

**DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

**DIALOGUE OF SOURCES BETWEEN FAMILY LAW AND CIVIL LIABILITY
FOR ABANDONMENT AFFECTIVE**

Anvalgleber Souza Linhares¹

Mestre em Direito
Associação de Ensino Barramansense/Centro Universitário de Barra Mansa
Barra Mansa (RJ) – Brasil

Leonardo Ramalho Simas de Souza Lima²

Graduando em Direito
Associação de Ensino Barramansense/Centro Universitário de Barra Mansa
Barra Mansa (RJ) – Brasil

RESUMO: O artigo discute a responsabilidade civil por abandono afetivo, que decorre do desrespeito aos princípios fundamentais inerentes às crianças e adolescentes, previstos tanto na Constituição Federal de 1988 bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Em função da atual concepção de família, lastreada pela afetividade e ética entre seus membros, aos filhos devem ser assegurados o desenvolvimento saudável, coibindo-se qualquer forma de negligência. Analisando-se posições favoráveis e desfavoráveis da jurisprudência e de doutrinadores sobre o tema, percebe-se que o assunto é bastante divergente, tendo de um lado o perigo da monetarização das relações de afeto e de outro o desafeto dos pais, ocasionando muita das vezes danos a personalidade em desenvolvimento. Para a discussão do tema realizou-se uma pesquisa em fontes bibliográficas, decisões judiciais e na legislação pátria.

Palavras-chaves: Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Paternidade responsável

ABSTRACT: The theme developed is dialogue of sources between family law and civil liability for emotional abandonment, which stems from disregard for fundamental principles inherent in children and adolescents, provided both the Federal Constitution of 1988 and the 'Statute of Children and Adolescents - ECA. Due to the current family design, backed by the affection and ethics among its members, the children must be ensured the healthy development if-curbing any form of neglect. Analyzing favorable and unfavorable positions of jurisprudence and scholars on the subject, one realizes that it is quite divergent, having on one side the danger of monetization of affection relations and other parental disaffection, causing much of the time damage to personality development. For a discussion of the topic carried out a search in bibliographic sources, judicial decisions and the Brazilian legislation.

Keywords: Emotional abandonment. Civil responsibility. Responsible parenthood.

¹ Mestrado em Direito e Mestrado em Operações Militares. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa e da Academia Militar das Agulhas Negras. Advogado em Direito Civil, do Consumidor e Família. E-mail: reginaelinhaires@yahoo.com.br.

² Estudante do 9º período do Curso de Direito do UBM. Pesquisador do NUPED do UBM em 2014. Estagiário do Núcleo de Prática Jurídica do NPJ. E-mail: leeoslima@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, assegura à criança e ao adolescente, com total propriedade, 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.

E evolução da concepção de família através dos tempos trouxe nova roupagem à forma de pensar. Antes, o que era visto apenas como uma unidade econômica passou agora a ser vista como solidária e afetiva, um núcleo onde deve ser possibilitado o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Da mesma forma, o pensamento jurídico, sobretudo dos doutrinadores, progrediu: a criança no seio da família foi transformada em sujeitos de direito, abandonando-se o sentido antigo de poder familiar para agora ser visto como sinônimo de proteção, com deveres e obrigações dos pais para com seus filhos.

A atual Constituição Federal se mostrou revolucionária no âmbito do direito de família não somente por sua característica democrática, mas também pelos princípios que trouxe consigo como o da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da convivência familiar e do afeto.

Atualmente, o Poder Judiciário vem sendo acionado por filhos em face de seus genitores, com fundamento principalmente na dignidade da pessoa humana, onde buscam ser reparados civilmente pelos danos ocasionados pela privação de afeto e do convívio que os mesmo sofreram.

O objetivo desta monografia é o estudo da responsabilidade civil por abandono afetivo. Para tanto, a mesma foi realizada com base em pesquisa bibliográfica, análise jurisprudencial bem como posicionamento de doutrinadores sobre o tema.

O estudo e análise do presente tema se revelam útil pela importância do mesmo. Trata-se de matéria que discute sobre a responsabilidade e o dever dos pais para com os filhos, no âmbito familiar, que como se sabe, é o local onde as pessoas moldam suas personalidades com o convívio dos pais para depois serem inseridos em sociedade. Ademais, como este assunto já vem sendo trazido para apreciação do Poder Judiciário, os operadores de direito têm como dever discutir e debater sobre o tema no objetivo de atender os anseios da sociedade.

Os direitos dos filhos se encontram amparados pelos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e planejamento familiar. Ainda, apresenta-se como outro importante princípio o da proteção integral a crianças e adolescentes, assegurada na Carta Magna em seu art. 227, que visualiza o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disto, em uma norma infraconstitucional, há o Estatuto da Criança e do Adolescente, que amplia o manto de proteção resguardado aos filhos. Estabelece em seu artigo 3º que:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Em assim sendo, com esta proteção, existe a discussão no âmbito do Direito de Família sobre a possível indenização em não havendo a assistência não só material, mas também a de relação de afeto em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O desrespeito desta premissa pode ocasionar aos filhos danos de ordem psicológica, de difícil esquecimento, resguardando o direito codificado punições como a perda ou suspensão do poder familiar.

Alguns doutrinadores se posicionam no sentido da punição se exaurir com a perda ou suspensão deste poder, haja vista que expressamente prevista pelo legislador essa possibilidade, sendo a indenização/reparação um extra do qual não se pode admitir.

Conforme os operadores diariamente são chamados a se posicionar sobre temas que ganham relevância no âmbito social, com relação ao abandono afetivo não foi diferente. Várias demandas foram e vem sendo apreciadas pelo Poder Judiciário, em que os filhos almejam indenização em decorrência de dano psíquico de que foram alvo pela privação de afeto e do convívio na formação com o genitor.

2 OS DEVERES DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS

A antiga concepção da estrutura patriarcal, de uma família hierarquizada, com a evolução do Direito de Família foi perdendo o sentido. Hoje, fala-se no poder familiar, como sendo mais um dever imposto aos pais com o objetivo de defender seus filhos de melhor forma. Conforme Pereira “A ideia predominante é que a *potestas* deixou de ser

uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho, visando protegê-lo e não beneficiar quem o exerce” (2011, p. 447).

Deste modo, o interesse dos pais está condicionado ao interesse dos filhos, na realização como pessoa em formação. Nesta linha, afirma Pereira: “Constitui princípio constitucional (art. 229) o dever genérico imposto aos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, e em contrapartida o dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade” (2011, p. 454).

Esta evolução trouxe, em análise com a Carta Magna, o poder dos pais como sendo mais dever do que, mesmo, poder, convertendo-se em múnus, com encargos atribuídos aos pais sobre os quais não podem se negar e fugir a realizá-los. Cumpre ressaltar que a convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade e exercício correto do poder familiar. Este poder só se perde ou suspende em virtude de apreciação do Poder Judiciário em consonância com o interesse da criança. De mesmo modo, não é porque os pais se encontram separados que o filho não terá de ter relações com o outro que não detém sua guarda, sendo que isso diz respeito ao exercício e não à titularidade. Desta forma, o ordenamento traz previsão da guarda e o exercício de visitação, medidas estas que objetivam ao menos que ambos os genitores possam ter contato com o filho.

Amparado pelo princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, este dever impõe-se a ambos os genitores. Hoje, sobretudo, a ótica de família é vista na concepção constitucional como sendo solidária e afetiva, em que a atenção se volta aos seus membros de maneira que possam desenvolver a personalidade com respeito aos direitos fundamentais de seus membros.

Como base normativa orientando no sentido de proteção e defesa dos filhos, o art. 1634, nos incisos I e II do Código Civil, traz o dever que os pais têm para com os filhos, sendo que a companhia e guarda se relacionam diretamente ao que pode ocasionar o abandono afetivo:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação
- II- tê-los em sua companhia e guarda;
- [...]

Em outro diploma legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se assegurado nos artigos 3º, 15 e 19:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

.....
Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

.....
Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Desta feita, não resta dúvidas quanto à responsabilidade sobretudo de criação imposta aos pais, seja qual for a situação conjugal em que os mesmos se encontrem, havendo ambos de exercer o poder familiar que lhes são inerentes.

Assevera, nestes termos, Dias (2009, p. 388), que:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Nas relações paterno-filiais o afeto encontra guarida constitucional como sendo direito do menor, de ter a convivência familiar, e dar proteção integral às crianças e adolescentes. Nos ensinamentos de Dias (2009, p. 415),

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar seus filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação. Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável.

No que diz respeito mais voltado ao afeto que deve ser dispensado aos filhos, o Código Civil, na redação do artigo 1634, não trouxe de forma expressa o dever de afeto. Mas, como sabido que a interpretação em conformidade com a Constituição se faz necessária para a correta aplicação da norma, o dever de afeto deve ser incluído, tendo em vista que não apenas os recursos materiais devem ser providenciados à prole, bem como também o afeto que se torna indispensável à criação do ser humano.

3 DIÁLOGO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ABANDONO AFETIVO

Trata-se de um dos mais delicados temas de todo o direito de família, e que resulta do “diálogo” entre este ramo do direito e a responsabilidade civil. No Brasil, a matéria ganhou repercussão nacional pelo primeiro julgado no STJ por meio do denominado “Caso Alexandre” (REsp. 757411-MG) em que fora afastada a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral pelo entendimento de que escapa ao Judiciário obrigar alguém a amar, ou manter um relacionamento afetivo, bem como nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

O abandono afetivo materno ou paterno filial resulta do próprio descumprimento do dever legal de educar, pois é inconcebível educação sem afeto.

Com o panorama apresentado de deveres dos pais em relação aos filhos, a prática nem sempre se revela conforme prevê o ordenamento legal. Isto pelo fato de não ser bem compreendido o dever os quais os pais têm com seus filhos, o que leva ao afastamento deles e como consequência lógica a negligência de criação e cuidado. Melhor se visualiza a situação, em sua grande maioria, quando há a separação dos pais, servindo o filho às vezes apenas como meio de atingir de maneira negativa ao outro ex cônjuge.

Em assim ocorrendo, perceptível é, muita das vezes, o abalo psíquico causado ao filho. Conforme leciona, Groeninga (2002, p. 118):

A criança desenvolve vínculos afetivos com os pais, cuja qualidade, mais próxima ou distante, de mais amor ou mais frustração e ódio, oscila conforme seu desenvolvimento. Quando o direito à convivência não é atendido permanece a lacuna psíquica podendo afetar a personalidade e a integridade e, legalmente, se configura como abandono por parte dos pais.

Este abandono pode se apresentar de diversas maneiras, tais como o pensamento errôneo de que o sustento material (leia-se pensão alimentícia) é suficiente para eximir qualquer outra responsabilidade por parte do pagador, não exercendo muitas das vezes o que a lei assegura como direito de visitação.

Nas situações em que há este abandono, configurado fica de maneira marcante o descaso pela criação, educação e convívio com os filhos, o que pode se revelar de maneira nefasta na vida da criança. No conceito de Lôbo (2011, p. 312),

Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

O afeto se baseia no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, dado o seu valor nas relações familiares e para com a sociedade, tendo em vista que é na família que há o amoldamento do caráter e personalidade (formação moral e psíquica) do indivíduo que posteriormente será inserido na vida em sociedade.

A prioridade de atender ao melhor interesse da criança e do adolescente exige dos pais condutas que se constituem em direitos e deveres indelegáveis e fiscalizados pelo Estado, dentre os quais o dever de tê-los em sua companhia e guarda.

Com reflexo da presença deste abandono por parte de alguns pais, o judiciário é chamado a se manifestar em demandas sobre os quais os filhos pleiteiam a reparação pelo sofrimento de não ter recebido afeto pela parte que o abandonou, independentemente do auxílio material.

Em consequência das análises feitas pelo judiciário, utilizando-se das premissas pregadas pelo legislador, poderá o pai ou a mãe perder o poder familiar por ato judicial, conforme disposto no artigo 1638 do Código Civil. Mas, principalmente, dos anos 2000 para frente, além da questão do poder familiar foram trazidas à tona questões em relação ao dano moral decorrente da responsabilidade dos pais em não oferecer afeto.

Interligando os dois ramos do direito, quais sejam a responsabilidade civil e o direito de família, por serem ramos de um sistema único intitulado simplesmente direito, decisões foram favoráveis e ao mesmo tempo não favoráveis no sentido de ser cabível a responsabilidade.

Neste panorama, o abandono afetivo suportado pelo filho em detrimento da desídia de seu genitor, para que haja o dever de indenizar, necessário é a observância da responsabilidade civil subjetiva. Deste modo, há necessidade da presença do dolo ou culpa para auferir a procedência do pedido de indenização em virtude do abandono suportado pelo filho. Diversos estudos de psicólogos se encarregam de demonstrar o dano gerado pelo descaso de cuidado afetivo, dentre eles, transtornos psíquicos irreversíveis, tendo como base que a personalidade, no que se refere à dignidade humana, é um processo contínuo de evolução.

3.1 ANÁLISE DOUTRINÁRIA

No âmbito doutrinário também há a dicotomia de posições, as quais sofreram diversas evoluções acerca do tema. Existe uma posição doutrinária que se filia ao pensamento que o próprio direito de família exaure a questão do abandono afetivo com

a destituição do poder familiar, possibilidade esta prevista no ordenamento vigente, tendo-se como preocupação a monetarização das relações de afeto, ultrapassando o que normalmente cabe ao judiciário. Em contrapartida, outra parte da doutrina sustenta que existe viabilidade da indenização por ocorrência do dano moral, sobretudo baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentre os doutrinadores que defendem a possibilidade de indenização, estão Maria Berenice Dias, Silvio de Salvo Venosa e Paulo Lôbo. Para a primeira doutrinadora, a ausência de convívio do pai com o filho pode gerar danos os quais podem chegar ao ponto de comprometerem o desenvolvimento pleno e saudável do filho, concluindo-se, portanto, que é causa geradora de dano afetivo susceptível de ser indenizado. Na mesma esteira, aduz Lôbo (2011, p. 311):

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta prioridade”, oponíveis à família — inclusive ao pai separado —, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia.

Deste modo, o dever dos pais não se exaure com os deveres de prestação material para com os filhos, devendo ainda haver a assistência moral que possa proporcionar à criança o desenvolvimento saudável e sadio, que em caso de não ser cumprido atentaria contra sua dignidade e caracterizando ilícito gerador do dever de indenizar.

Por fim, lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 737):

Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade Civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

Em sentido diverso ao dever de indenizar neste caso, é a posição adotada por Maria Aracy Menezes da Costa e Nelson Rosenvald. Para este posicionamento doutrinário, a contrariedade ao pagamento se baseia na premissa de que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência jamais tornará a se aproximar do filho, deste modo

não contribuindo em nada o pagamento da indenização no reestabelecimento do amor. Ainda, soma-se a essa justificativa a fundamentação de não haver prática de um ilícito, fato pelo qual a responsabilidade se torna prejudicada e o estabelecimento de monetarização dos afetos.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A decisão de vanguarda, proferida pelo juiz Mário Romano Maggioni, foi a da Comarca de Capão da Canoa, em que o pai foi condenado a pagar indenização a título de dano moral por ter abandonado moralmente sua filha. O Tribunal de Justiça manteve a decisão, conforme se verifica da ementa:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIAL – 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. (Apelação Cível n. 141/1030012032-0 – Comarca de Capão da Canoa – Apelantes(s) A. B. F. – Apelado(A)(S): V. P. S. O Representado pela mãe P. D. S. Juiz Mario Romano Maggioni. Data do Julgamento: 01/04/2004. Data da Publicação: 10/04/2004.

Neste julgado, o magistrado salientou que o pagamento pecuniário não iria reparar, na totalidade, o mal que a ausência do pai causou a filha, mas que amenizaria a dor e daria condições para que a mesma pudesse buscar auxílio psicológico entre outros confortos para a compensação da falta do pai que lhe acarretara isso tudo. Oportuno ressaltar que, neste julgado, o Ministério Público se posicionou no sentido de que não havia admissibilidade de indenização por considerar que não compete ao judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor. Mesmo assim, o pai, revel, foi condenado pelo magistrado, tendo como um dos fundamentos o artigo 22³ da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Outro julgado que se apresenta de forma a reforçar o anterior, é a Ação Indenizatória nº 01.036747-0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, prolatada pelo Juiz Luís Fernando Cirillo. Em sua sentença relata que a autora queixava-se de um abandono por parte de seu genitor, logo após a separação deste de sua genitora, pleiteando os danos morais. Relata, também, que o crescimento da autora desprovido do afeto paterno

³Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

apresenta como sendo uma ofensa à dignidade da pessoa humana, que é o bem jurídico sobre o qual o dano moral se destina a tutelar. Afirmou, ainda, que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, mas que, além disso, e da própria guarda, existe o dever do pai de ter o filho em sua companhia. Neste processo, a perita conclui que o fato de ter havido dificuldade do pai em ter acesso à criança, foi suficiente para que se desinteressasse de manter relacionamento com a autora, deixando-a de lado e focando sua atenção apenas em relação aos seus outros filhos. Por fim, constatou que a autora apresentava conflitos de identidade, em virtude deste abandono, necessitando de cuidados médicos e psicológicos por um longo tempo com a finalidade de amenizar as sequelas que isso lhe causara. Concluiu, então, o Magistrado, julgando parcialmente procedente o pedido e arbitrando a indenização em valor compatível com os tratamentos necessários para a autora ao mesmo tempo em que imputou ao réu uma perda patrimonial significativa.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais também há a presença de julgado no sentido de que o abandono configura lesão a dignidade da pessoa humana, conforme se depreende da ementa:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIAL – 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. (TAMG, AC 0408.550-5, Belo Horizonte, 7ª C.Cív., Rel. Juiz Unias Silva, J. 1º.04.2004)

Neste julgado, o Desembargador Nilo Lacerda, em seu voto, esclarece acerca do desenvolvimento da família que abandonou a ideia de ser vista como um ente hierarquizado e patrimonialista. O voto ainda caracteriza a família de hoje como sendo plural, solidária, igualitária, devendo se preocupar com o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros. Assim, seu voto foi no sentido de reformar a sentença do juiz *a quo* para ser arbitrada a indenização neste sentido.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça apreciou o caso. Constituiu-se em grande vitória dos adeptos da corrente de caber a responsabilidade dos genitores e a indenização pelo abandono afetivo. A apreciação se deu pelo REsp. 1159242/SP, em que a relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, em que a ementas e mostra autoexplicativa por seus próprios motivos:

EMENTA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no

Direito de Família.2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

A frase da relatora Ministra Nancy que repercutiu de maneira acalorada pelos doutrinadores e aplicadores do direito foi a de que “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.

Porém, como salientado de que o tema ainda é divergente, em sentido contrário há a posição do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 754,411 – MG, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, o qual trouxe como argumentos que este litígio entre as partes reduziria a esperança do filho em, ainda que tardiamente, ter acolhido o amor paterno. Em sua concepção, o deferimento do pedido não atenderia o objetivo de reparação financeira, o que já havia sendo cumprida através da pensão alimentícia. Concluiu, por fim, que escapa ao judiciário obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo, não havendo nenhuma finalidade positiva então a ser alcançada com a indenização pleiteada.

No mesmo sentido de negar a indenização, tem-se a Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da 1ª Câmara Cível, que assim decidiu:

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE (EXAME DE DNA) - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - NECESSIDADE PREMENTE - AUSÊNCIA DESTA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O abandono afetivo do pai em relação ao filho não enseja o direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor. Logo, não há responsabilidade civil, pretérita ou atual, do pai em relação ao filho, face à ausência de conduta ilícita ou antijurídica daquele, e devido à ausência de nexo causal entre a conduta dele e o alegado dano,

pois não há que se falar em conduta antijurídica, ou em omissão dolosa, pelo fato de o pai, não sabendo ou não acreditando na questionada paternidade, não se ter antecipado em reconhecer o filho espontaneamente. Em princípio, ainda que já considerado maior e capaz civilmente, não perderá o filho, automaticamente, quando atingir a maioridade. Tal permanece até que se comprove concretamente a desnecessidade e a possibilidade de sustentar a si próprio. Presente tal comprovação, não há como deferir a pretensão, pelo que improcede o pedido de pensão alimentícia." (Apelação Cível n. 1.0702.03.056438-0/001, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Geraldo Augusto, DJ 09.10.07)

Conforme se infere do seu conteúdo, baseou-se o relator na convicção de que não há no ordenamento jurídico a obrigação legal de amar ou de dedicar amor, afastando a pretensão de danos morais.

Outro recurso especial, oriundo do Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Recurso Especial nº 757411, em que o genitor, ao recorrer da decisão, obteve êxito em afastar a obrigação de indenizar.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA)

Como destaque, há o entendimento do Ministro César Asfor Rocha que repudia a tentativa de querer quantificar o preço do amor. Em que, se isso fosse permitido, haveria gradações para cada gesto que pudesse ser reputado como sendo desamor a ser arbitrado o valor por isso. A título de exemplo, menciona que se o abandono fosse por uma semana, o valor seria “x” e assim sucessivamente. O autor, ainda não contente com a referida decisão do STJ, interpôs Recurso Extraordinário ao STF, o RE 567164, o qual seria o primeiro da história a ser analisado pela Suprema Corte, mas que fora arquivado tendo em vista que não cabe recurso extraordinário para simples reexame de prova (Súmula 279 do STF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se constatou no curso do presente trabalho científico, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações quanto ao conceito de família. Dentre todas elas, as que especialmente se destacam quanto ao tema abordado é a proteção integral a crianças e adolescentes e a dignidade da pessoa humana.

A família, ao passar dos tempos, apresentou uma evolução, deixando de lado a velha concepção de hierarquização e interesses econômicos, passando a ser lastreada

agora pela compreensão solidária, afetiva, com a tendência de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, principalmente quanto aos filhos.

Nesta perspectiva, com a Carta Magna e também com as normas infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, os filhos passam a ser vistos como sujeitos de direitos fundamentais, merecendo proteção especial por parte da própria família, do Estado e da sociedade. Para tanto, em razão de sua condição de estar em desenvolvimento, não basta apenas o apoio material, havendo as necessidades de convívio e afeto.

No panorama apresentado, os pais têm para com os filhos os deveres da paternidade responsável, devendo prestar todo o auxílio necessário a sua prole. Contudo, não é a realidade enfrentada por nossa sociedade. Desta maneira, o instituto da responsabilidade civil é visualizado como saída para alguns que, acionando o Poder Judiciário, têm a intenção de ver reparada os danos decorrentes do abandono afetivo sofrido em sua criação.

A responsabilidade civil, neste caso, necessita da comprovação da conduta nociva do agente, que deve agir com culpa (responsabilidade civil subjetiva), o dano ocasionado aos direitos da personalidade do filho bem como o nexo causal entre a conduta e o dano. Essa responsabilidade no âmbito familiar encontra grande divergência quanto à possibilidade de aplicação ou, tanto entre doutrinadores como na própria jurisprudência.

Conclui-se que o tema apresenta muita divergência, sendo seu estudo necessário, tendo em vista tratar da família, considerada por muitos como a base da sociedade. A indenização, nestes casos, apresenta-se como forma de compensar o filho abandonado afetivamente. Contudo, há o forte argumento da impossibilidade de monetarização das relações de afeto sob pena de o direito estar intervindo em relações das quais não deveria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de. **Evolução histórica do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44723&seo=1>>. Acesso em: maio 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/7/1990, Página 13563.

_____. Lei 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.** Diário Oficial da União – Seção 1 – 15/1/1996, Página 561

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 11/1/2002, Página 1.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Minas Gerais. Abandono Moral. Reparação. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Impossibilidade. **Recurso Especial 757411.** Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Recorrido: Alexandre Batista Fortes. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 27 de março de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. **REsp 1159242/SP.** Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 10 de maio de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Embargos de declaração em recurso extraordinário.** Conversão em agravo regimental. Abandono afetivo. Art. 229 da Constituição Federal. Danos extrapatrimoniais. Art. 5º, V e X, CF/88. Indenização. Legislação infraconstitucional e Súmula STF 279. Recurso Extraordinário 567164. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de setembro de 2009. COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade Civil no Direito de Família. XII Jornada de Direito de Família, Rio de Janeiro: COAD, Edição Especial, fevereiro, 2005. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil,** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 7. ed. rev, atual e ampl, de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2011. Volume VI.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. 6: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROENINGA, Gisele Câmara. Guarda Compartilhada – **A tutela do poder familiar.** In A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. PEREIRA, T. S. e PEREIRA, R. C. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 102-129.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº 0408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes Assist. p/sua mãe, Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator Unias Silva. **Data da publicação: 09/01/2009.** Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066308/102510802614140011-mg-1025108026141-4-001-1/inteiro-teor-12206203>>. Acesso em: maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001(1). Investigação de paternidade - reconhecimento da paternidade (exame de dna) - indenização por dano moral. Apelante: K.B.C. Apelado: C.J.S.T. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. **Data da publicação 09/10/2007.**

Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/2510/1/0194-TJ-JC-022.pdf>>. Acesso em: maio 2015.

ONU (1984), Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: maio 2015>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V: direito de família. 19ª ed. Forense: 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Indenizatória nº 141/1030012032- 0. Capão da Canoa. Autora: D.J.A. Réu: D.V. A. Juiz Mário Romano Maggioni. 15 set. 2003. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.149, ago/set. 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo 31ª Vra Cível. Ação Indenizatória nº 01.036747-0. São Paulo. Autora: Melka Medga. Réu: Maurício Medga. Juiz Luiz Fernando Cirillo. **Data da publicação 05/06/2004**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2SZX3D5U30000>>. Acesso em: maio 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2002