

A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Carolina Raposo Bispo¹
Laís Regina Moraes dos Santos²
Mariana Correia Montenegro³
Marília Carla Leite Sarmento⁴
Natália de Carvalho Santos⁵
Raissa Maria Morais de Barros⁶
Thayssa Emídio de Lima⁷
Mariana Falcão Soares⁸

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785
ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O presente artigo discute acerca do dever de afetividade nas relações parentais, mostrando ser possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil e conseqüentemente a indenização por danos morais. Inicia abordando a configuração da responsabilidade civil, passando para o retrato da passagem e da evolução histórica que envolveu a sociedade e o direito de família, além de comprovar em como a lei se manifesta ao estabelecer as responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos. Para tanto, foi utilizada a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código Civil, além de doutrinas de autores renomados e entendimentos jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE

Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Indenização. Danos morais.

ABSTRACT

The present article discuss about the duty of affectionateness on parental relationships, showing the possibility of the application of civil responsibility and consequently of restitution by moral damages. It started by approaching the configuration of civil responsibility, passing through the evolution and history passage that involve the society and the Family Law, besides proving how the law manifests itself by establish the responsibilities of the parents beyond their children. Therefore, it was used the Federal Constitution, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Civil Code, apart from the doctrines of renowned authors and jurisprudential understandings.

KEYWORDS

Affective abandonment. Civil Responsibility. Restitution. Moral damages.

1 INTRODUÇÃO

Há uma grande discussão no meio jurídico no que diz respeito ao dever de afetividade nas relações parentais. Isto porque para parte da doutrina e da jurisprudência que admite ser este caracterizador de responsabilidade civil, torna-se possível a reparação pelo abandono afetivo por meio do arbitramento de indenização por danos morais. Para outra parte, no entanto, entendendo que o Estado não pode intervir no sentimento de um indivíduo, bem como concebendo não ser possível “quantificar o amor”, há o entendimento de que tal reparação não deve ganhar guarida na prática jurídica.

Dentro desse contexto, o presente trabalho busca distanciar-se da perspectiva que vislumbra o abandono afetivo como a simples “falta do sentimento” e analisá-lo a partir do dever constitucional de cuidado e de proteção dos pais perante os filhos.

Inicialmente, antes de adentrar no conceito da afetividade, por meio de análises doutrinárias, buscou abordar o tema da responsabilidade civil de um modo geral para, depois, tratar da evolução do direito de família no Brasil, bem como discutir acerca do elemento afetividade. O referido tema foi aprofundado no que diz respeito à responsabilidade parental e à responsabilidade decorrente do abandono afetivo, sendo respaldado em entendimentos jurisprudenciais.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

De acordo com Tartuce (2011) a responsabilidade civil nasce a partir do descumprimento de uma obrigação imposta, ou seja, origina-se quando determinada

pessoa deixa de observar um preceito normativo que regula a vida em sociedade. Assim, o art. 927 do Código Civil determina que aquele que cometer ato ilícito deve reparar quem por ele foi lesado.

De início, cumpre destacar que a responsabilidade civil pode ser classificada, quanto à origem, como contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual ou negocial é aquela cujo inadimplemento da obrigação está fundamentada pelos artigos 389, 390 e 391 do Código Civil. Já a responsabilidade contratual, também denominada de aquiliana, encontra-se amparada pelo ato ilícito ou abuso de direito, ambos institutos regulamentados, respectivamente, pelo art. 186 e 187 do diploma cível.

De acordo com Gagliano e Pamplona (2011), é sobre a responsabilidade extracontratual que tem se notado uma maior evolução. De outro modo, no que diz respeito ao ato ilícito, afirma Tartuce (2011, p. 396):

De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante de sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei. [...] pode-se afirmar que o ato ilícito é a *conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém*. (Grifo original)

Em suma, ocorre um ato ilícito quando se verifica a ocorrência de lesão de direitos que causam dano alheio, independente de ser patrimonial ou exclusivamente moral. Sendo a consequência do ato ilícito o dever de indenizar, torna-se necessário observar o preenchimento de certos elementos para sua consumação. Em pese as divergências doutrinárias, são os elementos: a) conduta humana; b) culpa; c) nexo de causalidade e d) dano.

A conduta humana pode se dar através de uma ação ou omissão voluntária nas quais se verifica a existência de negligência, imprudência ou imperícia. Importante destacar que, como bem aponta Tartuce (2011), para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Além disso, é preciso demonstrar que, caso a conduta fosse praticada, o dano teria sido evitado.

No que tange ao elemento culpa, insta ressaltar que se trata de sua concepção genérica, ou seja, que engloba o dolo, quando há violação intencional e a culpa es-

trita. De um modo geral, é entendida como o desrespeito de um dever preexistente, não sendo imprescindível a intenção de violar.

Para Tartuce (2011) a culpa é relacionada com a imprudência, entendida esta como a prática de uma ação com a falta de cuidado necessário para sua realização; a negligência, compreendida como a falta de cuidado que origina uma omissão; e, por fim, a imperícia, que significa a falta de qualificação ou treinamento técnico para desempenhar determinada conduta. Gonçalves (2012) afirma que a culpa é o dever violado, sendo, dessa forma, passível de indenização.

Ainda quanto à culpa, cumpre reproduzir as principais classificações apontadas por Tartuce (2011, p. 415-417):

Tabela 1

Critério	Tipos		
Origem	Contratual	Extracontratual	-----
Atuação do agente	<i>In comittendo</i>	In omittendo	-----
Análise pelo aplicador do direito	<i>In concreto</i>	<i>In abstrato</i>	-----
Presunção	<i>In vigilando</i>	<i>In eligendo</i>	<i>In custodiendo</i>
Grau de culpa	Leve ou grave	Leve ou média	Levíssima

Fonte: TARTUCE (2011).

Em termos práticos, a distinção se justifica porque, ao constatar o dolo do agente, não há o que se falar em culpa concorrente da vítima, devendo a indenização ser feita de modo integral.

3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

O Direito de Família no Brasil, conforme Lôbo (2011) foi definido em três grandes períodos de acordo com o ordenamento jurídico, a principiar pelo direito de família religioso o qual era reservado ao controle da Igreja Católica nos anos de 1500 a 1889, em seguida a instituição do direito de família laico com a implantação da República que subtraiu as relações familiares da competência do direito canônico, sendo implantado por fim o atual direito de família solidário e igualitário.

Durante o lapso do direito de família religioso, conforme Lobo (2011), a vida privada das pessoas era pautada pela igreja, desde o nascimento até a morte concedendo caráter oficial aos seus atos, a contar pelos registros de nascimento, casamento e óbito que eram de mestria do sacerdote. O Estado abria mão de conduzir a vida dos indivíduos em favor da organização religiosa, o que resultou diretamente no intermédio da religião na vida privada dos cidadãos, de modo que a Igreja unicamente era capacitada para preencher a lacuna entre família e Estado.

Proclamada a República em 1889, um de seus primeiros feitos foi a diminuição da competência da Igreja nas relações familiares que acabaram se tornando laicas, a amostra do matrimônio que ficou destituído de efeitos civis, a fim de reduzir a interferência canônica na vida privada, foi estipulado, também, que o ensino ministrado nos estabelecimentos passasse a ser leigo. A família nesse período era patriarcal onde o homem detinha o pátrio poder sobre os filhos e a mulher, estas relativamente incapazes, o que de fato importava nessas relações familiares era apenas a procriação.

Com o advento da Constituição de 1988, segundo Gonçalves (2015, p. 33): “A nova carta abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família”. O Estado passa a proteger qualquer entidade familiar, matrimoniais ou não, que passaram a alcançar tutela idêntica a constituída pelo casamento.

A família passa a assumir posição de sujeitos de direito e obrigação, a liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar, sem qualquer imposição estatal, consumou-se dessa forma o fim da desigualdade jurídica nas relações familiares do Brasil. De acordo com Lôbo (2011, p. 43):

Proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5º do art. 226) e na união estável (§ 3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§ 6º do art. 227).

O direito de família é um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família, depois das transformações do século XX, aquele passou a abranger as matérias, envolvendo o direito das entidades familiares, o direito parental como relação de filiação, o direito patrimonial familiar como o regime de bens entre cônjuges e companheiros, e o direito tutelar relativo a guarda.

Lôbo (2011) reitera que depois da instituição da constituição de 1988 foi consagrada também a força normativa dos princípios que passaram a reger as relações familiares tais quais, dignidade da pessoa humana e família como núcleo essencial e comum a todas as pessoas, impondo um dever geral de respeito e proteção, afetividade que se dá na convivência sem interesses materiais, constituída num ambiente de solidariedade e responsabilidade, solidariedade familiar entre cônjuges, companheiros, principalmente quanto a assistência moral e material, igualdade e direito à diferença, acabando dessa forma com o poder marital e instituindo também a igualdade entre os filhos e, por fim, o princípio da liberdade, que diz respeito a livre escolha de realização, extinção da entidade familiar, sem nenhuma imposição externa.

4 A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade e a composição do Estado têm como base as formações familiares. Sendo assim, o afeto representa o núcleo essencial da família e estruturação dos sujeitos. É na convivência familiar que são formadas as bases, moral e psicológica da criança, o que propicia seu desenvolvimento de forma saudável e harmoniosa.

Explica Maria Berenice Dias (2011, p. 357), “o ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho, avós e neto. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não”.

A importância do afeto e cuidado transmitidos à criança no seio familiar é inegável para a formação de seu caráter e crescimento sadio em meio social. O dever de cuidado, por parte dos pais, nasce a partir do momento em que decidem ter ou adotar filhos. O livre ato de vontade dos pais é o pressuposto para o início da relação familiar.

O dever de cuidado envolve o afeto e é garantido em diversos dispositivos legais como a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O artigo 229 da Constituição Brasileira de 1988 determina que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Sabe-se que a violação de um dever jurídico e a existência de um dano, decorrente dessa violação, constitui a responsabilidade civil. Assim, uma conduta humana que viole um dever originário de outrem, é causa geradora de responsabilidade civil, a qual é um conjunto de medidas que obrigam o indivíduo a reparar o dano causado ao outro.

Outro fato determinante da responsabilidade civil é o nexo de causalidade. Trata-se do liame entre o ato lesivo, o dano causado e o indivíduo lesado. De acordo com Dias (2011), a configuração da responsabilidade civil exige a existência de um dano que precisa ser provado, para que se solicite restituição. Em âmbito afetivo, o dano é moral, uma vez que afeta a individualidade do ser humano, o que não se pode mensurar.

É de extrema importância e pressuposto para o entendimento aprofundado deste assunto a consciência de que admissão da responsabilização por abandono afetivo é fundada na falta de cuidado bem como na ausência da convivência familiar, por caracterizarem obrigações inerentes ao poder familiar, que constituem ato ilícito quando descumpridas.

Faz-se importante a percepção de que a atribuição da reparação pecuniária constituída pela responsabilidade civil representa mais que uma simples punição, trata-se de um ato repressivo por parte do Estado, buscando que demais pessoas

percebiam a responsabilidade de ter filhos e que o dever de educá-los é árduo. Ignorar o abandono e afastamento dos pais seria consentir com tal omissão.

Adverte Maria Berenice Dias (2011):

Mesmo que o pai apenas visite o filho por receio de ser condenado a pagar uma indenização, é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, é imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação. O dano à dignidade do filho deve ser passível de reparação material para que possa ser dissuadida pela firme posição do judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. (DIAS, 2011, p. 462).

Logo, a reparação civil do dano causado pelo descumprimento voluntário do dever de cuidado é a solução quando todas as outras tentativas de reaproximação e conscientização esgotarem-se. Inicialmente, busca-se a recuperação do vínculo afetivo entre pais e filhos, em caso de insucesso, o Estado estabelece a propositura da reparação.

5 RESPONSABILIDADE PARENTAL NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Antes determinado como pátrio poder, o poder familiar, conforme o doutrinador Lôbo (2011), passou por mudanças conforme a evolução das relações familiares. Antes voltado apenas ao chefe da família, com o advento da Constituição Federal de 1988 foi estabelecido que os direitos e deveres da sociedade conjugal seriam a partir de então a ambos os cônjuges, sem priorizar nenhum lado. Dessa forma, o objetivo se dirigiu à dignidade da pessoa, à convivência familiar e ao melhor interesse da criança.

Nossa Lei Maior é clara ao tratar deste assunto: prevista no art. 227 e na primeira parte do art. 229, a proteção das crianças e adolescentes brasileiros são de responsabilidade, além do Estado e da sociedade como um todo, dos pais. Atribuído a ambos, independente do vínculo familiar, o poder familiar, conforme Gonçalves (2015) trata das responsabilidades dos pais quanto aos seus filhos. São deveres atribuídos a eles que não se esgotam nem se limitam ao dever de simples sustento e guarda.

O poder familiar brasileiro vai muito, além disso, que, ainda segundo o autor Gonçalves (2015), tem como o maior interessado por haver essa proteção, o Estado, visto que existe a preocupação de zelar pelo futuro da nação, sendo, portanto, um *múnus público*.

Art. 227, CF/88. 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. (Grifo nosso).

E não é apenas esse o dispositivo que evidencia e explicita este dever. Em harmonia com os aludidos mandamentos constitucionais, além do art. 1.634 do Código Civil de 2002 enumerar tais direitos e deveres, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) segue o mesmo entendimento da Carta Magna ao dispor, em seu art. 22 que cabe aos pais o dever em relação aos filhos menores de sustento, guarda e educação, além de ter obrigação de cumprir determinações judiciais. Ao longo da lei, observa-se que são atribuições que envolvem além da necessidade material, questões afetivas, morais e psicológicas. É interessante ressaltar a preocupação que ela tem com a criança e com o adolescente ao ler o art. 3º da lei em epígrafe:

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.** (Grifo nosso).

Em virtude disso, é possível perceber que estas são responsabilidades das quais não se pode se esquivar, afinal, elas estão impostas na Constituição e em outros dispositivos legais, surgindo consequências para aqueles que descumprirem tais obrigações. Não se pode esquecer que isto é definido em prol do bom desenvolvimento físico, mental e moral da criança e do adolescente, pessoas ainda vulneráveis que necessitam do apoio e acompanhamento familiar, sendo, portanto, extremamente fundamental a presença de seus responsáveis.

Tal situação, presumida em leis, se trata de algo bastante relevante e como é possível visualizar, não é uma opção, não é apenas uma questão moral, mas sim uma vinculação jurídica que une os pais e seus filhos, estes que são os titulares dos direitos, o “alvo” da proteção. Destacando que, o Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 1.630 que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Desta forma, este é o período que existirá a obrigação aos pais atribuída em lei. E mais, a redação deste dispositivo é inclusiva, ou seja, conforme Gonçalves (2015, p. 422): “[...] abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos [...]”, destacando a igualdade de direitos já reconhecidos.

Infelizmente, a realidade é que muitos pais não entendem essa imposição legal, sua função e importância para o desenvolvimento físico e psicológico de seus filhos, ou talvez até compreendam, mas com má vontade não cumpram esse dever protetivo, abandonando-os. Deveras, é imprescindível saber que mesmo fugindo dos compromissos, “o poder parental faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido” (GONÇALVES, 2015, p. 422), muito menos esse dever decairá devido ao seu não exercício. Não adianta, é um direito garantido ao filho e uma responsabilidade indiscutível dos pais.

6 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

É sabido que a lei impôs o instituto da responsabilidade civil, visando reparar o dano causado a alguém em virtude do cometimento de um ato ilícito, comissivo ou omissivo, o qual possui liame causal com relação ao dano. Com isso, “[...] A partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, do qual exsurge o dever de indenizar” (SILVA, 2013, p. 7).

Insta ressaltar que a questão da indenização por danos morais devido ao abandono afetivo não é pacificada, visto que, apesar de todas as pessoas serem livres para amar ou deixar de amar quem bem entendem, deve-se levar em consideração o quão prejudicial é para a vida de um filho sofrer esse tipo de abandono.

Ainda de acordo com Silva (2013), a personalidade de cada indivíduo se forma a partir das suas relações afetivas, a qual orienta e conduz o seu desenvolvimento, seja ele emocional ou psíquico. Assim, na maioria dos casos de abandono afetivo, é necessário o filho passar por tratamento psicológico para, no futuro, não ter o seu desenvolvimento emocional prejudicado.

O autor Silva (2013) aduz, também, sobre a possibilidade de admitir a indenização por danos morais, a qual visa reparar os danos causados pela omissão parental no que diz respeito ao cumprimento do dever de afeto, previsto pelo nosso ordenamento jurídico, para com os filhos – carecedores desse sentimento e de todos os outros privilégios que a figura paterna ou similar traz consigo. É indubitável que o dano ensejador da responsabilidade civil seria evitado caso o agente não tivesse se omitido, mas respeitado os ditames legais do dever de cuidado, previsto no texto constitucional.

Por outro lado, destaca-se que há entendimentos contrários com relação à possibilidade de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, haja vista que o sentimento não pode ser imposto e, dessa forma, não caracteriza obrigação pecuniária, conforme um dos entendimentos dos nossos Tribunais, Vejamos:

DANOS MORAIS - Pleito fundado em abandono afetivo -
Reconhecimento voluntário da paternidade pelo réu, no

âmbito de ação própria, quando a autora já era maior de idade - Não caracterização de danos morais - Impossibilidade de se impor o dever de amar, bem como descabimento em traduzir tal sentimento em obrigação pecuniária - Apelo desprovido. (TJ-SP - APL: 2849850620098260000 SP 0284985-06.2009.8.26.0000, Relator: Sebastião Carlos Garcia, Data de Julgamento: 08/09/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/09/2011).

Além disso, foi argumento da posição desfavorável do Tribunal de Justiça de São Paulo, no voto do recurso de Apelação nº 0284985-06.2009.8.26.0000, o fato de que não há, em nosso ordenamento, obrigação de afeto, mas sim a previsão da perda do poder familiar como forma de punição do abandono ou do descumprimento não justificado do dever de afeto.

Posto isto, considerando todos os argumentos explanados, conclui-se que a indenização por danos morais nesse tipo de situação tem como maior finalidade desmotivar condutas de abandono e fazer com que os pais entendam o tamanho da importância do afeto na formação saudável de um filho. Ademais, a punição do genitor pode influenciar para que ele não repita essa conduta omissiva, além de servir como exemplo para os outros pais passarem a se preocupar mais com a função paterna, já que eles não vão querer ser punidos. Destarte, a reparação civil nos casos de abandono afetivo é perfeitamente cabível.

7 JURISPRUDÊNCIAS

Como cediço, com o avanço dos debates sobre o tema “Abandono Afetivo”, atualmente, pode ser encontrado com mais facilidade na doutrina brasileira a exposição de tal tópico, assim como também é que se tornou mais frequente encontrá-lo no âmbito forense, em meio às demandas judiciais, onde se vislumbra diversos casos atinentes à problemática ora levantada.

Contudo é de se ressaltar que a discussão gerada se pauta na possibilidade ou não de em face do abandono afetivo haver o ensejo de indenização por danos morais, logo, adianta-se que tal entendimento ainda não é pacífico.

A divergência se dá em virtude da matéria não ter sido, ainda, apreciada em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal, vez que apesar do tema já ter sido apresentado duas vezes na Corte Suprema, o recurso fora negado o seguimento, senão vejamos a ementa do julgado do Recurso Extraordinário RE 567164 ED / MG - MINAS GERAIS:

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. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido. (STF - RE: 567164 MG, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-03PP-00531).

Contudo, devido à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9), a Terceira Turma, que teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, reconheceu o afeto como valor jurídico e concedeu o direito à indenização à filha proveniente do abandono afetivo pelo pai. Vejamos a ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE:
ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS ADVOGADO:
ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S) RECORRIDO:
LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA ADVOGADO: JOÃO
LYRA NETTO EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA.
ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL.
POSSIBILIDADE. [...] 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 (STJ, Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Data de Julgamento: 24 de abril de 2012, 3ª Turma).

O entendimento, consolidado pela 3ª Turma do STJ em 24 de abril de 2012, trouxe a tona mais uma vez diversas discussões a cerca da problemática, tendo em vista que este veio a divergir do já existente entendimento do julgado, Resp nº 757411/MG, de 2004. Senão vejamos o teor da decisão:

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).

É notável que o entendimento da colenda 3ª Câmara fora baseado sob a premissa do dever de indenizar para aquele que sofre o dano, visualizando a culpa do autor e o nexo de causalidade, que no caso em apreço, tem-se a negativa espontânea de um dever que incuti tão somente ao autor, mas que este opta por se abster, logo devendo ser responsabilizado pelo dano moral que causou.

Ressalta-se que os entendimentos favoráveis acerca do tema são considerados preponderantemente recentes, mas os quais não são soberanos e com o passar do tempo vão se aperfeiçoando com base em outros julgados, mesmo quando ainda não havia sido consolidado pela 3ª Turma do STJ, senão vejamos um dos que inicialmente pautou-se pela negação e que fora modificado em sede de recurso tendo como Relator o Desembargador Unias Silva:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE O 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.[...] Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. (Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000(1), da Sétima Câmara Cível. TJ/MG. Relator Des. Unias Silva. DJ 29 abr. 2004).

Há outros julgamentos que se orientam pelo entendimento favorável de haver indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo, vejamos alguns deles:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 015096006794APELANTE: CARLA DOS SANTOS FERNANDES APELADO: PAULO CEZAR FRANÇA CABRAL RELATOR: DES. SUBST. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY A C Ó R D Ã O E M E N T A : P R O C E S S O CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - GENITOR - ABANDONO MORAL E FALTA DE AFETO - PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL - SENTENÇA ANULADA - PROSSEGUIMENTO REGULAR DO FEITO - RECURSO PROVIDO. (TJES – AC 15096006794 – 2ª C. CIV. – Rel. Des. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON - Data de Julgamento: 21/09/2010).

De outro modo, tem-se que é perceptível diante da instabilidade de um posicionamento da Corte Superior, que há os entendimentos contrários ao ensejo de indenização por danos morais proveniente do abandono afetivo, para o qual é estabelecido como principal fundamento das decisões a impossibilidade do judiciário supostamente forçar uma pessoa a gostar ou amar *outrem*, assim observa-se que o argumento se justifica sobre a possibilidade de imputar indenização servir como meio coercitivo de amar. Vejamos os entendimentos contrários acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá... (TJ-RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/03/2012, Sétima Câmara Cível).

Apesar de demonstrado que, em suma, o tema ainda é polêmico dentro do Direito, haja vista que a possibilidade de concessão ou não do dano moral ao filho abandonado gera divergências de entendimentos, é notável que ainda assim o avanço do reconhecimento do instituto do Abandono Afetivo vem ganhando espaço, o que, por consequência ratifica a necessidade de se punir o ato ilícito praticado, em razão de que ao se abster do dever de cuidar, para o qual existe vínculo obrigatório, o sujeito se recusa a um dever que lhe é imputado impreterivelmente, infringindo desta forma princípios e dispositivos Constitucionais, bem como infraconstitucionais, que asseguram a todos a dignidade humana e o desenvolvimento humano digno, merecendo, portanto, a conduta ser dotada de relevância no âmbito forense diante da ilicitude da mesma e da necessidade de coerção do Estado.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito mais do que falta de amor, o abandono afetivo representa uma omissão em razão de um dever constitucional e, portanto, um ato ilícito que deve ser reparado pela imposição da indenização por dano moral. Nesse sentir, não se trata menos de compensar a falta de carinho do que meio de ratificar o dever de prestar assistência financeira e, sobretudo, emocional aos filhos.

O reconhecimento desse elemento como caracterizador da responsabilidade civil tem o escopo de restituir a dignidade usurpada da criança, ao mesmo passo em que incute o senso de responsabilidade no genitor que se esquivava de seus deveres parentais.

Dentro desse contexto, levando-se em consideração os danos experimentados pela criança abandonada, abarcados estes ainda pela teoria da perda de uma chance, demonstram-se perfeitamente cabível a indenização por danos morais como forma de reparar os danos causados pelo abandono afetivo dos pais com relação aos filhos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Fernando Gonçalves, Data do Julgamento: 29 nov. 2005, 4ª Turma, 27 março 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>> Acesso em: 16.11.2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 567164/MG**. Relator: Ellen Gracie, Data do Julgamento: 18 ago. 2009, 2ª Turma, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399140/embdeclno-recurso-extraordinario-re-567164-mg>> Acesso em: 16. Nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Civil nº 15096006794/ES**. Relator: Álvaro Manoel Rosindo, Data do Julgamento: 21 set. 2010, 2ª Câmara Civil, 11 nov. 2010. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19190284/apelacao-civel-ac-15096006794-es-15096006794>>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0284985-06.2009.8.26.0000**. Relator: Sebastião Carlos Garcia, Data de Julgamento: 8 set. 2011, 6ª Câmara de Direito Privado, 13 set. 2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20394189/apelacao-apl-2849850620098260000-sp-0284985-0620098260000/inteiro-teor-104941083>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Civil nº 70045481207**. Relatora: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Data do Julgamento: 28 mar. 2012, 7ª Câmara Civil, 2 abril 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21816210/apelacao-civel-ac-70045481207-rs-tjrs>> Acesso em: 16.11.2015.
- BRASIL. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: Nancy Andrichi, Data do Julgamento: 24 abr. 2012, 3ª Turma, 10 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 16.11.2015.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum Saraiva**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Vade Mecum Saraiva**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl., v.3. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

SILVA, Thomas de Carvalho. Da Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.3838, 26 de dezembro 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26239>>. Acesso em: 17 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2011.

Recebido em: 9 de março de 2016

Avaliado em: 9 de março de 2016

Aceito em: 10 de março de 2016

-
1. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail: carolrbispo@hotmail.com
 2. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail:laismoraesre@gmail.com
 3. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail: mari__montenegro@hotmail.com
 4. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail: mariliacsarmento@hotmail.com
 5. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail: natalia_santos304@hotmail.com
 6. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail: raissadebarros@hotmail.com
 7. Discente do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. E-mail: thaysaa.lima@hotmail.com
 8. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Docente no Centro Universitário Tiradentes – UNIT-AL. E-mail: mariana_falcao@yahoo.com.br