. 299)”.

2. Recurso conhecido e improvido. Órgão 1ª Turma Cível. Processo N. Apelação Cível 20050610110755APC Apelante(s) KÁTIA SIMONE LOPES DOS SANTOS TELES E OUTROS Apelado(s) RAIMUNDO MARTINS DE SOUZA Relatora Desembargadora ANA CANTARINO Revisor Desembargador CARLOS RODRIGUES Acórdão N°300.164.

A Corrente doutrinária e jurisprudencial, na qual se insere o julgado acima, nega ao abandono afetivo características ensejadoras da reparação monetária, com base nos elementos da impossibilidade de se exigir afeto de quem não o nutre, da inexistência e conduta ilícita e de dano reparável judicialmente e da inaplicabilidade do instituto da responsabilidade civil para tratar tema de cunho moral.

O direito de reparação do dano decorre da aplicação do disposto no art. 927 do Código Civil de 2002, o qual vincula a obrigação de reparar à existência concomitante de dois fatores: a existência de um ato ilícito previsto nos arts. 186 e 187, CC, e a existência de um dano indenizável, o qual pode ser de natureza material ou moral, conforme o art. 5º, V, da Constituição Federal, e o já citado art. 186, CC.

A possibilidade contida no parágrafo único do art. 927, CC, de reparação do dano causado independentemente de culpa do agente, não se aplicar ao caso em tela por não configurar à lide, situação abrangida pela responsabilidade objetiva, deixará de ser abordado no presente trabalho.

A responsabilidade subjetiva decorre da prática de ato ilícito, assim caracterizado no art. 186, CC, como todo ato praticado “... por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência...” e que ocasione violação de direito e dano a outrem, ainda que de ordem exclusivamente moral.

À ilicitude do ato e à existência do dano, necessário se faz, ainda, aliar como condicionante da responsabilidade civil a existência do nexos causal entre o ato questionado e o dano existente, conforme previsto no art. 403, do Código Civil de 2002, no qual a reparação deste é tratada nos seguintes termos: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

A extensão dos princípios da responsabilidade civil ao Direito de Família é assunto aceito nacionalmente, nos termos esclarecidos por Eliana Calmom Alves, a saber:

A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exigindo para sua configuração juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta. Enfim, exige-se comportamento culposos ou dolosos, de tal sorte que só se pode pleitear ressarcimento, se comprovado que o chamado a indenizar agiu com culpa ou dolo.

Também é preciso demonstrar o nexos de causalidade entre o agir com dolo ou culpa e o dano, que deve ser certo, presente ou futuro e próprio, podendo atingir o patrimônio material ou moral.³(ALVES,2004).

No abandono afetivo, se discute a possibilidade de a atitude do pai/ mãe que não provê os filhos com o afeto esperado é geradora da responsabilidade civil.

Para resultar na possibilidade de reparação, em vista dos elementos que regulam a responsabilidade civil, o abandono deve, portanto, se caracterizar como um ato ilícito causador de um dano, devendo haver entre o ato e o dano um nexos causal explícito.

A corrente que nega a reparação do abandono afetivo ataca a caracterização do ato como ilícito, sob a argumentação de que à justiça não cabe exigir sentimentos, uma vez que tais são assuntos de foro íntimo, não são tratados pelo direito.

Ainda, nega-se a existência de dano indenizável, por não reconhecer na dor do abandono força suficiente para caracterizar o dano moral, reparável pela via da responsabilidade civil.

Por fim, alega a corrente não existir um nexos entre ato ilícito e dano que configure a possibilidade indenizatória prevista na legislação.

³ ALVES, Eliana Calmon. Responsabilidade Civil no Direito de Família. Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. P. 97 <http://bdjur.stj.gov.br>

Nesse sentido, no julgamento do feito trazido à baila pelo presente estudo, tais elementos são tratados no voto da E. Relatora, Desembargadora Ana Cantarino:

As consequências do abandono injustificado do dever de sustento, educação e guarda dos filhos estão previstas tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 24), quanto no Código Civil (art. 1638, II).

(...)

Peço vênua para transcrever trecho do voto proferido pelo em. Min. Relator Fernando Gonçalves:

(...)

O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

(...)

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário abrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

(...)

Além do mais, a responsabilidade civil pressupõe a indenização de ato ilícito, o que nos presentes autos não ocorreu.

(...)

Não se nega que podem ter ocorridos vários danos emocionais, que os autores tenham sofrido em virtude da ausência da figura paterna, contudo o Judiciário não é ambiente adequado para solucionar o referido problema. (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, TJ. AC 20050610110755APC, Rel. Des. Ana Cantarino, 2008).

Ainda no mesmo julgado, no voto do E. Revisor, Desembargador Carlos Rodrigues, são aduzidos os seguintes argumentos:

No caso presente, os autores buscam a recompensa pelo desprezo do pai, como se a condenação do genitor em pagar economicamente pela indiferença em relação aos filhos fosse suficiente para afastar a dor emocional dos longos anos em que se sentiram abandonados e alijados do carinho paterno.

(...)

A ausência do vínculo sentimental tanto por parte dos genitores como dos filhos gera angústia e sofrimento. No entanto, esse sofrimento por si só não gera o dever de compensar financeiramente aquele que se sente abandonado e preterido, pois a relação jurídica familiar é disciplinada pelas normas atinentes ao Direito de Família, e não obrigacionais ou patrimoniais, embora dessa relação jurídica decorrem efeitos financeiros que envolvem o dever de prestação por parte do genitor quanto a alimentar e criar a prole.

(...)

Em seara jurisdicional, somente são exigíveis obrigações legais, assim reconhecidas pelo ordenamento jurídico. As obrigações afetivas são de cunho moral, razão pela qual embora o senso comum as reconheça como devidas no plano social, não foram alçadas à qualidade de dever jurídico, pois ninguém amará ou será compelido a amar em virtude de uma imposição. (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, TJ. AP 20050610110755APC, Rel. Des. Ana Cantarino, 2008).

Sob esse prisma, a caracterização do ato do abandono como atitude ilícita, para essa corrente, não encontra amparo no mundo jurídico, pois o afeto seria algo vinculado aos

sentimentos dos agentes envolvidos, sem força para determinar a ilicitude no caso de sua inexistência.

6.2 Da Possibilidade da Responsabilidade Civil por abandono afetivo

Corrente diversa da anterior, advoga que, no tocante aos danos morais nas relações afetivas e familiares, algumas são oriundas do dever legal e outras partem do simples desejo de afeição, de carinho e do querer bem, mas todas elas são capazes de gerar desconfortos quando o amor acaba e algumas das pessoas envolvidas têm uma conduta ofensiva aos direitos da pessoa humana.

Alegam que o que concerne à omissão do poder familiar, o art.5º do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.638 do CCB, punem na forma da lei com a suspensão ou a extinção do poder familiar, o pai que negligenciar discriminar, explorar, agir com violência ou crueldade descumprindo assim, os direitos fundamentais da criança.

Na forma descrita e já aceita pelo direito de família, o abandono não é aquele exclusivamente material, caracterizado como a omissão do dever de sustento do filho, mas abrange ainda a convivência e o elo de afetividade entre pais e filhos.

A convivência, reconhecida por Maria Berenice Dias como dever dos pais em favor dos filhos, pode, ainda segundo a autora, “... *gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória do dano afetivo*”(DIAS, 2011).

Surge então o direito de indenização decorrente da quebra de um dever jurídico que protege a dignidade humana. De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“A ideia da responsabilidade paterna que existe hoje não encontra grandes referências nas concepções antigas de natureza humana e de família. É verdade que o mundo antigo concebeu deveres dos pais, dos chefes de família; mas a concepção de responsabilidades civis é muito recente. Por que? Porque, se a simples responsabilidade envolvida no dever de assistência é classicamente determinada pelo poder do pai sobre sua família, a responsabilidade envolvida nos danos decorrentes da má gestão dessa chefia de família não decorre mais do arbítrio desse mesmo pai de família. Vale dizer: na concepção antiga e tradicional de família, o pater tinha obrigações, mas tinha também poder suficiente para arbitrar quais seriam essas obrigações, já que era senhor de suas mulheres e de seus filhos. Ao contrário, em concepções mais recentes de família – e que remontam, no máximo, ao início do período moderno – os pais de família têm certos

deveres que independem do seu arbítrio, porque agora que os determina é o Estado.” (HIRONAKA, 2002).

Assim, o fundamento do dano nas relações familiares não é a falta de amor, uma vez que ninguém obriga alguém a amar, mas sim, a responsabilidade que o Estado tem de tratar as condutas ilícitas capazes de ofenderem moralmente e psicologicamente.

Apesar da posição daqueles que dizem que nas relações afetivas não cabem indenização por falta de previsão legal, muitas ações têm sido propostas na justiça e elas precisam responder aos anseios sociais, uma vez que não buscam acalantar o desamor obrigando a pessoa a amar, mas tentam reparar a lesão deixada por uma conduta ilícita.

Não se pode negar, portanto, a apreciação do dano por abandono afetivo, contrariando a premissa da paternidade responsável, onde o dever do pai é de ordem material e moral. Não cumprido esse dever e provados os elementos da responsabilidade civil é digno que se julgue o caso, não podendo o Estado aduzir falta de previsão legal. Tal dever estatal obriga ao magistrado, mesmo diante de dificuldades de ordem probatória, a julgar pela ressarcibilidade do dano.

Ainda de acordo com Maria Berenice Dias “*a falta de convívio pode gerar danos a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, gerando a omissão do pai o dano afetivo suscetível de ser indenizado*”. (2011). Isto porque a conduta de deixar o filho abandonado viola a norma jurídica e a integridade física da criança, configurando assim o dano moral.

O intuito desse tipo de ação não é o de obrigar a amar ou indenizar a falta de amor, mas de amparar a vítima pelo dano sofrido decorrente de omissão; o objeto da ação é inerente ao dever que tem o pai com o filho.

É sabido da dificuldade de se provar este tipo de dano, uma vez que é permeado de subjetividade, mas o judiciário há alguns anos, é auxiliado por outras ciências, com pareceres técnicos que possam contribuir para a decisão mais justa.

A reparação civil é inerente aos danos oriundos do mau exercício do poder familiar, onde esta omissão gera danos que obstam o desenvolvimento pleno da criança.

Não se trata, pois de “dar preço ao amor” como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de compensar a dor propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.

7 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O assunto da reparação civil do dano causado aos filhos em decorrência do abandono afetivo não é tema pacificado na doutrina e na jurisprudência nacional.

As correntes que se debruçam sobre o assunto têm enfoques diferentes sobre essa possibilidade, em decorrência da utilização de paradigmas distintos para tratá-lo.

A defesa da possibilidade de reparação tem como ponto focal os princípios do Direito de Família, nos quais são colocados em relevo a necessidade de proteção dos filhos, bem como os princípios norteadores das relações familiares e da dignidade da pessoa.

Sob esse enfoque, os deveres dos pais em relação aos filhos assumem relevância fundamental, dentre esses os que envolvem as relações afetivas entre pais e filhos e suas consequências na formação da psique destes.

Ao colocar em relevo os deveres parentais, essa corrente defende que o descumprimento desses se reveste das características de ato ilícito passível de reparação pela responsabilidade civil.

A corrente que nega tal possibilidade, por sua vez, assume, no nosso entendimento, um enfoque mais civilista do tema, tratando o abandono afetivo sem distinções no rol das atitudes humanas gerais.

Sob esse prisma, a caracterização do ato do abandono como atitude ilícita, para essa corrente, não encontra amparo no mundo jurídico, pois o afeto seria algo vinculado aos sentimentos dos agentes envolvidos, sem força para determinar a ilicitude no caso de sua inexistência.

A existência do dano, ainda, é negado por essa corrente, que vê as consequências do ato como assuntos a serem tratados exclusivamente no âmbito do Direito de Família.

A controvérsia existente chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, no âmbito do Recurso Especial 757.411 – MG (STJ, 2005), decidiu pela negativa de possibilidade reparatória, sob a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO POR PARTE DO GENITOR. INDENIZAÇÃO POR 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... STJ REsp 757411 / MG, 4ª Turma, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 27.03.2006 p. 299”.

2. Recurso conhecido e improvido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Tribunal de Justiça. Resp 757.411 – MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves. www.stj.jus.br . DJ-e 27/03/2006.

Apesar da mencionada decisão do Tribunal Superior, tal não foi unanimidade da Corte, sendo consignado na decisão, voto dissidente do Min. Barros Monteiro.

A divergência naquela Corte vem demonstrar que o tema ainda deverá ser alvo de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, até que se assente uma posição majoritária nacionalmente.

8 CONCLUSÃO

De todo o exposto, percebe-se que a responsabilização civil daquele que não dispensar afeto ao seu filho poderá se tornar um instrumento corrompedor das relações familiares sob o pretexto da penalização daquele que abandona.

Sempre existiu e sempre existirão bons e maus pais, boas e más mães. O que não se pode é punir uma pessoa por esta não ter ou demonstrar afetividade por seu filho.

Não se pode controlar o sentimento das pessoas. Ademais não entendemos que a falta de assistência financeira, pode caracterizar o abandono afetivo uma vez a assistência financeira é obrigação legal, havendo na legislação vigente meios garantidores desta obrigação.

Assim, entendemos que a existência de dano moral afetivo não reclama o exercício da jurisdição estatal, uma vez que o ato de não amar é um ato ilícito e sim algo psicológico.

Ademais o fato de uma pessoa não corresponder às expectativas da outra, não demonstrar seu afeto da forma que aquela pessoa gostaria, não significa que esta não sinta afeto por aquela.

Deste modo, até mesmo a comprovação da ausência de afeto pode ser questionada. As pessoas pensam e agem de forma distinta uma das outras e trazem consigo experiências que influenciam na maneira de conviver e se relacionar com as pessoas, sendo assim não se pode criar um modelo ideal de relacionamento entre pais e filhos, nem tampouco punir os pais que não se enquadrarem no modelo estabelecido.

Portanto, na sentença condenatória a reparação por dano moral afetivo, jamais haverá a satisfação do bem da vida pretendido, quais seja o amor e a atenção dos pais, o único proveito deste tipo de ação será o econômico o que na maioria das vezes poderá trazer mais desunião e destruição dos laços familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Eliana Calmon. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. <http://bdjur.stj.gov.br>

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicado no Diário oficial da União em 5 de outubro de 1988, in *Vade Mecum:acadêmico de Direito/Ane Joyce Angher*, organização – 12 ed São Paulo:Rideel, 2011.

BRASIL, 1973. **Código Civil**. Publicado no Diário oficial da União em 11 de janeiro de 1973, in *Vade Mecum:acadêmico de Direito/Ane Joyce Angher*, organização – 12 ed São Paulo:Rideel, 2011.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Título original *La Cité Antique*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, **Tribunal de Justiça**. AP 20050610110755APC, Rel. Des. Ana Cantarino. www.tjdft.jus.br. DJ-e. 25/07/201. Pág. 51.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coordenadora e Co-autora). **Direito e Responsabilidade**. Livraria Del Rey Editora Ltda. 2002.

DONIZETTI, Elpídio. 2012. Entre Thêmis e Eros: a judicialização do afeto e o direito. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2012/09/21/entre-themis-e-eros-a-judicializacao-do-afeto-e-o-direito/>. Acesso em 17/04/2014.

LANA, Fernanda Campos de Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **O Direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito civil: atualidades IV : teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 259-278.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Tribunal de Justiça. Resp 757.411 – MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves. www.stj.jus.br. DJ-e 27/07/2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo. Editora Atlas S.A.. 2007.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2009.