

POSSIBILIDADES E LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Cynthia de Faria Corrêa Prietsch¹

Fernando Amaral²

RESUMO

O presente artigo possui o objetivo de analisar os princípios constitucionais norteadores das relações familiares, bem como a responsabilidade civil e sua aceitação no Direito de Família, com a finalidade de discutir a possibilidade de reparação civil pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Para tanto, foi realizada a estruturação do trabalho em três capítulos. Foram abordados os princípios constitucionais no primeiro capítulo, com especial atenção para o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. O segundo capítulo abrangeu a inserção da responsabilidade civil no Direito de Família, a conduta do abandono afetivo, a possibilidade de reparação e os elementos necessários para tanto. Outrossim, foi destacado o atual valor jurídico conferido ao cuidado e a sua relevância dentre as responsabilidades paternas. No terceiro e derradeiro capítulo, foram trazidos à baila precedentes jurisprudenciais acerca do tema, foi discutido a respeito da recente alteração de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, comentado sobre o Projeto de Lei nº 700/2007, quanto a seu objetivo e atual trâmite legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais; Dignidade; Afeto; Cuidado; Responsabilidade Civil.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande; Advogada inscrita na OAB; cprietsch@gmail.com.

² Professor-substituto na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – Especialista em Direito Público pela Escola Verbo Jurídico (Porto Alegre/RS); Pesquisador do CNPQ; Advogado; nandoamaral@gmail.com

POSSIBILITIES AND LIMITS OF CIVIL LIABILITY CAUSED BY EMOTIONAL ABANDONMENT AT THE PARENTAL RELATIONSHIPS

ABSTRACT

This article work has the aim to analyze the constitutional principles that guide family relationships, as well as the civil liability and its acceptance inside family law, with the purpose to discuss about the possibility of compensation for moral damages caused by emotional abandonment. To achieve this, the work was structured in three chapters. At the first one, were mentioned the constitutional principles, with special attention to the macro principle of human dignity. The second one covered the insertion of civil liability inside family law, the behavior of emotional abandonment, the possibility of reparation and its essential elements. Furthermore, was highlighted the current legal value assigned to care and its relevance between parental responsibilities. At the third and last chapter, were brought to mention some precedents about the theme, was established the discussion about the recent change in positioning of Higher Court of Justice and, at the end, commented about the Law Project nº 700/2007, its objective and current legislative course.

KEYWORDS: Constitutional Principles; Dignity; Affection; Care; Civil Liability.

INTRODUÇÃO

Estabelecendo um paralelo entre a sociedade de outrora e a em que se vive hoje, é possível perceber de forma cristalina uma série de diferenças, tanto em relação às pessoas, quanto à própria sociedade. O desenvolvimento econômico e os avanços tecnológicos fizeram da sociedade um ambiente tenso, desacolhedor e hostilizador. As pessoas, por sua vez, adquiriram certa independência, de modo que foram alteradas as bases culturais, os valores éticos e morais, os modos de interação, entre tantas outras mudanças.

Em que pese encontrar-se o mundo jurídico brasileiro em um momento de constitucionalização, persistem as condutas que desrespeitam os princípios norteadores dos campos do direito, das quais é exemplo o descaso dos genitores para com os seus filhos. Não obstante a substituição do defasado *pátrio poder* pelo atual *poder familiar* – conjunto de direitos e deveres na relação pais e filhos -, o abandono afetivo não é algo raro nos dias atuais, havendo muitas crianças e adolescentes crescendo sem o devido cuidado e afeto, totalmente despreparadas para a difícil tarefa de inserção na sociedade. Questiona-se, destarte, se a conduta omissiva no trato com a prole pode ser passível de responsabilização e, caso positiva a resposta, quais os limites que devem ser observados, principalmente em razão da não-monetarização das relações familiares.

O estudo justifica-se, mormente em razão da importância conferida à dignidade da pessoa humana, princípio elevado a fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição Federal de 1988. É necessária a discussão a respeito da reprovável conduta de abandonar afetivamente um ser em desenvolvimento, eis que desrespeitada a sua própria dignidade.

Por tudo isso, o tema tem levantado polêmicos debates doutrinários e jurisprudenciais, bem como a deliberação no próprio âmbito legislativo, onde atualmente tramita o Projeto de Lei nº 700/2007, cuja pretensão é de tornar o abandono afetivo um ilícito civil, alterando dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002.

O artigo, que teve por base a pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, será dividido em três tópicos: o primeiro, introdutório, conceitual e principiológico; o segundo, que tratará especificamente do tema dano moral no direito de família e da possibilidade de

responsabilização civil; e o terceiro, que será voltado para a análise de alguns precedentes jurisprudenciais e do Projeto de Lei 700/2007.

Posto isso, entende-se que a discussão proposta no estudo realizado é atual e pertinente, carregando ao longo trabalho a esperança de que doutrina e jurisprudência possam gerar maior consciência quanto às responsabilidades de se tornar pai ou mãe de um ser de direitos.

1. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A entidade familiar, da maneira como é conhecida atualmente pelo Direito, decorre de uma série de mudanças pelas quais tem passado ao longo do tempo, uma vez que se trata de uma construção cultural cuja estrutura jurídica sucedeu à sua existência de fato.

Hordiernamente a família é vista na doutrina como a instituição detentora da capacidade de organização social, reguladora das relações entre os indivíduos que dela fazem parte, exercendo ainda o importante papel de auxiliar no desenvolvimento desses. Evidencia-se, destarte, a relevância da família e, nos dizeres de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 05):

Reconhecida como a célula *mater* da sociedade, a família é objeto de preocupação mundial, posto que fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como a organização e manutenção da sociedade e, conseqüentemente, do Estado.

É na família, pois, que os indivíduos se desenvolvem, construindo o alicerce de sua estrutura física e psíquica por meio da convivência familiar. A respeito da importância da família e da convivência de seus membros, Maria Berenice Dias (2010, p. 352) aponta que:

Quando do nascimento, ocorre a inserção do indivíduo em uma estrutura que recebe o nome de **família**. A absoluta impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo – eis que necessita de cuidados especiais por longo período – faz surgir um **elo de dependência** a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que acaba se tornando seu ponto de identificação social. (grifos da autora)

O instituto da família retrata a sociedade do momento, principalmente pelo fato de que se solidifica em valores éticos e morais, bem como em costumes, cuja alteração se dá de tempos em tempos. Em razão de a família espelhar a sociedade, bem como ser a sua base, passou o Estado a se preocupar com a efetiva proteção do instituto, chegando ao atual patamar de constitucionalização do Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, com grande força, diversos direitos fundamentais aos indivíduos, tendo ensejado, quando da elaboração do Código Civil de 2002, a criação do *poder familiar*, deixando de lado o já ultrapassado *pátrio poder*. Muito menos autoritário, o *poder familiar* representa o direito-dever de gerir a família, quanto às suas necessidades e interesses, cuidando de seu pleno desenvolvimento, bem como de seus membros.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi dado início ao processo de *constitucionalização* do Direito Civil, alcançando diversos ramos anteriormente voltados para uma concepção estritamente ligada aos interesses particulares. A *constitucionalização* significa a interpretação da legislação infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, dando validade constitucional aos princípios que norteiam o Direito Civil.

E essa interpretação tem como ponto de partida a dignidade da pessoa humana, princípio erigido a fundamento da República, consoante o disposto no art. 1º³ do Diploma Constitucional.

1.1. O afeto como princípio fundamental constitucional

Em que pese ter sido omissa a Constituição Federal em mencionar de forma expressa o *afeto*, sua relevância jurídica está presente em diversos direitos por ela reconhecidos, sendo atualmente concebido entre os doutrinadores como um verdadeiro valor jurídico e princípio

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;”.

fundamental constitucional. Oportuno mencionar que o *afeto* decorre da constante valorização da dignidade da pessoa humana, podendo ser encontrado de forma implícita em diversos princípios constitucionais.

Conforme destaca a doutrina:

A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família (...). (LÔBO, 2005).

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 130):

Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito (...)

1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios orientadores das relações familiares

Conforme já mencionado, a dignidade da pessoa humana é vista pela Constituição Federal como um fundamento da República Federativa do Brasil, sendo o mais importante princípio a ser observado quando da análise dos demais princípios que orientam o Direito de Família.

A dignidade da pessoa humana

(...) é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família –, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a **intimidade, a afetividade e a felicidade** como seus principais valores. (PEREIRA, 2006, p. 76). (grifo nosso)

Cabe aqui referir, no que tange à busca da felicidade, que o STF a reconhece como um desdobramento da dignidade da pessoa humana, dando fundamento jurídico àquela.⁴

Regidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios da afetividade, do melhor interesse da criança, da paternidade/maternidade responsável e da convivência familiar, são extremamente relevantes para a orientação do Direito de Família.

A afetividade, já referida, tem sido visualizada como um princípio constitucional implícito e, como bem aponta Sérgio Resende de Barros (2005, p. 881-889), “o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidade entre os sujeitos”.

Sobre o melhor interesse da criança, a preocupação firmada no Art. 227⁵ da Constituição Federal se dá em razão da situação de vulnerabilidade dos menores, os quais carecem de um cuidado especial, seja de ordem material, seja de ordem moral, porquanto se encontram em estágio de desenvolvimento. O começo de uma boa estrutura para as famílias atuais e futuras se dá com a criação dos menores, vulneráveis, dando-lhes todo o amparo necessário para a garantia de um bom crescimento, de uma boa formação da personalidade.

Quanto à paternidade/maternidade responsável, tanto se refere ao planejamento familiar feito pelos pais, biológicos ou não, quanto ao modo como serão estabelecidos os laços dentro da própria família, em atenção aos interesses dos filhos, sempre com o intuito de que esses se desenvolvam plenamente, com muito cuidado e afeto. O princípio advém do §7^o do Art. 227, CF/88.

⁴ STF: “(...) Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, ‘que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico’. (...) Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, **o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.**” (STA 223-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-08, Plenário, Informativo 502). (grifo nosso)

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶ §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Por fim, o princípio da convivência familiar diz respeito à relação estabelecida entre os membros do grupo familiar, muitas vezes não se fazendo necessária a convivência dentro de uma mesma habitação, eis que nem sempre é possível que assim seja. O importante, destarte, é o estreitamento dos laços. A convivência familiar é, ao mesmo tempo, direito e dever de cada um dos componentes da família, o que é explicado pela doutrina:

É direito porque pode ser exercido contra quem o obsta, seja o Estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família.
É dever porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente, está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como um todo, ou, ainda, a sociedade e o Estado. É dever de prestação de fazer ou de obrigação de fazer. (MADALENO, 2007, p. 120).

2. DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O estudo acerca da responsabilidade civil sempre se distanciou do Direito de Família, principalmente em razão da complexidade deste ramo, o qual apresenta conceitos relacionados a laços afetivos e valores sentimentais. A principal dificuldade encontrada em levar a responsabilidade civil para o Direito de Família, portanto, sempre se deu em razão da natureza das relações familiares, de cunho existencial, não havendo, em princípio, um modo de reparação, diferentemente de outros ramos do direito.

A porta de entrada para a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família foi o surgimento das discussões a respeito da reparabilidade do dano moral em outros campos jurídicos, culminando com o reconhecimento na própria Constituição Federal⁷, tendo ainda sido editada a Súmula 37 do STJ⁸ tratando do tema.

⁷ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

⁸ “S. 37/STJ – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Desse modo, o alicerce para a concepção da responsabilidade civil no âmbito familiar orbita na configuração de um dano moral, extrapatrimonial. Outrossim, sustentou-se no aludido processo de constitucionalização do Direito de Família, onde se passou a dar maior valor a cada um dos membros do grupo familiar.

Quando se fala em dano moral, o alcance pretendido é a tutela dos direitos da personalidade, sobretudo no que é concernente à dignidade da pessoa humana, possibilitando não um ressarcimento, mas uma compensação, uma reparação pelo dano extrapatrimonial sofrido.

Não obstante, a responsabilidade civil no Direito de Família ainda é tema polêmico:

No campo do Direito de Família a doutrina não poupa avanços, mas a jurisprudência ainda resiste à aceitação, sendo poucos os julgados a consagrarem a tese, mantendo-se o legislador inteiramente silencioso, seja na Constituição seja no Código Civil, inexistindo definição da matéria sob o aspecto do Direito positivo. Afinal, o campo do Direito de Família é recheado de conceitos e preconceitos firmados nos laços de afeto, difíceis de serem trabalhados sob um enfoque econômico. (ALVES, p. 04).

2.1. Da discussão acerca da possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo

Recentemente, em decisão inédita, o STJ reconheceu a possibilidade de indenização por abandono afetivo, sendo conveniente destacar as palavras da Ministra Nancy Andrighi (2012, p. 05-06):

Não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.
Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

É nesse momento de constitucionalização e humanização do âmbito das relações familiares que a possibilidade de existir responsabilização pela conduta de abandonar afetivamente a prole, começa a ganhar força.

A conduta omissiva dos genitores no trato com a prole é reprovável e até mesmo imoral. Sabe-se, inclusive científica e psicologicamente falando, que o bom desenvolvimento

físico, psíquico e moral dos indivíduos, está intimamente vinculado ao cuidado fornecido pelos genitores, tendo a convivência familiar um papel de suma relevância.

Desde o nascimento, é muito importante que os genitores forneçam total amparo aos filhos, dando-lhes condições de bem desenvolver-se. O afeto e o cuidado devem ser oferecidos aos filhos, de modo a resguardar os próprios direitos da personalidade destes. Não só isso, trata-se, acima de tudo, de prezar pela própria dignidade dos menores, configurando, destarte, uma via de mão dupla, ou seja, um direito dos filhos e um dever dos genitores.

Dar afeto e cuidado são, portanto, atributos da responsabilidade de ser pai (ou mãe), o que não se é apenas formalmente. Independentemente da situação existente entre os genitores, os filhos possuem o direito de receber todo o amparo moral de que necessitam.

Assevera Rolf Madeleno (op. cit., p. 124):

(...) não há como desconsiderar a desigualdade de forças constatada no confronto dos filhos menores que dependem emocionalmente de seus genitores. Os filhos são vulneráveis às instabilidades afetivas e emocionais de seus pais, e estes são legalmente responsáveis pela assistência material e moral de sua prole, independentemente do exercício da sua guarda.

O dever de proporcionar afeto e cuidado aos filhos não quer dizer viver dia a dia sob o mesmo teto. Muitos genitores moram longe de seus filhos e os asseguram toda a assistência moral e material de que carecem, enquanto que inúmeros pais residem juntamente com os filhos e não lhes dirigem qualquer tipo de assistência moral, qualquer demonstração de afeto ou cuidado.

A conduta omissiva opõe-se ao que preza a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que o problema não gravita em torno da obrigação dos genitores em dar assistência moral, além de material, a seus filhos - eis que esse dever é inescusável -, mas sim quanto à possibilidade de ocorrer a responsabilidade civil, gerando a reparação de eventual dano moral relevante.

2.1.1. Do valor jurídico conferido ao cuidado

Atualmente, a doutrina defende a existência de um valor jurídico do cuidado, o qual pressupõe “atenção, precaução, carinho e responsabilidade com o outro, recriando o conceito da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2006, p. 196).

O cuidado reflete a essência humana, identificando-se nele os princípios, valores e atitudes de bem-viver e reto agir (BOFF *apud* PEREIRA, 2006, p. 237-238).

São ricos os dizeres de Heloisa Helena Barboza (2011, p. 96):

Cuidar é ato de ser-no-mundo, expressão maior da relação com o outro humano e como tudo que nos cerca. Embora se traduza em sentimentos, compaixão, e ações, sob o prisma jurídico é uma responsabilidade que não se confunde com piedade ou assistencialismo. Cuidar é viver e deixar viver.

2.1.2. Dos elementos essenciais para a responsabilidade civil por abandono afetivo

A responsabilidade civil no Direito de Família se dá subjetivamente, fazendo-se necessária a apuração dos elementos *dano*, *culpa* e *nexo de causalidade*, pressupondo ainda uma conduta voluntária. No mesmo sentido se dará a responsabilidade civil por abandono afetivo.

Dando início à análise dos elementos, tem-se a figura da *culpa*, a qual, *lato sensu*, pode ser entendida como o comportamento humano voluntário, seja intencional (dolosa) ou sem intenção (culposa), comissivo ou omissivo, causador de dano a outrem.

No caso do abandono afetivo, a conduta culposa *lato sensu* é omissiva, uma vez que o genitor deixa de dirigir ao filho o cuidado devido. Mister destacar que “(...) a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei (...)” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

Destarte, a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo pressupõe anterior omissão, exteriorizada na forma de uma negligência, que tenha provocado dano ao filho abandonado. Todavia, a conduta omissiva admite excludentes de culpabilidade, casos tais em que apesar de haver um distanciamento entre pai (ou mãe) e filho, é impossível se

falar em imputabilidade. São inúmeras situações, como divórcio dos genitores, mudança de domicílio, casos de alienação parental, limitações geográficas, entre outros, cabendo ao magistrado analisar a situação.

Ademais, não há que se falar em responsabilidade tão somente em razão da ausência de convivência diária entre pais e filhos. O dever de cuidado independe de residirem sob o mesmo teto, de maneira que as visitas podem suprir ao menos em parte a necessidade de amparo dos menores.

Seguindo na análise dos elementos, mesmo diante da existência de uma conduta ilícita do genitor no trato com a prole, não há que se falar em responsabilidade sem a configuração do elemento “dano”.

Por certo, concernente ao tema “abandono afetivo”, o dano aqui mencionado se trata da sua classificação “moral”, sendo pertinente destacar a doutrina de Anderson Schreiber (2012, p. 91), a qual insere o abandono afetivo no campo que modernamente recebe o nome de “Novos Danos”:

Às figuras mais comuns de dano não patrimonial (dano à integridade física, dano estético, dano à saúde etc.) vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática. Para designá-las, a doutrina de toda parte tem empregado expressões como *novos danos* ou *novos tipos de danos*.

O dano moral referente à conduta de abandono afetivo, não se coaduna com o mero aborrecimento. Em verdade, trata-se do verdadeiro abalo moral, o qual acompanha o indivíduo “rejeitado” por um longo período, quiçá por toda a sua vida, sendo capaz de lhe causar dificuldades de inserção social, de desenvolvimento mental e psíquico saudável, bem como resultar em efetivos danos psicológicos.

Quanto à prova do dano, esta pode ser obtida mediante perícia técnica, acompanhada de laudo psicológico que aponte a real ocorrência de consequência nociva. Tem a prova grande importância, pelo que sem ela o Judiciário estaria abarrotado de demandas indenizatórias com mero escopo de auferir vantagem sobre a situação. Sobre o assunto, é oportuno ressaltar a imperiosa necessidade de o magistrado averiguar a real intenção daquele

que postula a indenização por abandono afetivo. O reconhecimento da possibilidade de reparação civil não pode dar ensejo à monetarização das relações familiares.

Por fim, tem-se o elemento “nexo de causalidade”. O nexo de causalidade configura-se como uma ponte entre a culpa e o dano, eis que se o agente não deu causa ao dano, não há sentido sequer em avaliar a culpa.

A apuração do nexo de causalidade é, com certeza, o ponto mais dificultoso para a configuração da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo. A comprovação de um dano psicológico no filho abandonado e a existência de culpa do genitor são insuficientes para que se prove o nexo causal.

A Ministra Nancy Andrighi (2012, p. 13) entende ser necessária a “existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e **a vincule, no todo ou em parte, ao descuido** por parte de um dos pais”. (grifo nosso)

3. DA CASUÍSTICA E DA DISCUSSÃO NO LEGISLATIVO

3.1. Dos precedentes envolvendo a responsabilidade civil por abandono afetivo

3.1.1. Dos precedentes nos Tribunais de Justiça

Dentre os entendimentos jurisprudenciais pátrios, o primeiro caso a ser amplamente comentado na doutrina se deu em Belo Horizonte, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tratou-se de Apelação Cível interposta pelo menor representado Alexandre Batista Fortes, contra a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada contra seu genitor, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, que julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que inexistia nexo de causalidade entre o abandono paterno e os sintomas psicopatológicos apresentados no autor.

O entendimento da 7ª Câmara Cível do TJMG, dado pelo Rel. Juiz Unias Vias, em 2004, foi no sentido de reformar a sentença proferida em Primeira Instância, dando

provimento ao recurso e condenando o apelado ao pagamento de indenização ao apelante, no valor de duzentos salários mínimos. Vejamos a ementa da decisão:

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 direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável**, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (grifo nosso) (BRASIL, TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 408.550-5, Relator Juiz Unias Silva, julgado em 01/04/2004).

Em seu voto, o Relator sustentou que as relações no seio da família contemporânea estão voltadas para a afetividade, de modo que alguns deveres paternos independem de seu arbítrio, uma vez que são determinados pelo Estado. Outrossim, discorreu sobre a especialização, no Direito de Família, do macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, destacando a garantia constitucional expressa da dignidade dos menores, por força do Art. 227, CF.

A jurisprudência do Rio Grande do Sul não firmou entendimento sobre o assunto, sendo mais corriqueiras as decisões denegatórias de indenização por abandono afetivo. Por outro lado, há posicionamento que reconhece ser admissível a indenização, a depender da efetiva comprovação do ato ilícito praticado pelo genitor(a).

Oportuno mencionar o precedente referente à Apelação Cível nº 70021427695, julgada na Oitava Câmara Cível, cuja decisão foi no sentido de dar parcial provimento ao apelo do autor Fábio da Silva Mascarenhas, no caso concreto, o filho abandonado, tendo sido vencido o voto do Des. Revisor, mantida a condenação do genitor Roberto Alves de Mascarenhas à indenização por danos morais no valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. **No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais.** Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, §3º, do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUERIDO IMPROVIDO.” (grifo meu) (BRASIL, TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70021427695, Relator Des. Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 29/11/2007).

O Des. Relator fundamentou o seu posicionamento com base na efetiva violação dos direitos da personalidade do menor, os quais estão salvaguardados pela Constituição Federal, porém enfatizou a importância de que a jurisprudência aja de forma cautelosa quanto ao pleito em questão, sob pena de gerar um cenário de monetarização das relações afetivas.

A Oitava Câmara Cível de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 511.903-4/7-00, deu provimento ao recurso do autor A. L. M. G., menor abandonado pelo pai, B. G., reformando a sentença proferida em Primeira Instância, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais. Segue a ementa da decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.

(BRASIL, TJSP, 8ª Câmara Cível de Direito Privado, Apelação Cível nº511.903-4/7-00, Relator Des. Caetano Lagrasta, julgado em 12/03/2008).

No julgado, destacou o Des. Relator (Idem):

Ninguém é obrigado a amar o outro, ainda que seja o próprio filho. Nada obstante, a situação é previsível, porém, no caso da família constituída, ninguém, só por isso, requer a separação; ocorre que, na espécie, **o abandono material e moral, é atitude consciente, desejada, ainda que obstada pela defesa do patrimônio, em relação aos outros filhos - o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade.** (grifo nosso)

3.1.2. Da evolução jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça

Até bem pouco tempo atrás, o posicionamento dentro das Turmas do Superior Tribunal de Justiça sempre foi pela negativa do reconhecimento da possibilidade de responsabilização civil decorrente de abandono afetivo. Inclusive, sobre o referido precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o pai condenado interpôs Recurso Especial no

Superior Tribunal de Justiça, tendo sido reconhecido e provido. Ademais, no referido recurso, a Corte destacou “afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral”⁹.

O entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça era de que já havia na legislação brasileira solução para o problema do abandono afetivo, consubstanciada nos artigos 24 do ECA e 1.638, II do CC/2002, correspondentes à *perda do poder familiar*. Foi sustentado, ainda, que a situação é frágil, em razão de possível alienação parental por parte do guardião. Por fim, asseverou-se que a litigiosidade das demandas envolvendo abandono afetivo pode romper efetivamente os laços entre o genitor omissivo e o filho abandonado, dificultando qualquer esperança de aproximação.

No entanto, em abril de 2012, nos autos do REsp nº 1.159.242/SP, em decisão inovadora, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – inaugurando a divergência dentro da Segunda Seção - posicionou-se de forma favorável à indenização civil proveniente de abandono afetivo, mantendo parcialmente a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi inédita e começou a abrir caminho para outros entendimentos no mesmo sentido¹⁰. Vejamos o recente precedente da Terceira Turma do STJ:

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

⁹ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.DANOS MORAIS.IMPOSSIBILIDADE.1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não restando ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandonoafetivo, incapaz de reparação pecuniária.2. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL, STJ, REsp nº 757411/MG, Quarta Turma, Ministro Relator Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005)

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, STJ, REsp nº 1159242/SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012).

Tratou-se de um Recurso Especial interposto pelo genitor, Antônio Carlos Jamas dos Santos, réu na Ação de Indenização movida pela filha, Luciane Nunes de Oliveira Souza. A sentença de primeira instância foi improcedente, sendo vencedor o requerido. Em segunda instância, a apelante obteve êxito, tendo sido fixado o montante de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), a título de compensação de danos morais. O apelado interpôs Recurso Especial, irresignado com a decisão de 2º grau. No acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, foi mantida a condenação por danos morais, tendo sido reduzido o valor para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

A essência do voto proferido pela Ministra centrou-se nos elementos caracterizadores do dano moral: dano, culpa e nexó de causalidade. Sustentou que o vínculo entre pais e filhos não é apenas biológico, mas legal, havendo uma série de deveres os quais devem ser cumpridos, sem prejuízo de que da omissão advenha uma possível responsabilização civil. Outro ponto marcante do posicionamento da Ministra foi quanto à conduta omissiva referente ao dever de cuidado, o qual – relembrado no relatório – tem sido concebido pela doutrina como possuidor de um *valor jurídico* relevante. Asseverou não se tratar mais de uma discussão quanto à mensuração do amor, o que seria intangível, mas a verificação do cumprimento ou não do dever legal de cuidado.

3.2. Do Projeto de Lei nº 700/2007 e da atual tramitação legal

No ano de 2007, sob autoria do Senador Marcelo Crivella, foi apresentado o Projeto de Lei nº 700¹¹, visando a alteração da Lei nº 8.69/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, bem como dar outras providências. O projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH).

¹¹ PLS – Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516. Acesso em 10 fev. 2014.

Na justificativa do projeto, o Senador iniciou asseverando que a fundamentação se deu com base no Art. 227 da Constituição Federal de 1988, apontando que o direito das crianças e dos adolescentes à dignidade e ao respeito, é um dos deveres objetivos do Estado, em conjunto com a sociedade e a família.

Observou, ademais, que o Brasil ratificou compromissos firmados por consenso, os quais prezam pelo aprimoramento das normas assecuratórias dos direitos das crianças e adolescentes. É o caso da *Declaração dos Direitos da Criança* e da *Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança*.

Entre outras mudanças almeçadas no projeto de lei, cabe mencionar que o Senador intenta, além de tornar o abandono um ilícito civil, que também seja um ilícito penal, mediante a inclusão do Art. 232-A, com pena de detenção, de um a seis meses.

O projeto tramitou perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), tendo obtido parecer¹² favorável à aprovação do projeto, com a apresentação de algumas emendas. A mais importante diz respeito à exclusão da pretendida inserção do Art. 232-A, tendo a CCJ entendido não ser cabível a consideração do abandono afetivo como ilícito penal, uma vez que o Direito Civil se mostra adequado para o enfrentamento da questão, bem como em razão de ser preservado o caráter de *ultima ratio* do direito penal.

O projeto encontra-se tramitando perante a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, cabendo a essa a decisão terminativa. Até então, foram proferidos dois pareceres¹³ com conclusão pela aprovação do projeto, com a adoção das emendas nº 2 a 6, apresentadas pela CCJ.

Todo o trâmite até então desenrolado representa uma grande evolução do tema no cenário jurídico brasileiro, mesmo que até o presente momento não se possa afirmar qual será a decisão tomada pela CDH. Apesar do longo caminho desde a apresentação do projeto de lei

¹² CCJ. Parecer aprovado na comissão. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/76680.pdf>. Acesso em 10 fev. 2014.

¹³CDH. Parecer do Sen. Gerson Camata. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/85421.pdf>. Acesso em 10 fev. 2014.

CDH. Parecer do Sen. Eduardo Lopes. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/114981.pdf>. Acesso em 10 fev. 2014.

em 2007, hoje ele encontra maior subsídio doutrinário e jurisprudencial, principalmente em razão do último posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Direito de Família - assim como a todos os demais ramos jurídicos - uma série de princípios norteadores a serem observados quando do estabelecimento de relações interpessoais, no caso, familiares. Além disso, trouxe em seu bojo o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como “macroprincípio”, preponderante quando em choque com os demais princípios.

Ao processo deu-se o nome de constitucionalização do Direito de Família, advindo daí a concepção do afeto como um princípio constitucional implícito, bem assim o reconhecimento doutrinário do valor jurídico do cuidado. É a ausência de cuidado e afeto a principal fundamentação para a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo.

Neste cenário, é incongruente a conduta tomada por alguns genitores, seja pelo pai ou pela mãe, de abandonar afetivamente seus filhos, independentemente da assistência material se fazer ou não presente. O abandono afetivo é contrário ao que determina a Lei Maior quanto à dignidade das pessoas, afrontando, ademais, os princípios norteadores das relações familiares.

Não obstante a existência de fortes críticas à responsabilização civil por abandono afetivo, aponta a corrente defensora que a indenização não objetiva a obrigação de amar – posto que é um sentimento de natureza íntima e diferente de pessoa para pessoa -, mas sim compensar um dano moral sofrido pelo filho, menor ou adolescente, abandonado afetivamente. A consequência, afirmam ainda os doutrinadores desta corrente, repercutiria de forma pedagógica aos futuros pais e mães detentores de responsabilidade para com sua prole.

Insta salientar que é imprescindível à responsabilidade civil por abandono afetivo, que estejam configurados em cada caso concreto os elementos culpa, dano e nexos de causalidade, sem os quais não cabe falar em indenização. A questão deverá ser apreciada judicialmente e de forma minuciosa, uma vez que as relações familiares devem ser protegidas

de demandas que tenham o valor monetário da indenização como fim específico. A má-fé permeia o mundo jurídico e deve ser dele rechaçada, principalmente no âmbito familiar, tão ligado a sentimentos verdadeiros e valores éticos e morais.

Tendo em vista as mudanças geradas nas relações familiares através do processo de constitucionalização do Direito de Família e tomando por base o fato de o mundo jurídico encontrar-se em uma fase de criação de direitos, a era é de multiplicá-los e não de restringi-los. Quanto a este ponto, é lapidar a lição de Norberto Bobbio (2004, p. 63):

Essa multiplicação (ia dizendo "proliferação") ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) **porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.** Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. (grifo nosso)

Portanto, a garantia de uma indenização – ainda que não seja o ideal - no caso de abandono afetivo nas relações paterno-filiais, enseja o aumento do status dos filhos, trazendo a evolução dos direitos e efetivando, dessa forma, o direito à felicidade, que é um consectário da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliana Calmon. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/353/Responsabilidade_Civil_Direito.pdf;jsessionid=FB6A71B9AA91B344760659C3F83D686A?sequence=4>. Acesso em : 10 fev. 2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como Dever Jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. A Tutela Constitucional do Afeto. In: *V congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006, Belo Horizonte/ MG. *Família e Dignidade Humana*. Belo Horizonte : IOB Thomson, 2005. v. 1. p. 881-889. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/50>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 13^a reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** Direito, Estado e Sociedade, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Departamento de Direito, v. 9., n. 29., p. 233-258, jul./dez. de 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=11&infoid=29&sid=9>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP. Ministra Relatora Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411/MG. Terceira Turma. Ministro Relator Fernando Gonçalves. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 223-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14 de abril de 2008. Plenário. Informativo 502. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo502.htm>> Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5. Alexandre Batista Fortes e Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Desembargador Relator Unias Silva. 01 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70021427695. Fábio da Silva Mascarenhas e Roberto Alves de Mascarenhas. Desembargador Relator Claudir Fidélis Faccenda. 29 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 511.903-4/7-00. A.L.M.G e B.G. Desembargador Relator Caetano Lagrasta. 12 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus.** Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264>. Publicado em: 03 set. 2005. Acesso em: 10 fev. 2014.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 10 fev. 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Cuidado como Valor Jurídico*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.