

JULIANA BRITO ROCHA

O DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Henrique Batista de Araújo Neto.

NATAL/RN
2014

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN

Setor de Processos Técnicos

Rocha, Juliana Brito.

O dano moral no abandono afetivo. / Juliana Brito Rocha. – Natal, 2014.

68 f.

Orientador: Profº. Henrique Batista de Araújo Neto.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Civil - Monografia. 2. Responsabilidade Civil - Monografia. 3. Abandono Afetivo - Monografia. 4. Dano Moral - Monografia. I. Araújo Neto, Henrique Batista. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 347(81)

BIBLIOTECA UNI-RN

347 R672d - RB: 37626 (M002168)

Título: O dano moral no abandono afetivo

Autoria: Rocha, Juliana Brito

2014, ex. 1

JULIANA BRITO ROCHA

O DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Centro Universitário do Rio Grande do
Norte, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 20/11/2014

Juliana Brito Rocha

Juliana Brito Rocha

Profº. Henrique Batista de Araújo Neto
Orientador

Profº. Anderson Araújo de Medeiros
Membro

Profº. Marcelo Henrique de Sousa Torres
Membro

Dedico este trabalho ao meu avô, Francisco das Chagas Rocha (in memoriam), não só por ter me proporcionado a melhor educação possível, mas também, por ser meu exemplo e modelo de pessoa, o qual pretendo seguir na minha vida profissional. Deixo aqui o meu sincero "muito obrigado, vovô", sem você não teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

Seria egoísmo da minha parte não dar o devido crédito a todas as pessoas que ao longo da minha vida me apoiaram diretamente, ou indiretamente, colaborando para a conclusão da segunda etapa da minha vida profissional: a graduação.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Adriana e Marco, por toda a educação que me proporcionaram e o amor que nunca me negaram. Saibam que sem o apoio de vocês eu não teria conseguido.

Agradeço também a todos os meus familiares, em especial a minha tia e madrinha, Thereza, que desde o começo do curso de Direito me incentivou e proporcionou oportunidades únicas para o meu conhecimento e crescimento profissional.

Minha imensa gratidão também aos meus amigos e colegas de curso pela compreensão e suporte. E por fim, mas não menos importante, ao meu namorado, Rorn Nóbrega, por tudo o que fez por mim, pela imensa ajuda e contribuição neste trabalho e por sempre ter me incentivado, nunca me deixando desistir.

“Disfarçamos nosso abandono com frases ousadas e sem verdade alguma. O que a gente gostaria de dizer, mesmo, é: me dê sua mão.”

(Martha Medeiros)

RESUMO

O presente trabalho tem como tema um dos grandes dramas nas relações familiares sob recentes posicionamentos da atividade jurisdicional brasileira, qual seja: a apreciação judicial do dano moral por abandono afetivo. Neste cenário, pretende-se analisar os fundamentos utilizados pelos defensores do provimento do dano moral pelo abandono afetivo sob um enfoque crítico, dialético e com vista à observância, ou não, da função social do direito. Para tanto, vale-se de uma metodologia bibliográfica e jurisprudencial no intuito de trazer à tona conclusões decorrentes do embate de teses favoráveis e contrárias à indenização moral nas relações paterno-filiais, analisado sob o foco da sua eficácia prática, bem como na existência ou não de pressupostos para o deferimento do referido pleito. Com efeito, parte da doutrina que defende esta conduta alega que a indenização seria um meio de compensar o filho pelo sofrimento vivenciado, porém, seria possível compensar a falta de amor com dinheiro? Já para os que são contra, a indenização por dano moral afetivo seria uma forma de colocar preço no amor. Por fim, diante da complexidade das relações familiares, buscar-se-á obter conclusões quanto ao critério do julgador ao apreciar este tipo de ação em face da possível patrimonialização das relações afetivas, bem como do direito ou dever da presença de um dos parentes no convívio direto com o menor de idade.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Abandono Afetivo.

ABSTRACT

The present work has as its theme one of the great dramas of family relationships under recent placements in Brazilian jurisdictional activity, namely, the judicial assessment of moral damages for emotional abandonment. In this scenario, we intend to analyze the grounds used by the defenders of the moral damage by providing emotional abandonment in a critical, dialectical, and in order to observe whether or not the social function of the right approach. For that, it is worth a literature and jurisprudential methodology in order to elicit conclusions emerge from the conflict in favor of thesis and contrary to moral damages in the paternal-filial relationship, analyzed from the standpoint of its practical effectiveness, as well as the existence or no prerequisites for granting the said election. Indeed, part of the doctrine that defends this behavior argues that the award would be a way to compensate for the suffering experienced by the child, however, could compensate for the lack of love with money? As for those who oppose the compensation for emotional pain and suffering would be a way to put a price on love. Finally, given the complexity of family relationships, will seek up-to draw conclusions as to the discretion of the judge to appreciate this kind of action in the face of possible patrimonialization of affective relationships, and the right or duty of the presence of relatives in direct contact with a minor.

Keywords: Liability. Moral damage. Affective abandonment.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Min. - Ministro(a)

Nº - Número

p. - Página

Rel. - Relator(a)

REsp. - Recurso Especial

REx. - Recurso Extraordinário

STJ - Superior Tribunal de Justiça

Vol. - Volume

LISTA DE SÍMBOLOS

\$ - Cifrão

§ - Parágrafo

% - Porcentagem

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....	13
2.1 A FAMÍLIA BRASILEIRA ATUAL.....	14
3 O DIREITO DE FAMÍLIA SOB O ASPECTO CONSTITUCIONAL.....	18
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	19
3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	20
3.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE...21	
3.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MINÍMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	23
3.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	24
4 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	26
4.1 APLICAÇÃO ATUAL DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	28
5 DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA.....	32
5.1 CULPA.....	33
5.2 ATO ILÍCITO.....	34
5.3 NEXO CAUSAL.....	35
5.4 DANO.....	37
6 ABANDONO AFETIVO.....	39
6.1 CASOS DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL.....	41
6.1.1 Argumentos favoráveis.....	44
6.1.2 Argumentos contrários.....	48
6.1.2.1 Da ineficácia prática da indenização sob a ótica da função social do Direito.....	55
7 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61
ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 4.295/2008.....	65
ANEXO B – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700/2007.....	66

1 INTRODUÇÃO

Há 11 (onze) anos atrás o Poder Judiciário Brasileiro julgou a primeira ação de indenização de dano moral por abandono afetivo, contudo, foi apenas dois anos após o ajuizamento desta ação, ou seja, em 2005, que o tema obteve a sua devida publicidade, vez que na primeira ação interposta, o pai demandado foi revel durante todo o processo, não recorrendo da decisão que julgou procedente o pleito da exordial. A maior repercussão decorreu do fato de ter sido apenas no ano de 2005 que o primeiro caso de abandono afetivo chegou a apreciação do Superior Tribunal de Justiça, na 4ª Turma, em sede de Recurso Especial, no qual o acórdão deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação.

Após esta decisão, surgiram várias ações que possuíam o mesmo objetivo: pleitear uma indenização pecuniária em virtude da falta de afeto de algum dos genitores. Porém, em decorrência da inovação temática, e de não haver uma pacificação doutrinária quanto a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família fundamentada por princípios constitucionais, as decisões proferidas divergiam entre si.

Neste cenário, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça voltou a apreciar uma ação de abandono afetivo, e a decisão proferida pela 3ª Turma foi pelo cabimento da indenização. Desde então, o tema vem ganhando espaço na doutrina, sendo defendido por autores como Maria Berenice Dias, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho e Rolf Madaleno. Por outro lado, existem também aqueles que são contrários, como Cristiano Chaves, Nelson Rosendal, Renata Barbosa Almeida e Walsir Edson Rodrigues.

A maior problemática do tema gira em torno de ser ou não um ato ilícito a ausência de afeto por parte de um dos pais, isso, dentre outros aspectos do tema, irão ser discutidos ao longo do trabalho, com o intuito de apresentar ao leitor todos os argumentos utilizados por aqueles que são a favor, e aqueles que são contrários.

A citada apresentação será feita inicialmente por uma noção do conceito atual da unidade familiar na nossa sociedade, que em virtude da sua enorme dinâmica veio a modificar-se com o decorrer do tempo. Em seguida, trataremos dos princípios constitucionais que permeiam, fundamentam e orientam o tema em questão, tais como o princípio da *dignidade da pessoa humana*, o *princípio da proteção integral a criança e ao adolescente* e o *princípio da afetividade*, dentre outros.

Ademais, far-se-á necessário uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva (culpa, ato ilícito, nexo causal e dano), vez que é justamente pela caracterização ou não do ato ilícito que muitos julgadores fundamentam as suas decisões.

Logo em seguida, passaremos ao estudo do abandono afetivo em si, mantendo o foco nos posicionamentos doutrinários, bem como nas decisões jurisprudenciais de maior repercussão, ou seja, as do Superior Tribunal de Justiça. No decorrer do estudo do tema, vários questionamentos serão levantados, porém, desde já deixo a seguinte reflexão: estaria o judiciário, ao deferir uma indenização por abandono afetivo, colocando um preço no amor?

Indo além, indago também: na tentativa de punir um pai por ter descumprido seus deveres paternos impostos por lei, não estaria o julgador punindo também o filho menor? Afinal, ao ser representado pelo seu responsável no ato, muitas vezes tem destruída qualquer possibilidade de convívio futuro com o pai, ou a mãe, demandados na ação, ressaltando o fato de que muitas vezes, à época da decisão, nada podiam fazer (e, de fato, muitos vezes não podem), haja vista a ausência de conhecimento técnico de muitos pais na compreensão do teor da situação jurídica em objeto de apreciação judicial.

Neste diapasão, o presente trabalho objetiva analisar todos os aspectos do tema, acentuando as suas consequências caso venha a ser pacificado, bem como expor a complexidade que envolve o sentimento exigido, ou seja, o amor, além da própria complexificação do Direito de Família em si, situação que requer do magistrado uma razoabilidade e cautela enormes ao julgar ações de indenização por abandono afetivo.

2 BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Faz-se importante, no momento, tecermos uma breve análise histórica do conceito de família, o qual vem sofrendo alterações no seu sentido fático-normativo em face da complexificação das relações sociais ao longo dos anos, conforme constataremos nas linhas futuras.

Inicialmente, ressalta-se que o Código Civil de 1916 apenas reconhecia a família advinda do matrimônio válido e eficaz, e, além disso, esta era indissolúvel. Nesta época imperava a regra “até que a morte nos separe”, sendo mais importante a manutenção do vínculo de casamento, em detrimento da felicidade pessoal de cada membro da família¹.

Somente com o surgimento em 1977 da Lei do Divórcio (nº 6.515/77), tornou-se possível a dissolução do vínculo conjugal através da separação judicial e do divórcio. Além disso, ainda era instituído a superioridade do homem, pois a mulher ao casar “tinha” a sua *capitis diminutio*, ou seja, a capacidade civil plena reduzida. Ocorre que somente com a Lei Federal nº 4.121/1962, Estatuto da Mulher Casada, a mulher “recuperou” a sua capacidade plena, mas o rigor que permeava a entidade da família clássica ainda persistia.

Nessa vertente, é cediço que qualquer outra forma de constituição familiar, naquela época, era carente de proteção jurídica, o que se confirma pela distinção da filiação legítima, fruto do casamento civil, em detrimento da filiação bastarda, fruto do concubinato, na qual apenas a primeira era reconhecida e possuía direitos.

Em razão de mudanças sociais que ocorreram, ao longo dos anos, no sentido de valorizar o papel e a independência da mulher no meio social, decorrentes de movimentos feministas, da inserção da mulher no mercado de trabalho e nos quadros da Administração Pública, inclusive como agente político, deflagrou-se em um enfraquecimento da clássica família patriarcal e hierarquizada.

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2012, vol. 6, p. 40.

Arelada às mudanças sociais apontadas, surgiram novas ideologias que vieram a influenciar a sociedade contemporânea e acabaram com a concepção familiar tradicional. O novo modelo social que surgia exigia um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado². No entanto, foi apenas com a nossa Constituição Federal de 1988 que se instituiu a igualdade entre homens e mulheres em seus direitos e obrigações (art. 5º, I), assim como se reconheceu a igualdade entre os filhos legítimos e os concebidos fora do casamento (art. 227, §6º), decorrentes da expansão do modelo familiar e da tutela jurídica conferida à família constituída pelo casamento e à união estável (art. 226, §3º). É o que se pode vislumbrar com os ensinamentos do Professor Rolf Madaleno citando Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e reprodução cedeu lugar para uma família *pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental*³.

Logo, considerando a evolução das concepções sociais sobre a unidade familiar, decorrentes das práticas costumeiras e reiteradas no seio social, percebe-se que o direito vem se aperfeiçoando com o decurso do tempo, no sentido de adequar-se às novas formas de famílias existentes, ora definidas, portanto, como um conjunto de pessoas, com grau de parentesco, sanguíneo ou afetivo entre si.

2.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA ATUAL

Apesar de ainda hoje existir a rotulação de que a família ideal é composta por um homem e uma mulher, unidos pelo vínculo matrimonial, e seus descendentes,

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2012, vol. 6, p. 40.

³ MADALENO ROLF, 2013, p. 32, apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson, 2. Ed., p. 12.

não podemos negar o surgimento das várias outras espécies familiares, tais como a monoparental, a monoafetiva, a pluriparental entre outras.

À vista do surgimento das várias espécies familiares, pode-se verificar que o afeto está sendo cada vez mais valorizado, especialmente no que tange ao seu reconhecimento como base de uma unidade familiar, como se pode constatar no artigo 226, § 3º e 4º⁴, de nossa Lei Maior.

Neste cenário, é muito comum atualmente, encontrarmos famílias em que o homem ou a mulher vive com sua prole sem o cônjuge ou companheiro, cujos fatores motivadores são vários, como exemplo, o processo de adoção unilateral e a inseminação artificial de mães sem parceiros.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em pesquisa realizada no ano de 2012, para cada 3 (três) casamentos no Brasil, houve 1 (um) divórcio. Tal pesquisa também constatou que um dos motivos foi a mudança da Constituição Federal em 2010 que retirou o prazo para divorciar, não sendo mais necessária a etapa da separação. Logo, diante da maior facilidade, apesar da ideia ligada ao casamento ainda ser a constituição de uma união duradoura, 56,5% (cinquenta e seis vírgula cinco por cento) dos casais estão se separando antes de completarem 15 (quinze) anos de união.

A referida pesquisa, portanto, reflete o cenário social brasileiro em face das novas entidades familiares decorrentes da dissolução do casamento, em que não raras as vezes, além da mera divisão de bens e haveres, geram demandas judiciais cujos objetos são seres humanos em desenvolvimento, espectadores do drama e do conflito afetivo de seus genitores.

Diante dessa nova realidade fática, percebe-se que a entidade matrimonial atual é dissolvida com uma velocidade superior se comparado ao casamento de

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

antigamente. Como consequência das dissoluções conjugais, surgem os casos em que, havendo descendentes menores de idade, gera-se a necessidade de se definir a guarda do menor durante o processo de divórcio, seja ele litigioso ou consensual.

Neste diapasão, no que diz respeito à guarda unilateral dos menores, o Código Civil de 1916 concedia a guarda ao cônjuge inocente, ou seja, aquele que não teve culpa na separação; e, nos casos em que ambos os cônjuges fossem culpados, a guarda ficava com a mãe. Contudo, faz-se importante destacar que na maioria dos casos a guarda ficava com a genitora, talvez pelo fato de que historicamente os filhos sempre estiveram sob os seus cuidados. Sobre isso, a jurista Maria Berenice Dias observa: “Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança⁵”.

Foi no Código Civil de 2002 que surgiram as diretrizes em relação à guarda, tendo em vista o fato do referido diploma ter sido editado sob a batuta da Constituição Federal de 1988, a qual conferia tratamento igualitário para homens e mulheres, entretanto, a guarda concedida ainda era precária, haja vista o caráter unipessoal e o mero direito de visitas concedido ao outro cônjuge, restando cristalino a não observância ao princípio do melhor interesse da criança.

Não obstante a regulamentação da guarda unipessoal conferida pelo Código Civil, a Lei 11.698/08 trouxe a inovação da *guarda compartilhada*, sendo conferida a esta uma preferência jurídica em detrimento da guarda unilateral⁶. Observando o princípio da unidade da Constituição, a Lei 11.698/08 garantiu uma ponderação e

⁵ DIAS, Maria Berenice. 2013, p. 250.

⁶ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

(...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (grifos nossos)

coexistência dos princípios da isonomia, do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, considerando o direito dos pais em conviverem com os seus filhos e o direito do menor em desenvolvimento de ter seus interesses respeitados, por ora não mais objeto de disputas. Com outras palavras, a citada alteração levou em consideração o respeito ao direito dos descendentes, que acabavam sofrendo igual, ou até mais, pelo rompimento afetivo dos seus pais, quando se viam privados da convivência com o cônjuge que não detinha a guarda por mera imposição legal.

Neste contexto, podemos afirmar que atualmente a família brasileira deve efetivamente servir como ambiente digno e propício à promoção da dignidade e da personalidade jurídica de seus membros, conforme os ensinamentos dos professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, abaixo transcrito:

Cumpra modernamente um *papel funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*. Do contrário, ainda viveríamos *como os nossos pais* (lembrando da canção), esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado⁷.

No mais, podemos concluir que todas as mudanças que ocorreram no âmbito social e que levaram a evolução das concepções da unidade familiar, em nosso sistema jurídico, fazem-se pelo reconhecimento e enaltecimento da felicidade pessoal do ser humano, pois como diria o ditado popular "*antes só, do que mal acompanhado*".

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2012, v.6, p. 48.

3 O DIREITO DE FAMÍLIA SOB O ASPECTO CONSTITUCIONAL

De antemão, faz-se importante destacar que a Constituição Federal em seu artigo 226 garante a família, por ser base da sociedade, a proteção especial do Estado, a qual é conferida por meio da irradiação normativa de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais. Sobre isso, faz-se importante tecermos os seguintes apontamentos:

É sabido que, em nosso ordenamento jurídico, alguns princípios podem ser aplicados em todos os ramos do direito, como exemplo, o princípio da dignidade, da igualdade e da liberdade⁸. E no direito das famílias tal aplicação não é diferente, vez que a irradiação normativa dos princípios advém do mesmo fundamento de validade, qual seja, a Constituição Federal de 1988.

Todavia, além dos princípios gerais, existem os princípios específicos do Direito de Família, chamados também de *princípios especiais*, posto que a respectiva seara do direito apresenta-se como um microssistema jurídico dotado de suas peculiaridades e princípios próprios, tal como o princípio da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente.

Por essa razão, diante da vasta quantidade de princípios informadores do direito, tanto os gerais, quanto os especiais, vamos nos ater aqueles que mais norteiam e irradiam o tema objeto do presente trabalho. Senão, vejamos:

⁸ DIAS, Maria Berenice. 2013, p.64.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no primeiro artigo da nossa Constituição Federal, este pode ser considerado um *macroprincípio*, pois é baseado nele que todos os demais princípios adquirem lastro e força normativa.

Na tentativa de defini-lo, podemos afirmar que, em sendo o ser humano detentor de direitos, faz-se necessário reconhecê-lo como detentor de uma "dignidade" própria, tendo, dessa maneira, como alicerce lógico o seu direito absoluto de ter direitos⁹. Ou seja, tal princípio vai muito além de assegurar o direito à saúde, alimentação, educação etc., que são garantias mínimas oferecidas pelo Estado. Abrange, também, a abstenção de atos que atentem contra os direitos que lhe são garantidos, e nesse sentido a interpretação é vasta. Isso se dá pela subjetividade que envolve o termo, uma vez que o que é ato atentatório à dignidade para uns, pode não ser para outros.

Sendo oportuno mencionar que, no âmbito do Direito de Família, podemos ver tal princípio refletido na igualdade para todas as formas de constituição familiar, assim como na igualdade entre os filhos, constituindo a base familiar, tendo em vista a garantia do desenvolvimento e da realização dos seus membros¹⁰.

Contudo, conforme ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas principalmente, no âmbito das suas relações sociais¹¹.

Importante adiantar que o princípio aqui tratado é a base para todas as ações judiciais que pleiteiam uma indenização por abandono afetivo, tema tratado neste trabalho que será mais explorado nos capítulos futuros. Os defensores da tese entendem que a ausência de afeto por parte dos genitores, viola diretamente a

⁹ DE MORAES, Maria Celina Bodin. 2003, p.82.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. 2009, v. 5, p. 21.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2011, v. 6, p.76.

dignidade dos seus filhos, que têm a sua honra, imagem, enfim, direitos à personalidade feridos.

Entretanto, é devido ao seu significado amplo, que o princípio da dignidade da pessoa humana, acaba por ser usado demasiadamente, o que pode vir a acarretar a sua banalização, pois, chegaremos a um ponto onde não saberemos mais definir um limite do que de fato é causa ensejadora para ferir a dignidade de uma pessoa e o que não é. Por essa razão, apesar da sua fácil aplicabilidade, deve ser sempre utilizado com razoabilidade e proporcionalidade.

3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

É garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade, de forma que em consonância com o inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Tem como pressuposto da sua existência a igualdade, pois, nas palavras de Maria Berenice Dias: “Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade¹²”. Entretanto, é necessário impor limites, e tais encontram-se no direito alheio, ou seja, na medida em que o exercício de liberdade de alguém atinge o direito de outro, não pode esta atitude ser considerada legal, pois caso contrário haveria abuso e falta de controle.

Especificamente no Direito de Família, podemos ver este princípio aplicado em várias situações, tais como a escolha da forma de constituir a família, seja pelo casamento ou união estável, na definição do regime de bens e na possibilidade de muda-lo na constância do casamento, na escolha entre separação ou divórcio, dentre outros exemplos.

¹² DIAS, Maria Berenice. 2013, p. 66.

No âmbito do cabimento, ou não, do dano moral por abandono afetivo, encontramos de um lado, o direito de ser preservada a dignidade do filho e de outro, a liberdade dos genitores de nutrir afeto por quem quer que seja. Não podendo nestes casos serem obrigados por uma decisão judicial a amar alguém.

No mais, a liberdade além de ser direito e garantia fundamental, é princípio basilar da democracia, devendo ser respeitada no sentido de não atingir a esfera de direitos de uma pessoa, apenas para garantir o exercício da liberdade de terceiros, é o que iremos discutir mais adiante, quando entrarmos no impasse da garantia de liberdade paterna, em face do direito de ter o devido cuidado e criação dos descendentes.

3.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Tendo em foco a clara vulnerabilidade das crianças e adolescentes menores de 18 (dezoito) anos de idade, que necessitam de apoio e proteção maior por parte do Estado, veio imposto no artigo 227 da Carta Maior o dever do Estado, da sociedade e principalmente da família de assegurar a criança e ao adolescente 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.

O descumprimento de qualquer destes mandamentos citados *supra*, podem levar a perda do poder familiar nos casos previstos nos artigos 1.637 e 1.638¹³ do

¹³ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

nosso Código Civil. Apesar da preferência em fortalecer os vínculos familiares e manter as crianças e adolescentes com suas famílias biológicas, às vezes, a melhor solução para prezar pelos interesses dos menores é a destituição do poder familiar e a entrega dos mesmos para adoção¹⁴.

Em virtude de impor o cumprimento dos direitos previstos para os menores na nossa Constituição, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Tal lei elenca todos os meios, deveres e práticas cabíveis ao garantimento da proteção integral às crianças e adolescentes. Ademais, como parte hipossuficiente de qualquer relação se faz necessário sempre prezar pelo seu melhor interesse.

É basilado também neste princípio que se defende a procedência dos processos por abandono afetivo, pois estaria o Judiciário ao deferir a indenização, protegendo de certa forma o direito das crianças e dos adolescentes de possuírem um desenvolvimento sadio, preferencialmente no seio da sua família natural, vez que punem os genitores que descumprem o seu dever legal de guardar, educar e criar sua prole, servindo assim, como exemplo para que tal atitude não venha a ser repetida por outros pais.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. 2013, p. 71.

3.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

É do conhecimento de todos que o Estado sempre interveio na vida pública e privada da sociedade, tendo em vista a tutela jurídica das normas de interesse público, tanto no âmbito das relações privadas quanto públicas. Contudo, utilizamos o termo "intervencionismo" quando queremos nos referir a uma atuação abusiva e excessiva por parte do Estado.

No presente caso, quando se trata do direito de família, a atuação estatal deve ser mínima, pois ao intervir neste âmbito, o Estado pode vir a aniquilar a base socioafetiva que constitui o direito das famílias, em face da sua presença opressora quando comparada a delicada base que constitui as relações, ou seja, os sentimentos. Neste diapasão, os civilistas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ensinam citando Rodrigo da Cunha Pereira:

O Estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo¹⁵.

Portanto, cabe ao Estado agir apenas quando necessário, ou seja, quando há ameaça ou lesão a interesse jurídico de qualquer membro que compõe a estrutura familiar, devendo apenas agir nos demais casos para prestar apoio e assistência.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2011, v.6, p. 104, apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2006, p.157.

3.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

De todos os princípios tratados neste capítulo, o Princípio da Afetividade se faz o mais importante, não só para este trabalho, como também para o Direito de Família em si.

Apesar de o afeto não possuir previsão legal, encontra-se implícito em várias situações elencadas na nossa Constituição, tais como o reconhecimento de união estável como entidade familiar, uma vez que aceita que baseado na relação de afeto entre duas pessoas, seja possível constituir uma família que faça jus a proteção do Estado, sem necessariamente ser através do matrimônio; a igualdade entre irmãos, pois, após tal mudança, não importa se são filhos legítimos, adotivos, unilaterais ou afetivos, todos possuem a mesma importância e conseqüentemente os mesmos direitos.

Maria Berenice, citando Paulo Lôbo aduz:

É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lôbo, que identificava na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227)¹⁶.

Ressalta-se que apesar da afetividade pautar-se no amor, a definição do mesmo se faz impossível para qualquer pessoa, por tratar-se de um sentimento e conseqüentemente possuir um caráter subjetivo. No entanto, se faz necessário reconhecer que, principalmente no Direito de Família, onde as relações se constituem baseadas neste sentimento, é impraticável negar a sua existência pelo simples fato de não conseguirmos defini-lo.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. 2013, p.73, apud LÔBO, Paulo, Código Civil – Famílias, p. 47.

É em decorrência da liberdade que todos possuem de nutrir afeto pelo outro que surgem as relações de convivência, não só entre os casais, como também entre estes e os seus filhos, além dos parentes. Podemos afirmar também que é a presença do afeto nas categorias familiares que faz com que, hoje, o casamento não seja a única entidade familiar¹⁷.

No momento, faz-se importante lembrar que apesar de o afeto ser de imensa importância para as relações do Direito de Família, o mesmo encontra-se carente de exigibilidade jurídica em situações que a sua presença deva ser voluntária, afinal, apesar de encontrar-se indiretamente no meio jurídico, continua sendo um sentimento humano, e como todo sentimento, não é possível obrigá-lo a nascer e se perpetuar. Caso contrário, ao exigí-lo juridicamente estaríamos desvirtuando-o, já que um sentimento imposto, não pode ser sincero, ao passo que lhe é negado qualidades que são próprias, tais como, a naturalidade do seu surgimento¹⁸.

Neste sentido, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o afeto não pode ser caracterizado como um princípio jurídico, pois, isso o tornaria exigível juridicamente, devendo apenas permear as relações jurídicas familiares¹⁹.

¹⁷ MADALENO, Rolf. 2013, p. 99.

¹⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson, 2012, p. 50.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2012, v. 6, p. 73.

4 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil surge a partir do momento em que não se cumpre uma obrigação imposta por lei, resultando em dano a outrem. Antes, na vigência do Código Civil de 1916, tal instituto era regulado apenas por um artigo, o 159²⁰, no qual, o único tipo de responsabilidade aceitado pelo ordenamento era o subjetivo, ou seja, para que se existisse o dever de indenizar, deveria ser comprovada a culpa. Contudo, com o avanço da sociedade, e a mudança nos meios de se relacionar e produzir surgiu uma necessidade de maior proteção jurídica, que não dependesse da comprovação de culpa do agente, pois em muitos casos, não era possível descobrir ou definir uma pessoa responsável pelo dano.

Diante de tal situação, se fez imprescindível uma evolução no instituto da responsabilidade civil, e foi com o advento da Lei Maior de 1988 que ele estabeleceu-se. Previsto no art. 5º, incisos X e V²¹, a responsabilidade objetiva firmou-se no ordenamento, não sendo mais necessária a comprovação da culpa para fazer jus à indenização, e, além disso, estendeu a responsabilidade também ao Estado e todos os prestadores de serviço público no art. 37, §6º²². Vale ressaltar que

²⁰ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

²¹ 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;

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

tal evolução, iniciou-se no âmbito constitucional, e alastrou-se no Código do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002.

Para o jurista Sergio Cavaliere Filho:

É possível afirmar que, se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Isso, entretanto, não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido banida. Temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, por que esse é o sistema que foi modelado ao longo do século XX pela Constituição e leis especiais, sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva²³.

Em resumo, podemos afirmar que no âmbito da responsabilidade civil existe a divisão entre objetiva e subjetiva, sendo a primeira caracterizada pela dispensa de comprovação de culpa, na qual é apenas necessário que haja previsão legal, ou ser encaixada nos casos de atividade de risco. Já a segunda, aplicada ao Direito de Família, e consequentemente ao presente trabalho, faz-se essencial a comprovação de dolo ou culpa para o seu eventual cabimento. No mais, importante acentuar a figura essencial do ato ilícito, prevista no Código Civil nos artigos 186²⁴, 187²⁵ e 927²⁶, pois, sem a sua comprovação, não se tem o dever de indenizar, não

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²³ CAVALIERE FILHO, Sergio. 2014, p. 6.

²⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

passando a conduta apontada como culposa, de mero exercício do direito do agente.

4.1 APLICAÇÃO ATUAL DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Diante da ausência de dispositivos legais que regulem a aplicação da responsabilidade civil em face das relações familiares, foi proposto pelo deputado Ricardo Fiuza o projeto de lei nº 6960/02, que cria novos dispositivos e da nova redação para alguns artigos do Código Civil de 2002, dentre eles, o art. 927, mencionado no capítulo anterior. O projeto pretende acrescentar um novo parágrafo ao dispositivo, instituindo que os princípios da responsabilidade civil devem ser aplicados ao direito de família.

Contudo, em face da não aprovação do projeto de lei até a presente data, não há nada pacífico ainda sobre o caso, razão pela qual devemos nos guiar pelos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, que, diga-se de passagem, são bastante divergentes.

No âmbito doutrinário, conforme classificação de Rolf Madaleno²⁷, a aplicação do dano moral divide-se em correntes, sendo estas a amplamente permissiva, a restritiva, e a contrária à aplicação do dano moral no Direito de Família. Porém, antes de discorrer sobre estas, faz-se importar frisar que a situação utilizada como parâmetro para expor o posicionamento de cada corrente serão as relações erótico-afetivas, ou seja, aquelas entre os cônjuges e companheiros, apesar de distanciar-se do tema do presente trabalho, a finalidade é apontar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes na área do direito de família quando se fala da aplicação do dano moral.

²⁷ MADALENO, Rolf. 2013.

Os defensores da corrente amplamente permissiva se utilizam de um instituto banido do nosso ordenamento com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, a culpa. Para eles, o cônjuge que agia em inobservância com os deveres conjugais dispostos no artigo 1.566 do Código Civil de 2002 cometia um ilícito civil na medida em que causava ao cônjuge inocente um dano resultante da sua atitude. Logo, pode-se dizer que o descumprimento de um dos deveres conjugais daria ensejo ao divórcio, e se desse descumprimento gerasse um dano a um direito fundamental do cônjuge inocente, haveria a possibilidade de ser pleiteada a indenização por dano moral, não obstante o fato de que no ordenamento jurídico vigente não exista nenhuma sanção de fato para o consorte culpado pelo fim do relacionamento, além da impossibilidade de receber prestação a título de alimentos do consorte inocente, e a perda do direito de utilizar o sobrenome do mesmo. Contudo, para os defensores deste posicionamento, se faz dispensável previsão legal expressa para que seja cabível a indenização por dano moral no direito de família, uma vez que o instituto da responsabilidade civil é amplo, bastando apenas ser caracterizado o ato antijurídico e o dano para que se faça jus ao direito.

Para aqueles que defendem a corrente restritiva, apesar de serem a favor do direito de ser indenizado no âmbito familiar, afirmam que não são todas as situações que justificam o pleito de indenização, devendo este ser restrito apenas às condutas de extrema gravidade que justifiquem e fundamentem o dano. Exemplificando, seria o caso do adultério se comparado ao abandono do lar, ambos são descumprimentos dos deveres conjugais, mas apenas o primeiro poderia ser visto como causa para um agravo maior ao consorte inocente. É o que explana o professor Rolf Madaleno ao citar em seu livro o entendimento de Mauricio Mizrahi que afirma que este entendimento é fruto de uma decisão proferida pelo magistrado Gustavo Bossert, aduzindo o seguinte:

Não caberia frente a atos e modos de conduta que são, simplesmente, expressões de desamor, de perda de vínculo afetivo a certo momento (...); o desamor não se indeniza, os sentimentos e sua evolução são ingovernáveis, de maneira que representaria uma aplicação excessiva dos princípios gerais impor o pagamento de indenização frente a atos que, se bem podem implicar a cessação dos deveres conjugais, na sua essência não podem ser considerados mais do que expressões de perda do vínculo afetivo; a indenização há de ficar reservada somente para as condutas do cônjuge que, ademais de representar violação de deveres matrimoniais, implicam

autênticos agravos ao outro cônjuge, sem se limitar a expressões de mera perda de vínculos de afeto²⁸.

Ou seja, podemos afirmar que os atos que ensejariam o ressarcimento financeiro para o direito de família não podem ser aqueles em que se visualiza apenas o desamor, aliás, esta corrente alega que não deve ser usado como parâmetro o descumprimento dos deveres impostos pela lei, sejam eles os conjugais ou os demais, e sim o ato ilícito que venha a ofender alguém. Portanto, conclui-se que o entendimento final é que seria cabível o pleito, desde que fundamentado por fato que o enseje, ou seja, uma atitude contra a lei, pois, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Por fim, a corrente doutrinária contrária ao dano moral no direito de família, assevera o seu temor em face de uma possível monetarização das relações, ressaltando ser dispensável o acréscimo no artigo 927 do Código Civil previsto pelo projeto de lei anteriormente citado, uma vez que as regras que permeiam a aplicação da responsabilidade civil são gerais, e o fato de não existir uma previsão, especificando a sua aplicação no âmbito familiar, não exclui automaticamente o dever de indenizar quando o ofendido tenha proximidade afetiva com o ofensor, pois nesse caso, não seria caso de falta de previsão legal, e sim de impunidade.

No mais, não nos atendo mais ao exemplo das relações erótico-afetivas utilizadas nos parágrafos anteriores, podemos citar outros danos que vêm sendo colocados a apreciação do Poder Judiciário no âmbito do direito de família, tais como o dano de morte, dano sexual, dano moral por ruptura de namoro ou noivado, por inadimplemento alimentar, por alienação parental, dano pelo custo de filho indesejado, dentre outros, além, obviamente, do dano por abandono afetivo. Nas palavras de Anderson Schreiber citando Stefano Rodotà:

Essa avalanche de “novos danos”, se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um certo temor – antevisto por Stefano Rodotà - de que “a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”²⁹.

²⁸ MADALENO, Rolf. 2013, p. 359.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. 2013, p. 96, apud RODOTÀ, Stefano, p. 23.

Todavia, explanada as divergências doutrinárias, ressalta-se que a inconsonância jurisprudencial será tratada mais a frente, levando-se em consideração que seria desnecessário abordar as diversas jurisprudências em dissensão, face ao grande número de situações em que atualmente se pleiteia o dano moral no direito de família, sendo este âmbito tratado nos próximos capítulos, restringindo-se a esfera do dano moral por abandono afetivo.

5 DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA

Conforme exposto no capítulo anterior, a responsabilidade extracontratual será o nosso enfoque, posto que, nas ações de dano moral por abandono afetivo, por envolver uma relação entre o genitor e o seu descendente, claramente, não há nenhum vínculo contratual, excluindo dessa forma, o outro tipo de responsabilidade civil disposto no nosso ordenamento, o contratual. Ressalta-se que o instituto jurídico abordado também possui outras nomenclaturas, tais como responsabilidade delitual ou aquiliana. O seu cabimento decorre de uma violação legal a um direito subjetivo de alguém, e esta por sua vez, se dá através de um ato ilícito. Em virtude da violação é causado um dano, sendo necessária uma relação entre a conduta e o resultado, o que chamamos de nexo causal.

No mais, em regra, existem dois tipos de responsabilidade extracontratual: a objetiva que se funda no risco, e a subjetiva, que tem como fundamento a culpa. Nas relações familiares, utiliza-se a segunda, sendo desta forma, obrigatório a comprovação do instituto da culpa, para obter a reparação, devendo demonstrar que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência³⁰.

Ausente qualquer um dos quatro elementos (ato ilícito, dano, nexo causal e culpa), resta prejudicada a pretensão daquele que pleiteia ser indenizado baseando-se no instituto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva. Nos próximos tópicos veremos mais a fundo cada um dos requisitos essenciais citados.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Vol. 7, 2009, p. 525.

5.1 CULPA

No ramo jurídico, conceituar a culpa é uma tarefa bastante trabalhosa, dado que existem três sentidos distintos, tais são, a culpabilidade, a culpa em sentido amplo ou *lato sensu* e a culpa em sentido restrito ou *stricto sensu*.

O primeiro é a concepção utilizada para definir a reprovação atribuída à pessoa que pratica um ato ilícito. Porém, vale ressaltar que apenas é utilizado este juízo de censura quando o agente poderia ter agido de outra forma e não o fez no caso concreto. O segundo é o mais relevante para a responsabilidade subjetiva, pois ocorre quando se externa através de conduta contrária ao ordenamento jurídico uma vontade interna do agente, causando o dano ao lesado. Tal conduta pode ocorrer através de uma ação ou omissão, sendo estes os aspectos físicos, restando para o âmbito psicológico, a vontade, que pode variar as suas intensidades, mas está sempre presente, mesmo nos casos de omissão, pois o fato de não agir caracteriza, mesmo que minimamente, uma vontade por parte do agente, ainda que o resultado ao final não seja querido. Os únicos casos em que a vontade não interfere nos atos são nos chamados atos reflexos, como por exemplo, o sonambulismo. No mais, o sentido amplo de culpa abrange tanto a prática intencional, constituindo o dolo, como a prática tencional, que constitui a culpa.

Destaca-se que diferentemente do âmbito penal, no qual é utilizado o dolo ou a culpa para mensurar a pena, no âmbito cível tal parâmetro não existe, pois independente da natureza da conduta, havendo o dano, deverá haver a reparação, que será proporcional a sua intensidade. Por fim, exposta a definição mais ampla, que subdivide-se em dolo e culpa, temos a culpa em *strictu sensu*, o terceiro sentido. No geral, pode-se afirmar que esta vertente define-se pela não observância do dever de cuidado, que por sua vez consiste basicamente na cautela que o homem deve ter ao praticar qualquer ato, pois em virtude das inúmeras situações que podem vir a violar o direito de outrem, não seria possível, nem cabível a estipulação de todas em um dispositivo legal, cabendo ao homem ter o devido cuidado e atenção para agir da melhor forma, pois caso contrário, está infringindo o dever de cuidado, quando

poderia ter agido de outra forma ou ter tido mais cautela, constituindo dessa forma a culpa em sentido estrito.

Finalmente, diante de todos os sentidos expostos, chegamos a conclusão de que a culpa, para o direito civil, mais especificamente, a responsabilidade extracontratual subjetiva, conceitua-se como uma conduta voluntária advinda da falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção, divergindo do dever de cuidado imposto pelo meio jurídico, causando um dano involuntário, porém, que podia ser previsto³¹.

5.2 ATO ILÍCITO

Partindo do que foi exposto no capítulo anterior, podemos ter a certeza da necessidade de um ato com vontade para que se constitua o instituto jurídico tratado, pois, ausente a vontade, não pode ser o agente punido, como nos casos de coação. Contudo, é de extrema relevância que este ato seja revestido de ilicitude, ou seja, infrinja algum dever ou direito alheio disposto em lei, constituindo dessa forma o ato ilícito. Para alguns autores, tais como Orlando Gomes³², a conduta ilícita está diretamente ligada a responsabilidade subjetiva, enquanto a objetiva estaria relacionada a uma conduta lícita.

Em que pese o tema em foco, o dano moral no abandono afetivo, uma das problemáticas na eficácia da aplicação da responsabilidade civil nestes casos é justamente a ilicitude ou não da conduta do genitor. Ademais, esta problemática será tratada em capítulo próprio mais a frente, entretanto, antecipando o estudo desta perspectiva, a questão que causa dúvida é em suma a seguinte: ao abster-se afetivamente da sua prole estaria o genitor negando amor, ressaltando que estamos partindo da ideia de que o mesmo estaria em dia com as prestações alimentícias,

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. 2014, p.50.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. 2014, p. 21.

pois dessas não pode se escusar, dessa forma, o ato ilícito nestes casos seria a omissão do pai, violando assim o direito do seu filho de ser amado, porém, indago: o amor, sendo um sentimento humano que surge naturalmente, pode ser exigido juridicamente? A resposta para esta pergunta será exposta posteriormente ao analisarmos uma das decisões mais polêmicas proferida neste tipo de ação.

Por hora, isto posto, resta cristalino que o que for protegido juridicamente, ao ser violado por uma ação, omissão, negligência ou imprudência, constitui um ato ilícito, e se deste ato resta prejudicado terceiro, causando-lhe um dano, o mesmo adquire o direito de pleitear uma indenização para que seja compensado pelo prejuízo, moral ou material, sofrido³³.

5.3 NEXO CAUSAL

O fato de uma pessoa ter cometido um ato ilícito, não significa por consequência, que este ato tenha causado necessariamente um dano a alguém. Diante desta afirmação, é que provém a extrema importância do nexo causal na aplicação da responsabilidade civil, pois, de nada adianta o ato ser ilícito e o agente culpado, se não existe nexo, ou seja, uma relação, entre a conduta e o dano sofrido por outrem, e é justamente por isso que se afirma que este requisito é essencial, não só no tipo de responsabilidade aqui abordado, como em qualquer tipo previsto pelo nosso ordenamento.

Até então, aparenta ser muito simples a sua aplicação, e em tese é, quando se trata de uma conduta única, pois para saber se é condição para o resultado basta apenas em uma situação hipotética eliminá-la, se o resultado persistir, ela não é, e em sentido inverso, se o resultado não persistir, é com certeza a causa do evento. Porém, quando são várias as circunstâncias que levam ao fato causador do dano, é necessária uma maior atenção por parte do aplicador do direito para descobrir qual

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Vol. IV, p. 27.

das circunstâncias tem real ligação com o evento danoso. A partir das possibilidades que se abrem para interpretar as situações em que a causalidade é múltipla, surgiram duas teorias.

A primeira, chamada de teoria da equivalência dos antecedentes, elaborada por von Buri, com base na ideologia de Stuart Mill, como o próprio nome já leva a induzir, estabelece que nos casos em que várias condutas concorrem para o mesmo resultado, todas devem possuir a mesma relevância, quer dizer, mesmo que uma condição tenha mais influência na composição do dano, ela terá valor igual ao das demais. Entretanto, critica-se esta teoria, pois, com base nela, ao ser aplicada em uma situação concreta levaria a uma expansão do nexos causal, não se atendo apenas ao que de fato importa e possui relevância³⁴.

A segunda teoria, que foi a acolhida pelo nosso direito civil, é a da causalidade adequada, que foi elaborada por von Kries. Essa teoria explica que a causa é aquela mais propícia, dentre todas, a produzir o resultado. É justamente neste ponto que se diferencia da teoria anteriormente citada, pois, enquanto para a primeira, as causas têm a mesma importância, para a segunda teoria aqui abordada, apenas a mais relevante é levada em consideração. Contudo, a dificuldade reside justamente em definir qual causa é mais adequada, visto que não existe uma regra. Diante dessa situação, deve o magistrado procurar uma solução peculiar para cada caso, baseado na realidade e proporcionalidade³⁵.

Finalmente, a realidade é que a jurisprudência não se filiou a nenhuma teoria. Na prática, é aplicado ao caso em apreciação a solução mais justa para a solução do problema.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. 2014, p. 64.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. 2014, p. 65.

5.4 DANO

É justamente em virtude do dano sofrido, que surge a obrigação de indenizar, pois uma vez ausente, mesmo que exista a culpa e a atitude ilícita, a responsabilização por parte do agente some também. Se assim não fosse, estaríamos diante de um caso de enriquecimento ilícito, o que é proibido pelo nosso ordenamento.

Ato contínuo, ao analisarmos este requisito, encontramos uma problemática logo de início, o seu conceito. A dificuldade que encontramos, hoje, em definir o que vem a ser um dano, persiste em virtude da grande quantidade de novos danos que estão surgindo no meio jurídico. Tal evento ocorre em partes por uma flexibilização da jurisprudência ao analisar os pressupostos exigidos, como a culpa e o nexo causal, valorizando e colocando em foco desta forma, a função compensatória da indenização pelo dano sofrido. A partir dessa situação, além do surgimento de novos tipos de danos indenizáveis, temos também um maior aumento das ações ajuizadas pleiteando uma reparação.

Por outra vertente, conforme o pensamento do professor Anderson Schreiber, com a instituição da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na nossa Constituição de 1988, atrelada a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, fenômeno também conhecido como constitucionalização do direito civil, surgiu uma maior concessão da reparação por lesão de interesses existenciais, que antes eram considerados apenas normas orientadoras, por violações do Estado ou de particulares³⁶.

Ademais, retornando a definição do pressuposto aqui abordado, é muito comum definirmos, no caso do material, como o prejuízo no patrimônio sofrido pela vítima, e no moral, pela dor, sofrimento e humilhação vivenciados. Sendo esta a forma que a doutrina e jurisprudência o conceituam também, amplamente, levando em consideração as suas consequências, não possuindo desta forma um limite para a criação de novos danos.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. 2013, p. 91.

Porém, para o jurista Sergio Cavaliere Filho, a forma correta de conceituar o dano, é pela sua causa, ou seja, uma lesão a qualquer bem juridicamente tutelado, tanto patrimonial, quanto moral³⁷.

Contudo, dentre os vários tipos de danos existentes na atualidade, apenas é imprescindível para este trabalho a apreciação de um: o dano moral. Como já foi dito anteriormente, é o dano que afeta o psicológico do ser humano, seja por uma humilhação, vergonha ou dor. Na maioria dos casos, ocorre por uma violação aos direitos personalíssimos do homem, entretanto, não se restringe a estes. Não obstante, a sua configuração possui uma vertente mais complexa, afinal, o que pode ou não configurar um dano moral? E é neste ponto que surge o que chamam de indústria do dano moral. A flexibilização do cabimento deste instituto foi tanta, que atualmente, existem ações ajuizadas por mero aborrecimento cotidiano, tendo o poder judiciário assumido a função não só de aplicador da lei, mas de centro de brigas pessoais e íntimas, sem falar daqueles que utilizam a justiça como uma loteria, pleiteando o dano moral apenas por pedir, afinal, podem dar sorte e o pedido vir a ser deferido.

Todavia, cabe ao julgador reputar como dano moral, aquilo que fuja da normalidade, não apenas uma contrariedade ou irritação. Ressaltando ainda que não basta a mera alegação, é necessário comprovar o dano, por todos os meios de prova admitidos, as quais no âmbito moral podem ser testemunhas ou laudos psicológicos, dentre outros.

³⁷ CAVALIERE FILHO, Sergio. 2014, p. 93.

6 ABANDONO AFETIVO

O nosso ordenamento jurídico prevê no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 22 que é dever dos pais proverem aos seus filhos menores guarda, sustento e educação. Aduz ainda, no artigo 23, que a falta de recursos materiais não é motivo para perda ou suspensão do poder familiar, em outras palavras, desde que haja cuidado e afeto, a criança não será retirada da sua família natural.

Já o Código Penal de 1940, tipifica duas formas de abandono, o material e o intelectual. Para o primeiro, previsto no artigo 244, especifica que deixar, sem justa causa, de prover a subsistência de filho menor ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, é crime com detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Quanto ao segundo tipo, o artigo 246 dispõe que deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar, é infração com detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Apesar das previsões legais anteriormente citadas, o abandono afetivo não se enquadra em nenhuma delas. Vejamos o conceito do tema aqui tratado: Compreende a ausência de afeto, e/ou distanciamento de um dos pais do convívio com seus filhos, consciente ou inconscientemente. Ressalta-se que este tipo de abandono é caracterizado ainda que as prestações alimentícias estejam cumpridas e em dia.

- Para o advogado Julio Cezar de Oliveira Braga, estes casos ocorrem na maioria das vezes, após a separação dos pais, situação que leva os filhos a residirem apenas com um dos pais, geralmente a mãe. Afirmar também que pelas pesquisas dos casos judiciais de abandono afetivo estudados, não existe a ocorrência de abandono por parte da mãe³⁸. Partindo deste pressuposto, iremos focar o nosso estudo no abandono afetivo paterno.

³⁸ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. 2014, p. 5-6.

Claramente que o divórcio ou separação dos genitores não é o único fator ensejador deste fenômeno, sendo também considerados como causa de origem os filhos "bastardos", ou seja, aqueles tidos fora do casamento, o que na sociedade atual já se tornou completamente comum, porém, mesmo que seja legalmente atribuído pelo nosso ordenamento jurídico tratamento igualitário, na prática ainda se vê uma discriminação para com estes. Da mesma forma ocorre, com o descendente fruto de um descuido do casal, no qual o que deveria ser apenas uma relação esporádica ou encontro amoroso passageiro, acaba gerando resultados duradouros. Existem também as situações em que a criança é concebida à revelia do pai, e este na maioria das vezes desconhece a sua existência, ou quando conhece, não possui interesse ou não consegue nutrir afeto ou aproximar-se do menor.

Pois bem, diante das situações citadas, seja qual for a origem do fato que gerou o abandono, surgiu em 2003 um novo tipo de ação judicial, a indenização por dano moral em face do abandono afetivo. Filhos, ao atingirem a maior idade, ou quando menores, representados pelas suas genitoras, pleiteiam no Poder Judiciário uma indenização pecuniária pelos danos morais, psíquicos e emocionais sofridos em virtude da ausência do pai em suas vidas, basilados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, em face de ser um tema bastante delicado, que envolve não só a lei pura e princípios, como também sentimentos íntimos e desavenças pessoais, até então não existe uma pacificação doutrinária ou jurisprudencial. E é partindo desta dissidência que iremos avaliar e estudar nos próximos capítulos os dois lados, aqueles que entendem ser cabível a indenização, e os que são contrários.

6.1 CASOS DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL

O primeiro caso³⁹ de indenização por dano moral em virtude de abandono afetivo ajuizado no Poder Judiciário do nosso país foi em Maio de 2003, na 2ª Vara de Família de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul. Em 16 de setembro de 2003 o Juiz Mario Romano Maggioni prolatou a sentença condenando o pai, ora réu, ao pagamento de uma indenização ao seu filho no valor de 200 salários mínimos. Em sua decisão o magistrado afirmou que a educação abrange também a convivência familiar, o afeto, amor, etc, além de ser a presença da figura paterna essencial para o desenvolvimento da criança, sendo a sua ausência uma violação ao direito de honra e imagem do menor⁴⁰. Importante acentuar que o membro do Ministério Público que atuou no caso emitiu o seu parecer adotando o entendimento de que *"não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor"*, não sendo a reparação pecuniária a forma de resolver a situação. Entretanto, o presente caso não possuiu muita repercussão, uma vez que o pai foi revel e não apresentou recurso em face da sentença, não chegando o processo a ser apreciado em segundo grau.

Após esse caso, em 2004, foi ajuizada na 19ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais, ação igual a anteriormente citada⁴¹, a sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido da exordial, pois o laudo psicológico não estabelecia comprovação entre o afastamento do pai e os sintomas psicológicos, além disso, as circunstâncias não eram tão graves a ponto de comprometer as atividades cotidianas e profissionais do demandante, tendo em vista que o mesmo estava adaptado a companhia da mãe e bisavó, e o estudo social realizado confirmou o sentimento de indignação do autor, em face da tentativa do pai de reduzir sua

³⁹ Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Processo nº 141/1030012032-0. Autor: D.J.A. Réu: D.V.A.

⁴⁰ ROSA, Corado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. 2012, p.108.

⁴¹ Poder Judiciário de Minas Gerais. Processo nº 002400062465-0. Autor: A.B.F. Réu: V.P.F.O.F.

pensão alimentícia, afora a constatação de que a origem dos problemas emocionais sofridos pela parte autora não foi o afastamento do seu genitor, e sim a separação traumática dos seus pais. Entretanto, o autor da demanda recorreu, tendo o seu recurso sido provido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que julgou o abandono afetivo do pai um ato ilícito, condenando ao pagamento de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), vejamos:

EMENTA - 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 humana⁴².

Em face da decisão prolatada em segundo grau, o genitor interpôs um Recurso Especial, que foi apreciado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, dando provimento ao recurso para reformar a decisão do TJMG, por não entender ser um ato ilícito o abandono afetivo.

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 provido⁴³.

Inconformado, o demandante impetrou um Recurso Extraordinário, contudo, o Supremo Tribunal Federal, baseado na alegação de inexistência de ofensa direta à Constituição Federal, determinou o arquivamento, mantendo a decisão prolatada pelo STJ⁴⁴.

Com o tempo, várias outras ações sucederam-se, e as decisões tanto de primeiro grau, quanto de segundo, divergiam entre o enquadramento ou não da ausência de amor como ato ilícito gerador de danos passíveis de indenização

⁴² Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 408.550.504.

⁴³ Superior Tribunal de Justiça. REsp 757.411. 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 29/11/2005.

⁴⁴ REX nº 567.164. Rel. Min. Ellen Grace. 11/09/2009.

pecuniária. Porém, em 2012 o assunto teve uma atenção maior, em virtude do Acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que ao contrário do entendimento da 4ª Turma, julgou ser cabível a indenização mantendo a condenação do pai por abandono afetivo:

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, exsurgindo, 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 provido⁴⁵.

O caso concreto que ensejou a decisão *supra* mencionada teve a sua origem em uma ação movida pela filha adulta em face do pai, que em primeiro grau⁴⁶ foi julgada improcedente. A parte autora recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo e

⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242-SP. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. 24/04/2012.

⁴⁶ Poder Judiciário de São Paulo. Processo nº 0008413-45.2000.8.26.0602. Autor: L. N. O. S. Réu: A. C.J.S.

teve o seu recurso provido⁴⁷, reformando a sentença do juízo *a quo*, para condenar o pai ao pagamento de indenização no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Ato contínuo, o demandado recorreu ao STJ, que conforme jurisprudência citada anteriormente, manteve a condenação, entretanto, reduziu o valor para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). A repercussão do caso na mídia foi enorme, tornando famosa a frase utilizada no voto da Min. Rel. Nandy Andrichi: "*Amar é faculdade, cuidar é dever*". Pois bem, apesar do recurso especial ter sido provido apenas para reduzir a condenação, é importante acentuar que a decisão não foi unânime, o voto da relatora Min. Nancy Andrichi foi seguido pelos votos dos ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Sidnei Beneti, divergindo deles o voto do ministro Massami Uyeda.

Por fim, observa-se que no âmbito jurisprudencial, assim como no doutrinário, existe uma polaridade de interpretações do cabimento ou não da indenização por dano moral no abandono afetivo, o que nos enseja a aprofundar a análise dos argumentos e posições tomadas nos próximos capítulos.

6.1.1 Argumentos favoráveis

No que pese a divergência de posicionamentos, boa parte da doutrina encontra-se favorável à aplicação da indenização por abandono afetivo. Dentre os doutrinadores que sustentam esta tese encontram-se Maria Berenice Dias, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho, Rolf Madaleno, dentre outros. Para estes juristas o dever de cuidar imposto aos pais pela legislação não se restringe apenas a prestar apoio financeiro e ao pagamento de pensão alimentícia, possuindo tal dever também como elemento necessário o *carinho* e o *afeto*.

⁴⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 9066223-40.2004.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado B.

Partindo da premissa de que o genitor possui a obrigação legal imposta, implicitamente, de manter uma relação afetiva com o seu descendente, a sua ausência pressupõe um ato ilícito, além de gerar também uma violação ao direito subjetivo constitucional à dignidade do lesionado, possuindo reflexos diretos no conceito de dano moral, vez que os valores que compõe o princípio da dignidade da pessoa humana, são justamente aqueles valores íntimos pessoais, inerentes ao direito de personalidade, que ao serem violados, são ensejadores de reparação⁴⁸. Podemos afirmar desta forma, que a visão atual da paternidade coloca a convivência com o filho não como um direito, e sim como um dever.

Caracterizado o ato ilícito, como regra geral, a conduta que viola o direito de alguém gera um dano em praticamente todos os casos. Pois bem, se o filho possui o direito de ser amado e cuidado pelo seu pai, conseqüentemente a ausência do referido afeto proporciona danos na esfera psicológica, vez que a presença do pai no decorrer do desenvolvimento da criança se faz de extrema importância para o futuro do menor, é o que entende o Mestre Rolf Madaleno:

Portanto, amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada⁴⁹.

Afirmam os defensores da aplicação do dano moral face ao abandono afetivo que a indenização não teria um caráter de ressarcimento, pois seria impossível ressarcir a ausência de um sentimento através de prestação pecuniária, mas sim um caráter de penalização ao pai, vez que a única sanção prevista em nosso ordenamento até então é a perda do poder familiar (art. 1.638, inciso II do Código Civil), o que obviamente não seria uma punição e sim uma bonificação pelo abandono.

Em face da ausência de previsão legal que puna o abandono afetivo, foi proposto pelo Deputado Federal Carlos Gomes Bezerra, o Projeto de Lei nº 4.294/2008⁵⁰. O mencionado projeto pretende estabelecer legalmente a indenização

⁴⁸ MELO, Nehemias Domingos de. 2012, p. 362.

⁴⁹ MADALENO, Rolf. 2013, p. 387.

⁵⁰ VIDE ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 4.294/2008

por dano moral no abandono afetivo, sendo importante ressaltar que não se restringe apenas ao abandono do pai para com o filho, como também no sentido inverso. A legalização proposta seria através da inclusão de um parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil de 2002 e da inclusão de um parágrafo também no artigo 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), ambos prevendo a citada indenização. Porém, não existe previsão para aprovação do projeto, que atualmente se encontra sujeito à aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC.

Além do Projeto de Lei citado no parágrafo anterior, foi proposto pelo Senador Marcelo Crivella um Projeto de Lei do Senado de nº 700/2007⁵¹ que objetiva modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil e penal, com pena de detenção de um a seis meses. Na atual situação o projeto está sob a aprovação da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Expostos os fundamentos doutrinários, passaremos a análise dos posicionamentos jurisprudenciais, com foco nos votos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça nas decisões que tiveram mais impacto no tema aqui abordado.

A primeira ação levada à apreciação da Corte Superior se deu através do Recurso Especial nº 757.411, julgado pela 4ª Turma, que conforme dito no capítulo antecessor reformou a decisão do segundo grau, entendendo não ser cabível a indenização, porém, o provimento do recurso não foi por unanimidade, restando divergente o voto do Ministro Barros Monteiro, que não conhecia o recurso. Passaremos a análise do referido voto:

O ministro Barros Monteiro fundamenta seu voto alegando que entende ser um ato ilícito o genitor deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto, vez que não basta a assistência material, devendo haver também uma assistência moral. Apenas não seria cabível no caso de uma excludente, como a força maior, o que não se constatou no caso apreciado, restando caracterizados o ato ilícito, dano e nexos causal. Destaca por fim que a destituição do poder familiar não é obstáculo para a indenização, que é devida além da sanção imposta.

⁵¹ VIDE ANEXO B – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700/2007.

Sete anos após a decisão proferida pela 4ª Turma do STJ, veio em Abril de 2012 a decisão da 3ª Turma em sentido oposto, entretanto, esta também não foi provida unanimamente, contudo analisaremos o voto vogal no próximo capítulo. Quanto aos votos que deram provimento, o da ministra relatora Nancy Andrichi, baseou o seu posicionamento favorável primeiramente na alegação de que não existem restrições alegais à aplicação da responsabilidade civil, não podendo persistir o argumento que de este instituto não se aplica as relações familiares. Ato contínuo, levando em consideração que nas relações paterno-filiais deve existir um mínimo de cuidados e deveres impostos ao pai para garantir o desenvolvimento saudável do filho, a inobservância destes cuidados tem um impacto direto no psicológico do descendente, não podendo restar a omissão sem punição. É o que aduz a ministra relatora:

Não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social⁵².

Ainda em análise do voto, Nancy Andrichi faz a distinção entre o amor e cuidado, no qual o primeiro não poderia ser cobrado legalmente, vez que não é possível comprová-lo, além do seu caráter subjetivo, porém, quanto ao segundo, consiste em ações concretas que comprovam a sua existência, não podendo o genitor omitir-se de prestar o cuidado para com seus filhos, mesmo que ausente o amor. Importante ressaltar também, que no entendimento da ministra, a forma de comprovação do dano seria muito simples: através de um laudo de um especialista que comprove que o dano psicológico sofrido pelo autor é decorrente do afastamento do seu genitor.

Como foi dito nas linhas passadas, o provimento do Recurso Especial nº 757.411, se deu por maioria, tendo acompanhado o voto da relatora os ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino, apesar de ressaltarem em seus votos a posição intermediária adotada entre o voto da ministra relatora que negava conhecimento ao recurso e o voto divergente do ministro Massami Uyeda que dava provimento. Quanto o primeiro ministro, de maneira sintetizada, afirmou que o abandono paterno apesar de ser condenável, independente de sanção prevista na

⁵² ANDRIGHI, Nancy. Resp. 757.411.p. 12.

lei (perda do poder familiar) deve a condenação ater-se ao princípio da proporcionalidade, vez que a culpa nem sempre é exclusiva do genitor demandado.

Já o segundo ministro, Paulo de Tarso, que seguiu a mesma linha de pensamento do ministro Sidnei Beneti, fazendo, entretanto uma ressalva importante, salientou a cautela que o Judiciário deve ter ao aplicar a responsabilidade civil no direito de família, pois as relações nesse âmbito são carregadas de sentimentos ambivalentes, representando o aspecto mais espontâneo do ser humano. Caso contrário, a aplicação sem a devida observância e cuidado pode vir a conduzir a uma patrimonialização das relações pessoais. Por fim, reconhece que as frustrações sofridas na unidade familiar além de contribuírem para o crescimento do indivíduo, são coisas da vida, portanto inevitáveis⁵³, devendo a aplicação do dano moral no direito de família ser restrito aos casos excepcionais.

Finalmente, apesar dos fortes argumentos daqueles que se posicionam favoravelmente ao cabimento da indenização, existem aqueles que enxergam a situação de outra forma, e possuem importante relevância, afinal, se assim não o fosse, o tema já estaria pacificado há muito tempo, é o que veremos no próximo capítulo.

6.1.2 Argumentos contrários

Conforme afirmado, o tema discutido neste trabalho não foi pacificado até então, apesar dos argumentos consistentes e sedutores da corrente a favor, doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Renata Barbosa Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior defendem em suas obras a impossibilidade ou inviabilidade da indenização por abandono afetivo. Passaremos a seguir a analisar os argumentos utilizados.

⁵³ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. 2014, p.42-43.

O argumento mais amplo defendido pela doutrina é que não se pode colocar preço no amor, o que de fato está completamente correto, pois o afeto, carinho, *et cetera*, são sentimentos intrínsecos do ser humano, que possuem uma natureza espontânea, ou seja, nascem naturalmente. Da mesma forma que não se pode obrigar alguém a amar, não se pode punir uma pessoa pela ausência de amor, vez que justamente por ser um sentimento, a sua exigência jurídica iria desvirtuar a sua essência, afinal, convenhamos, não vai ser por uma decisão judicial que o sujeito irá nutrir afeto por outrem. Neste sentido vejamos o que professor Murilo Sechieri diz sobre o tema:

O tema não pode ser tratado de forma simplista. A questão é tão complexa, como o são as relações humanas. O amor é algo que acontece, ou não, inclusive nas relações entre pais e filhos. A constatação pode parecer cruel – e talvez o seja – mas o fato é que não tem qualquer fundamento a crença, que permeia o senso comum, de que o amor parental seria natural e incondicional⁵⁴.

Consoante com o que foi dito, a defesa *retro* mencionada é extremamente ampla, vez que passaremos a analisar pontos mais específicos. O primeiro ponto consiste em determinar se a ausência de afeto de um pai para com o seu filho constitui um ato ilícito. Retomando o que foi exposto no capítulo 5.2, o ato ilícito caracteriza-se por uma violação legal. No caso discutido a violação em questão seria o descumprimento de um dever paterno de criar, educar e guardar seus filhos, previstos legalmente no artigo 229⁵⁵ da Constituição Federal, no artigo 22⁵⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.634, incisos I e II⁵⁷ do Código Civil.

⁵⁴ NEVES, Murilo Sechieri Costa. Indenização por abandono afetivo: Impossibilidade. 2012.

⁵⁵ Art. 229. 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.

⁵⁶ Art. 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.

⁵⁷ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

(...)

Porém, o que o legislador não determina é de que forma deverão ser estes deveres cumpridos, se observarmos por uma ótica lógica, quando um genitor paga uma pensão alimentícia, seja voluntariamente, ou por fixação ou determinação legal, tal verba possui várias destinações, não só para "alimentar" a prole, como o próprio nome nos induz a pensar, mas também para que seja garantida a sua educação, obviamente que o conceito de educação vai muito além do que aprendemos nas escolas, consiste também em uma formação que tem início dentro da própria casa, mas ao afirmarmos que o menor ou adolescente não obteve a devida educação, significa alegar que a sua genitora também falhou em seu dever, e, portanto, deveria ser ela punida também?

Para os doutrinadores que alegam ser a presença do pai indispensável para a formação de uma criança, indaga-se: e as relações homoafetivas? Não iremos adentrar profundamente nesta seara, pois não possui relação direta com o tema aqui tratado, mas o ponto que queremos mostrar é que é possível que uma criança possua o seu desenvolvimento completamente sadio mesmo diante da ausência de uma figura paterna, pois se assim não fosse, não seria pacificado na jurisprudência a possibilidade de casais homoafetivos adotarem-nas.

Ao considerar o abandono afetivo um ato ilícito, seria o mesmo que considerar a ausência de afeto uma situação sujeita a punição, pois mesmo que se defenda a teoria de que cuidar distingue-se de amar, o cuidado sem afeto não pode ser considerado produtivo. A problemática do tema gira em torno da eficácia prática do instituto, dado que não adianta compelir um pai a conviver com seu filho se esse não possui o mínimo de afeição por este, independente do motivo que seja. Faz-se importante levar em conta a finalidade do instituto, pois se pretende proteger a dignidade da pessoa humana, seria considerado digno alguém ter que conviver com outro indivíduo por quem não nutre nenhum sentimento apenas para evitar ser processado? Na maioria dos casos é muito mais proveitoso para a criança crescer em um seio familiar, seja ele composto pela mãe, avós, tias, tios, entre outros, que de fato possuem carinho e amor por ela, do que impor uma relação superficial que lhe traria mais males do que benefícios, apenas pelo argumento de que na imagem de família ideal da sociedade, a figura paterna é essencial.

Importante ressaltar os casos em que cuidar da prole significa abster-se, pois não são tão raras as situações em que a presença paterna (ou materna) influenciam negativamente o menor. Em outras palavras, nem sempre cuidar é uma atitude proativa. Vamos além, se a doutrina e jurisprudência afirmam que a ausência de cuidados paternos causa danos psicológicos e afetam a formação da criança e adolescente, e por isso, se faz passível de indenização, levo-os a refletir sobre aqueles genitores que são extremamente protetivos com seus filhos, mimando-os em excesso e formando seres humanos despreparados para enfrentar a cruel realidade do mundo, é inegável que estas crianças também estão sendo prejudicadas psicologicamente, mas nesse caso, pelo inverso, o excesso de cuidado. Então poderiam ser os pais punidos?

Além do exposto, outro óbice que encontra a corrente permissiva é a ausência de previsão legal de indenização, ou melhor, nos casos em que se verifica um descumprimento dos deveres legais impostos aos pais, a penalidade máxima prevista no nosso ordenamento é a perda do poder familiar (artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 1.638 do Código Civil). É o que entendem também os juristas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretensão dano moral. Enfim, em hipóteses de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Famílias deverão ser ministrados para a solução do problema⁵⁸.

Para complementar o posicionamento doutrinário exposto aqui, adentraremos agora nas decisões jurisprudenciais, conforme feito no capítulo anterior, mantendo o foco nos votos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça que firmaram posicionamento contrário ao provimento da indenização.

Iniciaremos pelo voto do Min. Rel. Fernando Gonçalves no Recurso Especial nº 757.411, que começou o seu voto afirmando que a noção de dano se modifica com a dinâmica social, situação que leva o que antes eram considerados “fatos da vida” a serem tratados como danos que ensejam a tutela do Poder Judiciário. Contudo, para o ministro, nos casos de abandono, o nosso ordenamento já prevê

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2012, Vol. 6, p. 164.

punição para o pai ausente: a perda do antigo pátrio-poder, não sendo necessária a indenização pecuniária. Ressalta também que em muitos casos a indenização pode não atender ao sofrimento da criança, mas sim aos interesses financeiros da genitora que o representa no ato, movida por um sentimento de raiva pelo antigo companheiro.

Outro aspecto contemplado no voto é a provável barreira que o processo litigioso irá construir para qualquer chance de um possível futuro relacionamento paterno-filial. Além disso, o deferimento do pleito também não possuiria o caráter de reparação financeira, pois para isso já é instituída a pensão alimentícia. Finaliza asseverando que não compete ao Judiciário obrigar alguém a amar, e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com indenização requerida.

No acórdão em foco, acompanharam o voto do Ministro relator, os Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha. O primeiro ministro no conteúdo de seu voto corroborou com o relator, ressaltando que a legislação de direito de família possui institutos específicos para lidar com situações em que o pai não cumpre com os seus deveres legais, devendo ser a destituição do poder familiar a punição adequada, e não uma indenização financeira, vez que em sua concepção a ausência de afeto não constitui ato ilícito.

O Ministro Cesar Asfor acentua em seu voto que o Direito de Família é regido por princípios próprios, não podendo as relações paterno-filiais serem tratadas à luz dos princípios provenientes, por exemplo, do Direito de Obrigações. É o posicionamento do citado Ministro: "Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito⁵⁹." Logo, no âmbito das relações familiares, a única sanção que poderia vir a ser imposta a um pai, materialmente, é a prestação de alimentos. Ao final do voto, demonstra o seu repúdio na tentativa de quantificar o amor, visto a existência da possibilidade de uma futura gradação para cada atitude de desamor, vejamos:

Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se

⁵⁹ ROCHA, Cesar Asfor. REsp. 757.411.

abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante⁶⁰.

De acordo com o que já foi exposto, o Acórdão analisado *supra* foi o primeiro caso levado à análise de Superior Tribunal, que entendeu não ser cabível a indenização, porém, em jurisprudência mais recente, o mesmo Tribunal julgou procedente um pedido idêntico, contudo, o voto não foi unânime, restando divergente o voto do Ministro Massami Uyeda, o qual merece a nossa atenção.

O ministro expõe em seu voto a situação por outro ângulo, do que poderia vir a acontecer se o Tribunal acolher a tese de indenização por abandono afetivo. Dispõe que se assim o fosse, qualquer filho ou filha poderia considerar-se preterido face ao outro irmão, dada a subjetividade que motiva o pleito. Em decorrência disso, estariam potencializando mágoas íntimas, não só dos filhos, como também de marido e mulher, afinal os deveres dos cônjuges também estão previstos legalmente, então constituiria ato ilícito o descumprimento dos mesmos?

Apesar dos estudos de psicologia utilizados pela Min. Rel. Nancy Andrighi em seu voto, Uyeda os considera programáticos no sentido de um ideal de convivência entre as pessoas, em que todos teriam uma família harmoniosa. Porém, o que não se pode exigir é que os padrões psicológicos de alguém se encaixem na normalidade.

Acentua que os princípios constitucionais devem ser utilizados com razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, expõe a sua incapacidade em definir o que venha a ser negligência no pátrio dever, pois todos nós, hoje, ou futuramente, iremos ter falhas como pais ou avós.

Por fim, o ministro Massami Uyeda reforça o seu posicionamento de não considerar cabível abrir o precedente da indenização por abandono afetivo como um direito, pois para ele: "(...) abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... *A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos*⁶¹."

Diante do exposto, nos resta fazer a nossa própria análise em face dos votos apreciados. Constata-se que todos os Ministros justificam os seus posicionamentos

⁶⁰ ROCHA, Cesar Asfor. Recurso Especial nº 757.411.

⁶¹ UYEDA, Massami. Recurso Especial nº 1.159.242.

contrários baseados na existência de uma sanção específica em nosso ordenamento jurídico cabível à situação debatida: a perda do poder familiar. Tal fundamento possui sua origem não apenas no que a lei prevê, mas sim no por que a lei prevê isso.

Sabe-se que as relações familiares e afetivas são extremamente complexas, não podendo ser tratadas como os demais ramos do Direito. Nota-se que é estipulado no âmbito constitucional e infraconstitucional o dever de educar, guardar e criar os filhos, porém, o mesmo legislador que determinou tal dever, também ofereceu a alternativa residual da adoção, baseado no princípio do melhor interesse da criança e no princípio da liberdade, quando não há possibilidade de manter a criança ou o adolescente no seio da sua família natural, ou até mesmo nos casos em que não há interesse dos genitores em criá-los.

Logo, a partir do momento em que se pune um pai pela sua falta de interesse em criar o seu filho, obrigando-o a pagar uma prestação pecuniária, estaríamos tolhendo dele a sua liberdade de escolha, obviamente que tendo sido responsável pela geração da criança, existem responsabilidades que lhe são inerentes, como a prestação de alimentos. Mas o que queremos expor aqui, é que não se pode compelir alguém a criar seu descendente, quando o próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade de livre-arbítrio.

Ao abrir o precedente, apenas a título de questionamento, estaria o Judiciário tornando possível a punição daqueles pais e mães que entregam seus filhos para a adoção? Afinal, se cuidar é em tese um dever legal, sendo a sua abstenção um ato ilícito, ao entregar um filho para o sistema adotivo estariam os genitores abstenendo-se de cuidar do mesmo e por consequência, praticando uma conduta ilícita.

O ponto que pretendemos chegar, é que por mais que seja doloroso não possuir o afeto ou a convivência de um dos seus genitores, não se pode puni-los por isso, vez que uma indenização financeira nunca seria capaz de compensar todas as mágoas sofridas, muito menos serviria a título de exemplo de punição. A porta que a Ministra Nancy Andrigli pretende abrir é uma mão sem volta. Se os tribunais pacificarem este entendimento, poderia chegar um dia em que um pai ao ter um filho fora de seu planejamento, pagaria antecipadamente à mãe uma quantia que entendesse cabível para compensar a sua ausência, tendo em vista a sua falta de

interesse em fazer parte da vida da criança? Honestamente, na sociedade em que vivemos atualmente, em que o ter significa mais que o ser, não me surpreende que um dia possamos atingir tal situação, patrimonializando as relações afetivas.

6.1.2.1 Da ineficácia prática da indenização sob a ótica da função social do Direito

Apesar dos argumentos utilizados para fundamentar a corrente contrária ao tema do presente trabalho, existem alguns pontos que devem ser analisados separadamente, em face da sua concepção distinta. Explico, as considerações feitas no capítulo anterior referem-se ao por que a indenização não pode ou não deve ser julgada procedente, porém, partindo do pressuposto de que a pretensão autoral foi provida e o pai condenado a pagar vários mil reais ao filho em virtude da sua ausência afetiva, quais seriam as consequências que teríamos após a decisão?

Para conceder a resposta ao questionamento feito, iremos regredir ao fundamento básico do Direito: a sua função social. Segundo a Teoria da Função Social do Direito, seria este o princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico, ao passo que fornece ao julgador elementos para solucionar os litígios. Para o professor Francisco José Carvalho, “A função social do direito é o fim comum a que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social⁶²”.

Diante das afirmações *retro*, iremos usar como exemplo as situações em que os autores das ações de dano moral por abandono afetivo são menores representados no ato por suas genitoras. Obviamente, sabe-se que a criança ou o adolescente em questão não possuem opinião quanto ao ajuizamento ou não da ação, cabendo a sua mãe, como responsável, decidir. Sem mencionar que em muitas situações os menores não possuem conhecimento da ação. Pois bem, ao

⁶² CARVALHO, Francisco José. A função social do Direito e a efetividade das Normas Jurídicas. 2011.

interpor uma ação judicial pleiteando uma indenização em face da ausência do pai na vida do filho, estaria a genitora provavelmente destruindo todas as chances futuras do infante de vir a ter uma relação com o seu pai, teria ela esse direito?

É muito claro que após pagar uma indenização de mais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) – tomando como base os valores que as decisões sobre o tema estabelecem, o pai se encontra completamente desobrigado de tentar construir qualquer relacionamento com o demandante, uma vez que em tese, já foi punido pela sua inobservância de dever, então, não possui mais nenhum débito de obrigação.

Resumindo, ao dar provimento ao pedido, estaria o Judiciário não só punindo o pai, mas também a criança ou o adolescente, que se vêem vítimas de rancores pessoais das suas genitoras por, na maioria dos casos, terem sido preteridas pelos ex-companheiros, ou até mesmo em virtude da inconformação com ações revisionais de alimentos que são interpostas pelos pais.

Fora estes casos, existem aqueles em que a ação é proposta por um descendente maior de idade, e o julgador se depara em boa parte dos pleitos com pessoas formadas, já encaminhadas na vida, que não possuem nenhum sinal de dano psicológico, porém, que intentam conseguir uma espécie de compensação por não ter tido a devida atenção durante a sua infância. É o que o Ministro Massami Uyeda aduziu em seu voto ao fazer a seguinte observação: "(...) Se abriremos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. *Este Tribunal irá cuidar de mágoas*⁶³."

Entendimento similar foi esboçado por Denise Menezes Braga em sua monografia, vejamos:

(...) pois a tendência do direito moderno é a busca de soluções pacíficas e negociadas dos conflitos, principalmente através da mediação, numa tentativa de desafogar o Judiciário e promover a pacificação social, já que não é interesse do Estado incentivar ou promover mais litígios. Destarte, pondera-se até que ponto a promoção de ações de indenização por dano moral na seara do direito de família não estaria a estimular o acirramento dos ânimos, e se haveria finalidade prática concreta para solução definitiva e

⁶³ UYEDA, Massami. Recurso Especial nº 1.159.242.

genuína do verdadeiro problema, que muitas vezes reside na falta de diálogo entre os membros da família⁶⁴.

Por fim, existe uma constatação que mesmo aqueles que são favoráveis ao dano moral devem concordar: a pacificação do tema, entendendo ser cabível o pleito de indenização por abandono afetivo não estaria correspondendo a função social incumbida ao Direito, visto que não geraria uma paz social, e sim um caos.

⁶⁴ BRAGA, Denise Menezes. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. 2011.

7 CONCLUSÃO

Após tudo o que foi exposto nos capítulos anteriores, podemos afirmar que a mutação da unidade familiar com o passar dos séculos trouxe uma complexidade maior para os institutos ligados a ela, afinal, diferentemente de todos os outros ramos do Direito, o Direito de Família envolve relações afetivas, onde é impossível garantir que não venha a existir uma mágoa ou ressentimento entre os seus integrantes, pois se tratam de sentimentos, que assim como o amor, o carinho e a simpatia, são sentimentos que afloram naturalmente no ser humano.

A mutação familiar que foi exposta no trabalho, teve origem na dinâmica da sociedade e na consolidação dos costumes sociais, e juntamente com essa inovação, surgiu uma necessidade de maior proteção jurídica, que foi além da proteção conferida por leis, envolvendo também toda uma orientação principiológica.

Vimos que as ações de dano moral por abandono afetivo colocam os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral da criança e do adolescente e da afetividade em conflito com os princípios da liberdade e da intervenção mínima do Estado, posto que os defensores da indenização alegam que a ausência de afeto por parte dos pais fere a dignidade dos filhos, e sendo estes menores, faz-se imprescindível o seu crescimento em um ambiente saudável e estável. Por outro lado, os que são contrários, defendem a liberdade dos genitores de escolherem se querem ou não criar os seus descendentes, bem como defendem a abstenção da atuação do Judiciário nesta seara delicada.

Apesar de o posicionamento contrário ser o minoritário na doutrina, não será uma, nem várias decisões judiciais condenando pais a pagarem centenas de mil reais para seus filhos, que irá alterar o fato de que ninguém vai amar outrem, seja mulher, filho, irmão, pai, mãe etc., apenas pelo medo de ser punido, porque se assim o fosse, podemos ter certeza de que o sentimento não seria real e verdadeiro.

O afeto que existe quando queremos conviver com alguém, merece sim reconhecimento do Estado para ter a sua devida proteção jurisdicional, mas isso não

significa que possa vir a ser transformado em dever de convivência. Devemos respeitar o afeto, mas também a sua ausência.

Foi analisado também, nos capítulos anteriores, a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família onde foi visto a existência de correntes divergentes, bem como os pressupostos para o cabimento da responsabilidade extracontratual subjetiva, que é a utilizada nos pleitos por abandono afetivo. Dentre eles, o que mereceu maior aprofundamento foi o ato ilícito, em face da notória ausência da sua constituição pela conduta de abandono afetivo, posto que da mesma forma que a lei impõe aos pais o dever de criar e guardar seus filhos, também concede a liberdade de escolha, ao instituir a possibilidade da adoção. Justamente por isso, que na inobservância dos deveres legais, o legislador pune o pai ausente com a perda do poder familiar, não cabendo nenhum outro tipo de responsabilização.

Com efeito, conforme tratado em capítulo pretérito, o Direito tem como fim a *paz social*; mas que paz seria gerada quando colocarmos sobre os relacionamentos afetivos o peso de uma possível futura indenização? Não poderia existir maior desvirtuamento dos relacionamentos do que esta, pois analisando sob essa ótica, o dinheiro poderia comprar tudo. Ressalte-se que não se faz importante acabar com uma demanda jurisdicional, mas se faz necessário acabar com um conflito fático para, assim, atingir-se o fim almejado pelo Direito: a paz social.

O amor pode vir dos cantos e dos momentos em que menos esperamos, então, de nada adianta colocar as frustrações pessoais em alguém que um dia veio a lhe preterir e pleitear uma indenização apenas por vingança. Diante disso, válido se faz, neste momento, citar o ditado popular que diz: *“roupa suja se lava em casa”*.

Dessa maneira, o Poder Judiciário encontra-se à margem de virar um instrumento de vinganças pessoais e palco de mágoas íntimas, visto que onde não existe afeto dentro dos padrões considerados moralmente corretos pela sociedade, o indivíduo que se considera lesado, exige em lugar da ausência, algo que possa supri-la ou compensá-la, para que dessa forma possa colocar para trás todas as suas mágoas. Mera ilusão. O sujeito que acredita nesta “compensação” acaba levando todos – pais, irmãos, filhos – para um vazio ainda maior e, na maioria das vezes, fatal.

Evitando-se, por fim, a repetição de todos os pontos que foram expostos no decorrer desta obra, faz-se importante sintetizar que em virtude de todo o modelo conservacionista que ainda permeia a nossa sociedade, estamos fadados a dar um passo à frente e dois para trás quando se trata de condenação pecuniária pelo abandono afetivo, posto que, apesar de termos acabado com o modelo familiar hierarquizado, ainda hoje existem decisões sobre o tema que justificam a indenização por entender necessária uma figura paterna na vida de um menor.

Diante disso, fica ao leitor a sua própria conclusão em face da seguinte reflexão: *Ora, o que uma criança necessita não é do modelo tradicional de família, composto por um homem e uma mulher. O que, incontestavelmente, ela precisa é de um ambiente saudável, em que possa crescer rodeada de pessoas que se importam com ela e que desejam a sua presença, e não de um pai (ou mãe) que força uma convivência pelo receio de vir a ser processado, visto que isto sim é respeitar a dignidade da pessoa humana.*

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. Fortaleza, 2011, 71 p. Monografia (Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões) – Universidade do Estado do Ceará, Fortaleza/CE, 2011.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo: Do direito à psicanálise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 5 de out de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 31 de Dezembro de 1940 e retificado no Diário Oficial da União de 3 de Janeiro de 1941.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de Janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Revogado pela Lei nº 10.406, de 2002. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 5 de Janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 17 de Janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.** Brasília, DF, Diário Oficial da União, 16 de Julho de 1990 e retificada no Diário Oficial da União de 27 de Setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF, Diário Oficial da União, 11 de Janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Brasília, DF, Diário Oficial da União, 16 de Junho de 2008.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.294, de 12 de Novembro de 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.960, de 12 de Junho de 2002. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=716:imported_684&catid=54&Itemid=184>.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 700, de 6 de Dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=51685&tp=1>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 757.411. V de P F de O F e A B F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 29/11/2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1.159.242. Antônio Carlos Jamas do Santos e Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24/04/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10/05/2012.

CARVALHO, Francisco José. **A função social do Direito e a efetividade das Normas Jurídicas**. 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-do-direito-e-a-efetividade-das-normas-juridicas/7940>>. Acesso em: 15 out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. Salvador: JusPodivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco: Como fundamentos da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Indenização por abandono afetivo: Impossibilidade**. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268>>. Acesso em 14 out. 2014.

Notícias R7. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/casamentos-sao-o-triplo-dos-divorcios-no-brasil-diz-ibge-20122013>>. Acesso em 01 nov. 2014.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano Moral & Direito das Famílias**. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Pollyane Lima. **Maioria dos casamentos termina antes do 15º ano no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/maioria-dos-casamentos-termina-antes-do-10o-ano-no-brasil>>. Acesso em 01 set. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2014.

ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 4.295/2008

Acrescenta parágrafo ao artigo 1. 632
da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -
Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de
1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -,
de modo a estabelecer a indenização por
dano moral em razão do abandono afetivo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632

.....

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.7 41, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º

.....

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral. “

ANEXO B – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700/2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º.

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos

previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)"

"Art. 56.

IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)"

"Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)"

"Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)"

"Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)"

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

"Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses."

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.