

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Camila Dal Lago

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Passo Fundo
2012

Camila Dal Lago

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Vitor Ugo Oltramari.

Passo Fundo

2012

À minha família,
com quem aprendi, na prática, o valor do afeto.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas oportunidades
que me concedeu durante toda a minha vida.

À minha mãe Marilei,
pelo incentivo e apoio incondicional.

À minha avó Vilma,
pelo zelo, carinho e cuidado diário.

Ao meu irmão Assis,
por sempre acreditar e confiar em mim.

Ao professor Vitor Hugo Oltramari,
pela paciência, dedicação e orientação
na realização da pesquisa.

A todos que de alguma forma participaram e
contribuíram para a realização deste trabalho.

Amar é faculdade, cuidar é dever.

Ministra Nancy Andriahi

(Recurso Especial n. 1.159.242/SP, 3ª Turma STJ,

j. em 24 de abril de 2012)

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse Amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

E ainda que tivesse o dom da profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse Amor, nada seria.

E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, se não tivesse Amor, nada disso me aproveitaria.

Paulo de Tarso

(I Cor 13, 1-3)

RESUMO

A presente monografia trata da possibilidade de condenação à indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. A família, como instituição, sofreu diversas modificações ao longo do tempo, de modo que a ligação pelos laços biológicos deu espaço ao afeto, que passou a ser o núcleo fundamental das relações familiares, o elo de ligação entre os membros da família e a razão pela qual ela se constrói e se justifica. Consiste, ainda, em elemento essencial para o desenvolvimento saudável dos filhos em todas as esferas. Contudo, nem sempre os pais exercem essa função afetiva, de cuidado, apoio e acompanhamento das emoções de seus filhos, causando-lhes fragilidade e danos. Por essa razão, a questão do abandono afetivo vem sendo trazida aos tribunais pelos filhos que visam reparação pecuniária. Nesse sentido, existem duas correntes doutrinárias: a primeira, positiva, que defende a condenação ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo e a segunda, negativa, que nega essa possibilidade. Por fim, analisa-se a posição jurisprudencial e aponta-se para as novas perspectivas legislativas acerca do assunto, concluindo-se pela análise de cada caso concreto para a condenação ou não pelo abandono afetivo. Foram utilizados os métodos de abordagem dialético e hermenêutico e o método de procedimento histórico, sendo o marco teórico para a elaboração do trabalho os princípios da afetividade e da paternidade responsável.

Palavras-Chave: Abandono. Afetividade. Danos Morais. Filiação. Indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A FAMÍLIA	11
1.1 Evolução do conceito de família: do sangue ao afeto.	11
1.2 A família na atualidade: um enfoque constitucional.	14
1.3 Principiologia do direito de família.	18
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	24
2.1 Conceito e requisitos da responsabilidade civil.	24
2.2 A responsabilidade civil na forma de indenização por danos morais.	28
2.3 Os danos morais no direito de família.	34
3 O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO	37
3.1 Os deveres-direitos da relação paterno-filial: o valor do afeto.	37
3.2 A possibilidade de condenar os pais ao pagamento da indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.	42
3.2.1 Entendimento jurisprudencial favorável segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça.	49
3.3 A inaplicabilidade da condenação dos pais ao pagamento da indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.	53
3.3.1 Entendimento jurisprudencial desfavorável segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunais Superiores.	60
3.4 Novas perspectivas.	68
3.4.1 Projeto de Lei do Senado n. 700 de 2007	68
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	73
ANEXO A – EMENTA RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)	79
ANEXO B – VOTO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)	81
ANEXO C – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700 DE 2007	94

INTRODUÇÃO

O presente estudo é resultado de reflexões acadêmicas e pesquisa realizada acerca da possibilidade de condenar os pais ao pagamento de indenização aos filhos por danos morais decorrentes de abandono afetivo. Afinal, podem os pais não amarem seus filhos? Pode, essa falta de amor, ocasionar danos passíveis de indenização? O abandono afetivo pode, de alguma forma, ser compensado, reparado ou indenizado? Quanto vale o amor não recebido?

Os questionamentos acima só confirmam que as relações familiares são um campo fértil a diversas indagações no mundo jurídico, o que é, sem dúvida, instigante e motivador, pois esbarra em questões de subjetividade, afeto, cuidado, valores morais e éticos.

A reflexão acerca do tema da indenizabilidade do dano moral pelo abandono afetivo mostra que o Direito não pode ser encarado apenas através da aplicação da letra fria da lei e que, embora o ordenamento jurídico abarque as mais diversas situações, são os valores e princípios de ordem moral que devem reger a sua aplicação.

Assim, a pesquisa será realizada tendo como objetivo principal a análise dos limites da responsabilidade parental no tocante à afetividade despendida aos filhos e a verificação da possibilidade de condenar os pais à indenização por dano moral decorrente das situações de abandono afetivo, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, ao princípio da afetividade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento, trabalhar-se-á a questão da família, onde será analisada a evolução do conceito desde os laços estritamente biológicos até os de origem afetiva. Após, será analisada a família na atualidade, como é vista após o advento da Constituição Federal de 1988 e, por fim, abordar-se-ão os princípios que regem a construção de um Direito de Família mais humano e pronto a preencher as necessidades da nova instituição familiar que se apresenta.

Após esse capítulo introdutório sobre as nuances familiares da atualidade, será refletido acerca da Responsabilidade Civil, inicialmente abordando a questão conceitual e os requisitos básicos, quais sejam, o dano, a conduta ilícita e o nexos causal. Em seguida, estudar-se-á o dano moral, diferenciando-o do dano patrimonial e apontando as funções que são atribuídas à indenização pecuniária. Culminando o capítulo, será comentado acerca da

configuração do dano moral no Direito de Família, alertando ao fato de que esse é um ramo bastante peculiar do Direito, onde vigora a subjetividade das relações e a afetividade.

No terceiro capítulo, enfim, será trabalhado o tema central da presente pesquisa: o dano moral decorrente do abandono afetivo. O tópico inicial tratará do valor do afeto nas relações paterno-filiais, sendo ele essencial ao desenvolvimento saudável dos filhos, visto que a função parental se realiza tanto no sustento do pão quanto do coração. Em seguida, serão abordadas as duas correntes que tratam do tema: a primeira positiva, defendendo a condenação ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo e a segunda negativa, negando essa possibilidade.

No tocante aos argumentos da corrente positiva, se demonstrará que vêm lastreados pela defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos personalíssimos, encontrando crescente guarida em sentenças, especialmente de primeiro grau, mas que avançam para as instâncias superiores, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, a corrente negativa afirma que é impossível ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar e que a vontade de conviver é motivada por fatores psicológicos que não podem ser impostos por qualquer decisão judicial, sendo que essa posição ainda encontra maior força nos tribunais *ad quem*.

Por fim, serão analisadas as novas perspectivas para a questão monográfica, através do Projeto de Lei do Senado, número 700/2007, que visa modificar alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente para fazer constar, expressamente, o abandono afetivo como uma conduta ilícita que enseja a responsabilização civil.

O marco teórico para a elaboração do trabalho foi o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sobre o qual gravita o ordenamento jurídico e a consideração da afetividade nas relações jurídicas. Assim, realizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir da adoção dos métodos de abordagem dialético e hermenêutico e do método de procedimento histórico para análise das fontes. O método dialético foi utilizado em razão de que o tema proposto apresenta um conteúdo dinâmico, que necessita da análise da tese e da antítese. A abordagem hermenêutica, por sua vez, foi adotada em razão da necessidade de interpretar e compreender o Direito, que se manifesta através da linguagem. Por fim, o método de procedimento histórico foi aplicado a fim de verificar como a origem e evolução do conceito do afeto na família influenciam a possibilidade de indenizar o dano moral pelo abandono afetivo na atualidade.

A par do exposto, se demonstrará o tema é de grande relevância para a sociedade, visto que a maioria das pessoas – senão todas – está inserida em um contexto familiar, sujeita a abandonos, mágoas, frustrações e desejos. Por essa razão, interessa refletir sobre como o Poder Judiciário está preparado para lidar com essas questões de ordem afetiva e psicológica que são levadas ao seu crivo, especialmente no tocante à afetividade parental, primeira forma de contato com o amor que o ser humano vivencia (ou não), ainda no seio da família.

1 A FAMÍLIA

A família é geralmente o primeiro grupo social do qual o ser humano faz parte. É dela que traz os primeiros valores, aqueles que serão aprimorados ao longo da vida. Por estar inserida em um contexto social, está em constante modificação, não deixando de ser, contudo, a mesma.

É justamente essa integração com a sociedade que traz à família as mais variadas faces decorrentes da época ou local em que se encontra. Por essa mesma razão, consiste em um desafio encontrar um conceito para a família, tanto no âmbito jurídico, quanto sociológico ou antropológico.

Contudo, não há dúvidas de que, ao longo dos anos, ocorre notável evolução da família como grupo social, razão pela qual seu conceito sofre modificações e sua compreensão é alterada nas diversas áreas de conhecimento.

Assim sendo, quando a proposta é conceituar família, não é possível abrir mão de fazer uma análise das circunstâncias sócio-históricas. A dimensão histórica modifica a noção de família, que deve ser relativizada conforme o contexto. Como tantas outras instituições, a família é também produzida culturalmente, modificando sua estrutura, sua função e seu significado social conforme a época e a localidade. Mesmo a família monogâmica não se apresenta da mesma forma, em todos os lugares e em todos os tempos.¹

E foram justamente essas circunstâncias sócio-históricas que fizeram com que a família se modificasse e evoluísse, construindo seus laços ora por sangue, ora por afeto, como se passa a expor.

1.1 Evolução do conceito de família: do sangue ao afeto.

Inicialmente, as relações familiares não se davam de modo concreto, havendo posições controversas que apontam para a existência de endogamia, exogamia e poligamia nos grupos sociais mais primitivos, sendo que ainda há resquícios da poligamia em algumas organizações sociais atuais.

¹ PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 11, n. 12, out./nov. 2009. p. 41.

Contudo, a monogamia surge como um novo modelo de família, onde o caráter de exclusividade das relações sexuais acabou por transformar a família em uma instituição social.

Existem algumas referências menos consistentes de que a família possa ter passado por uma organização matriarcal, ficando aos cuidados da mãe, que era, então, investida de poder nos casos de ausência temporária dos homens, “mas aceitar como certa a existência de um tipo de família preenchendo todo um período evolutivo, no qual à mulher estaria reservada a direção do lar, parece realmente pouco provável”².

Por outro lado, foi a forma de família patriarcal que predominou no mundo ocidental por largo período, onde o pai era a referência e autoridade máxima da família, sendo que a sua vontade prevalecia sobre todas as outras, tendo o poder de decidir sobre a vida de todos os membros daquela família.

Fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu sob largo período sob a forma “patriarcal”. Assim a reconheceram as civilizações mediterrâneas. Assim a divulgou a documentação bíblica. E nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, encontramos-na documentada nas pesquisas históricas de Mommsen e Fustel de Coulanges, ou referida nos depoimentos de Aulo Gélcio e Tito Lívio. Ressalta ainda hoje o tônus emocional com que Cícero alude à figura valetudinária de Appius Claudius, que dirige os seus com a plena autoridade de um patriarca autêntico, não obstante a idade avançada e a quase-cegueira. As regras fixadas através dos tempos, desde época anterior ao Código Decenviral até a codificação justinianéia do século IV, dão testemunho autêntico dessa tipicidade familiar.³

Merece destaque, nesse sentido, o modelo familiar romano, no qual o patriarca detinha poder sobre a vida e a morte dos membros da família. Exercia poder absoluto sobre os filhos, sobre a mulher e sobre o patrimônio. Além disso, a família romana se baseava fortemente na ideia religiosa.⁴

Ainda, em uma sociedade conservadora, a família detinha uma formação com caráter hierarquizado e patriarcal, voltado à produção com vistas ao desenvolvimento rural. Todos os membros da família integravam essa comunidade como força de trabalho, razão pela qual a

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Atualizado por Tania da Silva Pereira v. 5. 16. ed. rev. e atu. Rio de Janeiro: Forense 2007. p. 25

³ PEREIRA. **Op. Cit.** p. 25.

⁴ PEREIRA. **Op. Cit.** p. 26-27.

procriação era bastante incentivada. Assim, quanto maior a família, melhores as condições de sobrevivência de todos.⁵

Contudo, esse caráter de fator econômico de produção não resistiu à Revolução Industrial, que fez a família perder o caráter de unidade de produção. Em razão do aumento da necessidade de mão de obra, a mulher ingressou no mercado de trabalho e o homem deixou de ser o único a prover as necessidades de todos. A migração do campo para a cidade fez a convivência se dar em espaços menores, o que levou à aproximação entre os seus membros. Assim, iniciou-se o desenvolvimento dos fatores afetivos, que uniram as pessoas em comunhão espiritual, moral e afetiva, desenvolvendo laços de assistência mútua entre os seus membros.⁶

Desse modo, a família deixa de ser unida apenas pelos fatores biológicos e passa a reger-se pelo afeto. Deixa de ser espaço de produção de patrimônio e passa a ser espaço de desenvolvimento humano, espaço em que cada pessoa pode desenvolver as suas potencialidades, com base na solidariedade familiar.

De toda forma, à luz de toda evolução histórica, afetiva e social sofrida pela instituição família, que consiste praticamente em uma revolução de seus fundamentos, conceitua-la ainda é uma árdua tarefa, pois depende de uma análise interdisciplinar e complexa acerca de seus inúmeros fatores. Nesse sentido, é a conclusão de Cristiano Chaves de Farias, ao afirmar que

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da *interdisciplinariedade*, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.⁷

Assim, em razão de ser composta por seres humanos, a família passa por uma mutabilidade inexorável e se apresenta sob tantas e diversas formas quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar o amor.⁸

De toda forma, o que importa destacar é o espaço que o afeto tomou para a compreensão da família. O que no início se caracterizava pela união de pessoas descendentes do mesmo ancestral, unidas no objetivo comum de produção e cultivo da terra, literalmente

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2001. p. 28.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 2

⁸ FARIAS. **Op. Cit.** p. 5.

chefiadas pelo patriarca e submetidas à sua vontade, se transformou em espaço de convivência, desenvolvimento e afeto. A solidariedade familiar e a igualdade entre os membros ganharam cada vez mais espaço e, hoje, consistem em elementos caracterizadores da família moderna.

O que parece mais importante na caracterização da família são os laços de afeto que se formam entre as pessoas que convivem, dividem experiências e têm um projeto de vida em comum, encontrando umas nas outras um refúgio afetivo e um suporte não apenas material, mas psíquico, que lhes fornece a segurança de que necessitam para se constituírem enquanto sujeitos, conviverem com outros sujeitos e irem atrás de suas metas na esfera social. E isto pode ser encontrado nas mais diversas configurações, devendo todas elas serem reconhecidas e protegidas como entidades familiares que são.⁹

Com efeito, o afeto se tornou o centro das relações familiares. O casamento passou a ser realizado em nome do amor, os filhos passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos e alvo dos cuidados e proteção dos pais.

Nesse sentido, não há como apresentar um conceito de família sem levar em consideração a afetividade existente entre seus membros. Paulo Nader destaca que a “família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra de um tronco comum.”¹⁰

Desse modo, pode-se dizer que família é a comunhão de vidas, originada do vínculo biológico ou da simples vontade de estar junto, em comunhão de espírito e esforços a fim de alcançar objetivos comuns ou compartilhar as experiências vividas.

1.2 A família na atualidade: um enfoque constitucional.

A família, entendida como base da sociedade, é reconhecida somente em 1988 com a promulgação da Constituição Federal da República. Em seu artigo 226¹¹, a família é consagrada como base da sociedade e colocada sob a proteção do Estado.

⁹ PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. p. 43.

¹⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Até então, nas constituições de 1969, 1967, 1946 e 1934, o que se falava em relação à família se resumia à sua forma de constituição através do casamento e sobre o direito à proteção pelos poderes do Estado.

Merece destaque a Constituição de 1937, pois destina atenção especial à família, atribuindo a ela quatro artigos que versam, essencialmente, sobre os deveres dos pais em relação à educação e ao desenvolvimento da prole, ressaltando o dever do Estado em assisti-los nessa função.

Já sobre as constituições do Brasil no século XIX, não há muito que comentar, uma vez que em 1891, sobre a família, unicamente se afirma que o casamento reconhecido é o civil e em 1824, na Constituição Imperial, nada se fala sobre a família e seu papel na sociedade.

Assim, a Constituição Federal de 1988, que pode ser considerada um marco no Direito Brasileiro, foi de extrema importância para o reconhecimento da família no Brasil. Foi ela quem consolidou no sistema jurídico brasileiro o princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado fundamento da República Federativa do Brasil¹² e traz ao Direito de Família um norte para interpretação das situações que chegam à apreciação dos tribunais.

Assim sendo, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família. Superam-se, em caráter definitivo, os lastimáveis argumentos históricos de que a tutela da lei se justificava pelo *interesse da família*, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo. O espaço da família na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana.

Não há mais a proteção da família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana!

(...)

Ou seja, a família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana.¹³

Assim, revela-se a máxima consideração e valorização que o legislador constituinte dirigiu à própria pessoa enquanto ser humano dotado de personalidade e, conseqüentemente, dignidade. A pessoa humana deixa de ser meio para tornar-se finalidade específica de

¹² Conforme disposto no art. 1º, III da CF/88.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 10-11.

proteção. Não se fala mais em proteger a instituição família com o sacrifício individual de seus membros, mas fala-se em proteger os próprios membros.

A dignidade da pessoa humana traz à baila a necessidade do respeito aos direitos de personalidade dentro das relações familiares, como forma de possibilitar o crescimento e realização individual de cada ser humano, o desenvolvimento da personalidade e a busca da felicidade.

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade. É somente por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no seio familiar.¹⁴

Ainda, a Constituição Federal de 1988 inovou ao reconhecer, como entidade familiar, diversas formas de relacionamento, superando o velho entendimento de que a família baseava-se somente no casamento. Assim, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes passaram a ser constitucionalmente reconhecidas como entidade familiar¹⁵, atualizando no sistema jurídico brasileiro a realidade social.

Ora, se “não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre”¹⁶, pertinente a inovação constitucional, tendo em vista que não é o fundamento no casamento que trará à família esse caráter de privacidade e intimidade, mas sim a convivência baseada no afeto, independentemente de quem compõe o grupo familiar ou de como se deu a sua formação.

Assim, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se muito mais com as questões pessoais do que com o aspecto patrimonial da família, considerando a importância de construir uma sociedade baseada na solidariedade¹⁷, de modo que “a afetividade passou a ser o elemento nuclear definidor da união familiar – triunfo da intimidade como valor da modernidade.”¹⁸

Dessa forma, em razão da evolução da família no aspecto antropológico e social, o Direito precisou se atualizar e evoluir para abarcar as novas situações surgidas. Ora, o Direito traduz os anseios da sociedade inserida em determinado local e em determinada época e

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. v. 2. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19-20.

¹⁵ Conforme disposto no artigo 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

¹⁷ Conforme artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988.

¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31

muitas são as suas especialidades em razão das inúmeras situações que as relações humanas podem criar.

Contudo, apesar das inúmeras especialidades que se aprimoraram com o tempo, é no Direito de Família que as ciências jurídicas revelam sua face mais sensível e mais humana, pois esse traduz o desejo do ser humano de viver em harmonia com os seus pares.

Nesse sentido, “o direito de família é, de todos os ramos do Direito, o mais intimamente ligado à própria vida”¹⁹, pois é na família que a vida se desenvolve. Convém lembrar que, de modo geral, todas as pessoas provêm de uma família e de uma delas fazem parte durante sua vida, seja por meio do casamento, da união estável ou qualquer outra forma de convivência familiar.

A importância do Direito de Família, nesse sentido, se dá em razão de que a família consiste na base da sociedade, no núcleo de toda a organização social e de onde vem a cultura de todos os valores praticados em sociedade, conforme previsto na Constituição Federal. Por tudo isto é que merece total proteção do Estado.

Por isso, o Direito de Família possui características peculiares e é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientando-se por elevados interesses morais e de bem-estar social.²⁰

Como algumas dessas peculiaridades, pode-se mencionar a elevada carga emocional que permeia os conflitos familiares, o preparo especial que as pessoas envolvidas nesse conflito devem ter para melhor auxiliar em sua solução, a grande influência exercida pelas ideias morais e religiosas, a imprescritibilidade e natureza personalíssima dos direitos. Ainda, diferentemente das ações dos demais ramos do Direito, muitas vezes a sentença proferida na ação familiar não soluciona o conflito, mas tão somente o compõe tecnicamente, sendo que, muitas vezes, ao invés de pacificar, acaba por agravar ainda mais a questão no âmbito familiar.²¹

A par de todas essas características peculiares ao Direito de Família, cumpre comentar o entendimento de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, no sentido de que

Na idéia de *família*, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. p. 24.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Op. Cit.** p. 26.

lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Os seres humanos mudam e mudam seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto *ninho*. A maneira de organizá-lo e fazê-lo prosperar, contudo, se altera significativamente em eras e culturas não muito distantes umas das outras. Ora, sob o vigor e a rigidez do direito codificado, esse fenômeno pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para tão expansível realidade social.²²

Assim, o Direito de Família tem como grande desafio integrar os fundamentos jurídicos com a realidade social, a fim promover a dignidade humana e buscar solucionar os conflitos à luz dos princípios constitucionais. Tal desafio é constante e árduo, em razão de que a realidade social está em constante evolução. Por essa razão, não se pode conceber a existência de um Direito de Família engessado, mas sim, necessita-se, constantemente de ampliação de horizontes e recepção do novo.

Assim, para auxiliar a aplicação da lei nos casos que envolvem conflitos familiares, existem os princípios informadores do Direito de Família, que servem de norte e base para a sua interpretação e solução dos conflitos.

1.3 Principiologia do direito de família.

Em razão das peculiaridades a ele atinentes, o Direito de Família não pode ficar preso à letra fria e crua da lei, alheio à realidade social. Por isso, existem os princípios, que surgiram da sua evolução e adequação à realidade e que melhor auxiliam na interpretação e aplicação das diretrizes legais para solução dos conflitos. São eles:

a) Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana: de ordem constitucional, se aplica a todas as áreas do Direito e, especialmente, ao Direito de Família por ser esse o mais humano de todos os ramos. Traduz a impossibilidade de tratar as pessoas como se fossem “coisas”, atribuindo-lhes preço ou valores quantificados, quando, na verdade, as pessoas são dotadas de dignidade, que é decorrente da própria condição humana e traduz o dever de respeito e valorização que se deve manter para consigo próprio e para com o próximo. Assim,

²² DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de família e o novo Código Civil**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 06-07.

se visa garantir o desenvolvimento e a realização plena dos membros do grupo familiar, principalmente quando se tratam de crianças e adolescentes.²³

b) Princípio da solidariedade familiar: antes do advento da Constituição Federal de 1988, a solidariedade era apenas encarada como um dever moral. Contudo, encontra, hoje, amparo constitucional e traduz o comprometimento do constituinte originário com a convivência social e superação do individualismo. Assim, no âmbito do Direito de Família, o princípio da solidariedade se traduz na assistência mútua que deve existir entre os membros da família, solidariedade recíproca entre os cônjuges ou companheiros, assistência aos menores e amparo aos idosos.²⁴

Ainda, cabe destacar o entendimento de Ricardo Manrique, no sentido de que “La solidaridad familiar en consecuencia que se expresa en el cuidado, en el compartir las cosas y en la atención debida entre los integrantes da la familia , se funda en el afecto”.²⁵

c) Princípio da igualdade: esse princípio pode ser visto sobre mais de um enfoque, tanto do ponto de vista da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros quanto da de todos os filhos ou das formas de composição familiar.

Desse modo, cumpre destacar a lição de Paulo Lôbo, no sentido de que

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família²⁶

A igualdade entre os cônjuges ou companheiros traduz a superação do patriarcalismo em nosso sistema jurídico e social. É inegável que a família superou há muito a figura paterna como centro, suporte e fonte de todas as decisões familiares. Hoje, por exemplo, o “poder familiar” ocupa o lugar do antigo “pátrio poder” e passou a ser exercido conjuntamente por

²³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. p. 53-55.

²⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. p. 55-58.

²⁵ MANRIQUE, Ricardo C. Perez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: DIAS, Maria Berenice. BASTOS, Eliene Ferreira. MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.) **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 485.

²⁶ LÔBO, Paulo. **Op. Cit.** p. 60.

ambos os pais. Assim, o papel assumido pela mulher na família, ganha espaço no mundo jurídico.

Quanto à igualdade jurídica de todos os filhos, essa traduz a ideia já consolidada no sistema jurídico vigente de que todos os filhos possuem os mesmos direitos e igualdade de condições dentro da família.

d) Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar: conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo que essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros, de acordo com o princípio da igualdade.

Também o Código Civil de 2002, no artigo 1.565, traçou algumas diretrizes, proclamando que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e que é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”²⁷

e) Princípio da liberdade: esse princípio representa a evolução da família. Outrora, as famílias apenas poderiam se desenvolver com base no sistema matrimonial e patriarcal, sem margem a outras possibilidades sob pena de marginalização social. A mulher vivia submissa e dependente do marido, assim como os filhos eram submetidos ao poder paterno. Não podia haver família fora do matrimônio, nem mesmo havia a possibilidade de se dissolver um casamento fracassado. Os filhos tidos fora do casamento não eram permitidos pela sociedade e sequer eram reconhecidos pelo Direito.

Nesse panorama, a liberdade começa a surgir com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), mas é somente com a Constituição Federal de 1988 que a liberdade familiar se concretiza e passa a vigorar no sistema jurídico, tanto como liberdade das famílias frente ao Estado, como de cada membro diante dos demais da entidade familiar.

Assim, o princípio da liberdade refere-se ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar; livre aquisição e administração do patrimônio familiar; livre planejamento familiar e definição de padrões educacionais, valores

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** p. 8.

culturais e religiosos; livre formação dos filhos e liberdade de agir, com respeito à individualidade e dignidade de cada um.²⁸

f) Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente: a criança (leia-se também adolescente) passa a ser sujeito de direito e alvo de atenção especial do Estado e da Família, conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal²⁹. O que antes era resolvido em atenção aos direitos dos adultos, sendo a criança mero objeto da decisão, passa a ser encarado com prioridade no seu interesse, reconhecendo-se o valor das futuras gerações, como forma de vida digna para todos.³⁰

Muitos casos que chegam à apreciação do Poder Judiciário são solucionados tendo em conta esse princípio, como os casos de investigação de paternidade e de filiações socioafetivas. Como assinala Paulo Lôbo, “o juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.”³¹

Dessa forma, o princípio da proteção ao melhor interesse da criança, também concretizado no Estatuto da Criança e do Adolescente, “não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.³²

g) Princípio da afetividade: esse princípio é o norte da interpretação da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, pois consiste na base da convivência familiar e da solidariedade. Não há nada que melhor justifique a existência de uma família senão a afetividade entre seus membros, assim como não há nada que melhor diferencie as relações de família das demais amparadas pelo Direito do que a existência do afeto entre os seus membros.³³

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. p. 62-63.

²⁹ É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. p. 70-71.

³¹ LÔBO, Paulo. **Op. Cit.** p. 70.

³² LÔBO, Paulo. **Op. Cit.** p. 71.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24-26.

É justamente a existência do afeto que mantém a família como instituição mutável e, ao mesmo tempo, sólida e perene. É este mesmo afeto que torna a resolução dos conflitos familiares uma tarefa tão árdua para os que trabalham com o Direito de Família, pois o litígio jamais poderá ser encarado somente no aspecto objetivo, sem que se leve em consideração suas subjetividades e emoções complexas.

Desse modo, o princípio da afetividade “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”³⁴

Além disso, “el afecto es la forma en que se optimizan en el ámbito familiar los principios de dignidad de la persona humana, no discriminación y de libertad en las relaciones humanas.”³⁵

Por essa razão, não se pode desconsiderar a afetividade existente entre os membros do grupo familiar para levar em conta somente a letra da lei ou os laços puramente biológicos para resolver as questões de ordem pessoal, patrimonial ou assistencial.

À luz desses princípios, é preciso considerar que “se a descodificação sempre esteve na nossa perspectiva de reforma do Direito Civil, é incontestável no Direito de Família a necessidade de se assumir a dimensão das grandes mudanças.”³⁶

A ocorrência dessas grandes mudanças, portanto, é o que determina a modificação do Direito de Família e que revela a importância da aplicação dos princípios constitucionais para a resolução das situações familiares apreciadas pelo Poder Judiciário. Ora, é impossível esperar que o ordenamento jurídico, inflexível, possa contemplar todos os casos, as vezes inusitados, originados das mudanças sociais, da convivência familiar e das mais variadas expressões da afetividade.

Nas questões tangentes à filiação, por exemplo, a sociedade vem se deparando com uma série de mudanças. Em questões como inseminação artificial, adoção por casais homoafetivos, guarda compartilhada, alienação parental e abandono afetivo, mais do que nunca, o mencionado princípio da afetividade tem sido invocado para auxiliar na resolução dos conflitos.

³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. p. 63.

³⁵ MANRIQUE, Ricardo C. Perez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. p. 482.

³⁶ PEREIRA, Caio Mario Da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. p. 4.

Não existem, nas leis, formas preestabelecidas para lidar com essas situações e, talvez, nunca venham a existir, tendo em vista o caráter extremamente pessoal e particular desses casos. Assim, cabe uma interpretação integrativa do sistema como um todo, devendo o juiz, nos moldes no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁷, aplicar a lei com vistas a atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Questão bastante controversa na doutrina e na jurisprudência e que necessita dessa interpretação integrativa e da aplicação dos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e afetividade, é a da responsabilização civil por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Nesse caso, é necessária a integração dos preceitos de Direito de Família com os da Responsabilidade Civil a fim de chegar à solução do conflito.

Essas situações são muito peculiares, pois ocorrem no âmbito mais íntimo e subjetivo dos envolvidos, revelando-se um verdadeiro desafio para o aplicador do direito desvendar suas nuances e concluir pela aplicação ou não de responsabilização civil, na forma de indenização por dano moral. Para tanto, faz-se necessária a análise dos aspectos gerais da Responsabilidade Civil, dos seus requisitos e possibilidade de cabimento, o que se fará no próximo capítulo.

³⁷Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A vida em sociedade requer o respeito a algumas normas implícitas de convivência. Assim como o ditado diz que a liberdade de um vai até onde começa a liberdade do outro, os atos humanos devem ser pautados pelo respeito ao espaço alheio, a fim de não provocar inconveniências. A grosso modo, pode-se dizer que a Responsabilidade Civil decorre das inconveniências que alguns atos provocam a terceiros, em maior ou menor intensidade, pois como afirma Paulo Lôbo, “sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade”³⁸.

Assim, a Responsabilidade Civil está prevista no Código Civil, em seu artigo 927³⁹ e seguintes, como muitas outras regras que pautam a vida social, e conforme leciona Sergio Cavalieri Filho⁴⁰

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Desse modo, pode-se dizer que a obrigação de indenizar nasce quando da prática de determinado ato ocorre um dano a outrem, ou seja, quando há nexos causal entre o ato praticado e o prejuízo ocorrido.

2.1 Conceito e requisitos da responsabilidade civil.

Inicialmente, importa destacar que a Responsabilidade Civil do panorama jurídico difere da responsabilidade moral ou religiosa, vez que estas atuam apenas na esfera individual

³⁸ LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 12. out./nov. 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. p. 7

³⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

de cada pessoa e não causam reflexos a terceiros passíveis de intervenção judicial, conforme observa Carlos Roberto Gonçalves⁴¹:

A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separadas ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito.

O campo da moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre a infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado.

A responsabilidade moral e a religiosa, contudo, atuam no campo da consciência individual. O homem sente-se moralmente responsável perante sua consciência ou perante Deus, conforme seja ou não religioso, mas não há nenhuma preocupação com a existência de prejuízo a terceiro. Como a responsabilidade moral é confinada à consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica. Pressupõe, porém, o livre arbítrio e a consciência da obrigação.

Assim, por mais que a prática de alguns atos afete o homem em sua consciência individual, serão objeto de responsabilização civil somente os que infringirem normas jurídicas, transcenderem os limites do individual e afetarem a terceiros, causando-lhes danos de ordem patrimonial ou moral.

Por outro lado, muitas vezes pode ocorrer que determinados atos atinjam a terceiros e infringam normas jurídicas, mas não alcancem a consciência moral do agente. Nesses casos, haverá o dever de reparar, independentemente do sentimento subjetivo do agente.

Além dessas considerações, importa mencionar as classificações da Responsabilidade Civil. Primeiramente, pode-se classificar a Responsabilidade Civil como contratual ou extracontratual e, ainda, como objetiva ou subjetiva.

A Responsabilidade Civil é contratual quando o dano causado decorre da violação de uma obrigação prevista em um negócio jurídico, sendo necessária a prova de existência do contrato, do inadimplemento da cláusula e do dano causado, com o devido nexo de causalidade.⁴²

Por sua vez, trata-se de Responsabilidade Civil extracontratual aquela que não tem vínculo com contrato, mas decorre de algum ato ilícito que viola as regras de convivência social, causando um dano a alguém. Nesses casos, deve-se provar a imprudência, negligência

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

⁴² LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da Responsabilidade Civil. In: COUTO, Sergio. SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade Civil: Estudos e Depoimentos no Centenário do Nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 268.

ou imperícia do agente que causou, culposamente, o dano. Não demonstrado o ilícito, não haverá o dever de indenizar.⁴³

No tocante à responsabilidade objetiva, para caracterizá-la não é necessário aferir a culpa do agente. O dever de reparar o dano nasce do próprio risco da atividade, conforme dispõe o parágrafo único do art. 927 do Código Civil⁴⁴. Com base nesse dispositivo, para caracterizar o dever de indenizar, deve restar comprovada a relação de causalidade entre a atividade realizada pelo agente e o dano sofrido. Segundo observa Rénan Kfuri Lopes, “a *mens legis* do dispositivo é manter a equidade nas relações, levando em conta a obtenção da vantagem e lucro pela prática de uma ocupação que expõe terceiros a riscos. Lucra pelo risco, mas arca objetivamente pelo dano causado a terceiros”.

Diferentemente, quando se fala em Responsabilidade Civil subjetiva, a aferição da culpa é fundamental, pois só será condenado a indenizar, o agente que tenha realizado o ato com culpa, seja por negligência, imprudência ou imperícia, vindo a causar danos a terceiro, mesmo que sem intenção, deliberada e consciente, de causar o prejuízo. Ainda, “a culpa não é presumida, necessita sua demonstração no transcorrer da etapa cognitiva do processo de conhecimento, através dos meios de prova permitidos pela lei”⁴⁵.

De toda forma, seja em caso de Responsabilidade Civil contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, para configurar caso de indenizabilidade, devem estar preenchidos os requisitos gerais da Responsabilidade Civil, que são a conduta antijurídica, o dano e o nexo causal.

Como primeiro requisito, tem-se a conduta antijurídica, pois sem ela não haverá o dano e conseqüentemente o nexo causal. A conduta, para que se configure um caso de Responsabilidade Civil, deve ser voluntária, ou seja, o agente deve ter consciência do ato que está praticando. “O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade da escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”⁴⁶.

No mesmo sentido, esclarece Humberto Theodoro Junior que “é como ato decorrente do querer do agente que se estabelece a situação propiciadora da configuração do ato ilícito

⁴³ LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da Responsabilidade Civil. p. 269.

⁴⁴ Art. 927. *Omissis*. 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.

⁴⁵ LOPES, Rénan Kfuri. **Op. Cit.** p. 269

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27.

que, por sua vez, irá gerar o efeito jurídico que lhe é próprio: a obrigação de indenizar o dano, que a conduta, presidida pela vontade, acarretou a outrem”⁴⁷. Assim, não poderá ser alvo de responsabilização os danos provocados por conduta não orientada pela vontade do agente, mas por motivos de caso fortuito ou força maior, por exemplo.

Ainda, importa esclarecer que a conduta humana voluntária pode estar voltada para atos dentro dos padrões admitidos pela lei ou pode estar em desconformidade com esses padrões, o que gera os atos ilícitos capazes de gerar danos indenizáveis⁴⁸.

Dessa forma, são somente os atos ditos ilícitos que irão gerar para o agente o dever de indenizar os prejuízos injustamente provocados à vítima, ao contrário dos atos lícitos que, por estarem em conformidade com a conduta moral e típica, recebem apoio e tutela da ordem jurídica.

Contudo, para que haja o dever de indenizar, é necessário que a conduta antijurídica voluntária provoque algum dano. O dano, também chamado prejuízo, é o segundo requisito indispensável para que ocorra a Responsabilidade Civil, pois sem a ocorrência deste, não há o que indenizar e, assim, não há responsabilidade. Pode atingir tanto bens patrimoniais quanto direitos de personalidade, podendo ser conceituado como a lesão a um bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, conceitua Rénan Kfuri Lopes que

Dano é a existência de um prejuízo, da perda ou desfalque de algo que ao sujeito é passível de ser integrado, quer em termos de patrimônio, quer por inerente ao corpo ou personalidade. Porque ocorreu o dano, deixa-se de ter o que tinha ou se fez impossível obter o que certamente conseguiria regularmente.

Além disso, os danos podem ser morais ou materiais. Esses atingem apenas o patrimônio da vítima, podendo ser considerados sob a forma de lucros cessantes ou dano emergente, enquanto aqueles consistem na lesão à esfera íntima da vítima, daquilo que não se pode mensurar economicamente.

Por fim, unindo a conduta ao dano, deve haver o nexo causal, terceiro requisito indispensável para configurar a Responsabilidade Civil. Sem esse, também não há que se falar em responsabilização, pois é o elemento que permite atribuir ao agente a responsabilidade

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. v. 3. tomo 2. (Arts. 185 a 232). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 31.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. Cit.** p. 32

pelo dano causado, de modo que somente quem deu causa ao prejuízo deverá ser responsabilizado.

Nesse sentido, é o entendimento de Humberto Theodoro Junior:

Esses elementos – conduta culposa e dano injusto – não podem se apresentar isoladamente, devem estar interligados por um vínculo de causa e efeito, pois só assim o dano será imputável ao autor do ato culposos. Se o prejuízo da vítima não foi efeito (conseqüência) da conduta do agente, ainda que esta tenha sido antijurídica, não lhe terá acarretado a obrigação de indenizar.

Assim, a importância do nexo causal reside no fato de que, da mesma forma em que não se pode imputar a alguém o dever de reparar um dano que não provocou, não se pode imputar responsabilidade a quem, tendo agido antijuridicamente, não tenha provocado nenhum dano. É necessária a existência do nexo de causalidade para unir os dois elementos, conduta antijurídica e dano.

Nesse sentido, a conduta, o dano e o nexo causal são os elementos indispensáveis à configuração da Responsabilidade Civil em qualquer área do Direito, inclusive no Direito de Família, onde os casos de Responsabilidade Civil se dão, em sua grande maioria, por danos que atingem a esfera moral.

2.2 A responsabilidade civil na forma de indenização por danos morais.

Conforme explicitado, a Responsabilidade Civil possui três requisitos fundamentais, quais sejam, a conduta antijurídica, o dano e o nexo causal, que pode atingir tanto a esfera patrimonial (danos materiais) quanto a esfera não patrimonial da vítima (danos morais). Segundo Sílvio de Salvo Venosa,

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o

pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.⁴⁹

Nesse sentido, Rénan Kfuri Lopes considera que

O dano moral não é causado por uma perda pecuniária, mas abrange todo atentado à reputação do ofendido, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à sua integridade, à sua inteligência, às suas afeições⁵⁰.

Assim, pode-se dizer que o dano moral consiste, justamente, na ofensa daquilo que não se pode mensurar e nem quantificar, daquilo que não é pecuniário ou comerciável, ou seja, na ofensa aos direitos personalíssimos. Vitor Ugo Oltramari, observando o que diz a maioria da doutrina, afirma que “o dano material atinge a pessoa no que ela tem, ao passo que o moral, no que ela é”⁵¹.

Por sua vez, Yussef Said Cahali traz o conceito de dano moral de forma bastante abrangente, ao afirmar que

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral⁵².

De fato, não há como restringir o conceito de dano moral e apresentar um rol taxativo de formas em que pode ocorrer. Contudo, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X⁵³, assegura o direito de indenização pela violação de alguns direitos. Da mesma forma, o Código Civil, no capítulo que trata dos direitos de personalidade, em seu artigo 20⁵⁴ dispõe sobre a possibilidade de indenização pela violação do direito à imagem.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41-42.

⁵⁰ LOPES, Rénan Kfuri. **Panorama da Responsabilidade Civil**. p. 274.

⁵¹ OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4.

⁵² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. rev., atu. e amp. do livro *Dano e Indenização*. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20-21.

⁵³ Art. 5º *omissis*. 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;

⁵⁴ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser

Assim, o dano moral decorre da violação aos direitos de personalidade, mais acentuadamente da violação à dignidade da pessoa humana, alvejando o aspecto íntimo e psicológico da vítima, fatores que vão muito além da questão material ou patrimonial. Ora, “a toda hora, a qualquer momento, a dignidade do ser humano é malferida. Seja nos pequenos gestos de discriminação, seja no seio familiar, onde sempre surgem momentos de intensa turbacão, a afronta à dignidade enseja e dá azo a diversas causas de *dano moral*”⁵⁵.

Dessa forma, pode-se dizer que assim como qualquer bem material é objeto de proteção pelo ordenamento jurídico, o patrimônio pessoal, subjetivo, psicológico e moral do sujeito também o é. Ora, o sujeito é também titular dos direitos que dizem respeito à sua esfera moral, tendo em vista que lhe são inerentes em razão da sua própria condição de ser humano e, além disso, possuem tutela constitucional e infraconstitucional, conforme mencionado. Assim, a ofensa que atinge o âmbito subjetivo a ponto de causar danos deve ser indenizada, mesmo que haja a dificuldade de determinar sua medida ou quantificá-la.

Nesse sentido, por tratar-se de dano a patrimônio moral, incomensurável e de impossível conversão pecuniária, cabe o questionamento acerca da indenização cabível, pois não há como reparar monetariamente um dano sofrido na esfera extrapatrimonial, como registra o autor antes apontado. Veja-se:

Conspirou contra o desenvolvimento da dogmática civil do dano moral o argumento segundo o qual este dano jamais poderia ser indenizado, porque a vítima nunca seria reconduzida ao estado em que se encontrava antes da lesão, porque o dinheiro não serve para substituir um bem que não pode ser estimado em valor pecuniário. Para circundar essa questão, foi adotado o princípio de que existe uma indenização por equivalência. Para isso, o dinheiro é servível. A reparação é incompleta e aproximada. O dinheiro outorga à vítima bens que compensem o dano produzido. A impossibilidade de reparação que contenha exatidão matemática, não pode servir como argumento para impedir a reparação do *dano moral*, porque o ofensor seria beneficiado, em detrimento de um dos pilares do direito que é exatamente o *non laedere*. Qualquer prejuízo que seja causado a um terceiro deve ser reparado.⁵⁶

Tem-se como positivas as ponderações feitas pelo autor, visto que negar ao ofendido a possibilidade de compensação, seja através da forma pecuniária, pelo dano moral sofrido, significa favorecer o ofensor, que poderá continuar praticando o ato ilícito, ferindo direito de outrem, sem qualquer tipo de consequência.

proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

⁵⁵ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. rev. atu. e amp. São Paulo: Método, 2001. p. 41.

⁵⁶ SANTOS, Antonio Jeová. **Op. Cit.** p. 40.

Ora, já afirma Sérgio Cavalieri Filho que “em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação monetária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”⁵⁷.

Assim, a dificuldade de se mensurar o dano e arbitrar o valor da condenação não é razão para afastar a possibilidade de indenização, que não servirá para devolver à vítima o bem que lhe foi violado, ou para retomar o *status quo ante*, mas sim, a indenização virá para acalantar a dor e compensar o sofrimento.

De fato, a Constituição Federal já consolidou o entendimento de que os danos morais são indenizáveis, contudo, ainda subsiste posicionamento no sentido de que os tribunais não poderiam discutir o valor da honra, afeições ou dores, visto que esses valores não possuem equivalente em dinheiro⁵⁸.

Por outro lado, existe o forte argumento de que nenhuma ofensa pode ficar isenta de reparação e o objetivo dessa não seria substituir o dano pelo dinheiro, mas sim possibilitar à vítima meios para suavizar a sua dor, neutralizar ou atenuar seus efeitos, num claro aspecto compensatório.

Nesse sentido, a grande maioria dos autores atribui ao dano moral, uma dupla natureza jurídica, qual seja, compensatória e punitiva. Compensatória no sentido de que visa satisfazer a vítima em razão da lesão sofrida e punitiva porque visa reprimir o autor do dano pelo ato praticado. Contudo, o primeiro objetivo é compensar o dano sofrido e não impor uma pena⁵⁹.

Assim, a função da indenização pelos danos morais é primordialmente compensatória, pois visa o abrandamento da aflição, vez que não há como calcular a dor ou avaliar o sofrimento, sendo que a faceta punitiva se revela somente em segundo plano, pois de fato, o objeto de ação indenizatória é ver, de alguma forma, o prejuízo compensado e não punir o agente que lhe deu causa.

Nessa linha, Clayton Reis destaca que

Não sendo possível a reparação integral dos danos extrapatrimoniais, em decorrência do seu conteúdo exclusivamente psicológico, a indenização desses prejuízos assume uma função basicamente compensatória.
(...)

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 84.

⁵⁸ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. p. 49.

⁵⁹ OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. p. 11.

Essa postura não poderia ser diferente, quando consideramos a realidade desses danos, que não são suscetíveis de avaliação precisa, uma vez, na esfera dos danos de natureza estritamente psicológica, não há forma de se restituir a vítima ao *status quo ante* e, por conseqüência, de se conceder a indenização *in natura*.

Todavia, a doutrina consolidou a idéia de que mesmo não sendo possível a reparação dos **danos d'alma**, não se justifica que o direito deixe sem tutela o mais sagrado patrimônio do ser humano representado pelos seus valores íntimos. Superada essa dificuldade inicial, e consolidada a idéia da ampla tutela dos direitos da pessoa, o dano extrapatrimonial deverá ser objeto de uma compensação de ordem econômica – a única forma que o direito encontrou para ressarcir as vítimas dos danos morais⁶⁰.

Por sua vez a função punitiva serve para aplicar ao agente do ato ilícito uma pena pelo ato praticado. Evidente que não se deseja desviar o verdadeiro foco da Responsabilidade Civil, qual seja, o ressarcimento dos danos, para aplicar uma punição ao infrator, objeto que é inerente ao Direito Penal. Nessa linha, segue Fernando Noronha, ao afirmar que “não se deve exagerar na ideia de punição através da Responsabilidade Civil: a função dissuasora desta tem sempre um papel acessório; em princípio, a Responsabilidade Civil visa apenas reparar danos.”⁶¹

Inobstante, além das funções compensatória e punitiva, também é reconhecida por alguns doutrinadores a função preventiva ou dissuasória, que visa reprimir a ocorrência da mesma conduta no futuro. Assim, distingue-se “da punitiva pelo seu objeto, que é futuro, visando desaconselhar novas condutas danosas, ao passo que a punitiva visa sancionar o passado, já ocorrido.”⁶².

A função dissuasória adquire, então, um caráter pedagógico, que visa inibir no agente e na própria sociedade a prática reiterada dos mesmos atos lesivos. Mesmo que de forma tímida e secundária, essa função possui um importante aspecto, que é o de incutir no sentimento social a contrariedade do direito e da sociedade à prática do evento danoso.

Sintetizando o exposto, Rolf Madaleno explica que

Para muitos autores a natureza jurídica do dano moral abarca uma tripla função, no sentido de o dano moral servir para compensar, punir e prevenir. Compensa porque satisfaz a vítima que é ressarcida em pecúnia com o dano sofrido. Contudo, não deixa de se constituir também em sanção ao autor do dano e por último, guarda a sua função preventiva, pois não deixa de ser uma forma de reprimir a sua ocorrência⁶³.

⁶⁰ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 142.

⁶¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 438.

⁶² OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. p. 14.

⁶³ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: COUTO, Sergio. SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 346.

Dessa forma, visando compensar o dano moral sofrido, sem deixar de atentar para as funções punitiva e dissuasória, deverá o magistrado realizar a árdua tarefa de fixar o valor da indenização, pautado também pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Para tanto

Deverá sopesar que está avaliando não um bem patrimonial, que nesse caso apenas exigiria um raciocínio meramente aritmético, mas valorando o sentimento das pessoas, devendo fazê-lo como se fora o seu próprio. A dor, a humilhação, o vexame, a aflição, a angústia, a devassidão da privacidade, o estado emocional de tensão, são todos sentimentos angustiantes que oprimem e deprimem as pessoas, produzindo inúmeros reflexos na vida de relações, e por consequência, causando imediatas perturbações na ordem social.⁶⁴

A dificuldade de fixação do *quantum* indenizatório reside justamente no fato de que toda atividade do juiz é, praticamente, baseada em sua discricionariedade, vez que não há critérios objetivos a serem levados em consideração, mas tão somente a alegada dor, que poderá ser comprovada mediante laudos psicológicos e prova testemunhal, mas que, mesmo assim, não serão capazes de quantificar o que se sofreu.

Ora, o dano moral traz reflexos psicológicos para a vítima, o que pode ser maior do que se supõe ou menor do que se acredita. Se, frequentemente, nem mesmo a própria vítima tem condições de avaliar o dano sofrido, o que se dirá de terceiros que a julgarão⁶⁵.

Além disso, para a fixação dos danos morais também deverá ser levada em conta a condição social e econômica dos envolvidos, visando não transformar o processo indenizatório em fonte de enriquecimento das vítimas, mediante penalização excessiva do agente causador do dano, especialmente nesses casos, em que é tão difícil mensurar a real extensão dos danos.

A admissibilidade da indenização por danos morais, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, bem como pelo ordenamento legal pátrio, leva à reflexão sobre a possibilidade de aplicar os preceitos da Responsabilidade Civil na forma de indenização por danos morais na seara do Direito de Família; campo fértil para a ocorrência de violação dos direitos de personalidade e em que predomina a subjetividade das relações.

⁶⁴ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. p. 229.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 43.

2.3 Os danos morais no direito de família.

Como comentado, o Direito de Família é ramo bastante peculiar do Direito, pois aqui, acima de tudo, vigora a subjetividade das relações interpessoais e a afetividade que une seus membros. Assim, em razão do estreitamento dos laços, torna-se possível a ocorrência de lesões ao patrimônio moral e de atentados à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Cavaliere Filho também destaca que

Mesmo nas relações *familiares* podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a **dignidade**. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de **moral conjugal** ou **honra familiar**, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família.⁶⁶

Desse modo, em razão das estreitas relações afetivas que permeiam a vida em família, é possível a ocorrência do dano moral, devendo-se observar os princípios norteadores da Responsabilidade Civil, as situações do caso concreto e o bom senso para concluir pelo cabimento ou não de indenização, tendo em vista que

A reparação civil no direito de família não tem regramento específico na legislação desse país. A doutrina aplica subsidiariamente para assegurar o dano moral, o princípio constitucional que preserva e resguarda a dignidade da pessoa humana, que se vulnerada ilegalmente, sujeita o agressor à reparação, independente de integrar a célula familiar, sujeitando-se, portanto, os cônjuges, companheiros, pais, filhos e parentes⁶⁷.

Ora, a evolução do Direito permitiu o reconhecimento do ser humano como finalidade de proteção. A pessoa passou a ter autonomia dentro do grupo familiar e seus direitos personalíssimos passaram a ser objeto de respeito perante todos. Assim, não há como conceber a ideia de que um membro da família possa causar dano a outro e não responder por isso, justamente em razão do vínculo familiar.

Dessa forma, não se pode concluir que, na falta de texto legal que autorize a reparação de dano causado nas relações familiares, tendo em vista o seu aspecto puramente psicológico, não seria cabível a indenização por danos morais, pois, conforme destaca Arnaldo Rizzardo,

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 83-84.

⁶⁷ LOPES, Rénan Kfuri. **Panorama da responsabilidade Civil**. p. 280

Impedir a plena realização da afetividade, ou não oportunizar a sua expansão, ou violentar ferindo, desprezando, menosprezando sentimentos que fazem parte da natureza humana, importa em amputar a pessoa na sua esfera espiritual e moral, cerceando a sua plena realização.

Por isso, o direito não pode passar ao largo de certos estados pelos quais passa a pessoa, sem dar-lhe proteção, ou procurar ou reconstituir a ordem abalada ou afetada.⁶⁸

Por essa razão, é que o aplicador do direito deve ser dotado de sensibilidade na medida em que deve considerar a extensão do dano sofrido, as condições da conduta realizada e o nexos causal entre esses dois elementos, sopesando a extensão dos laços de afeto envolvidos no caso.

Falando em afeto, é justamente a ausência deste que enseja a maioria dos danos morais na seara do Direito de Família. Aqui, não se fala em vontade, mas em sentimento, algo que não se pode prometer, tendo em vista que só se desenvolve naturalmente.

Não há dúvida de que o amor ou o afeto, como sentimento que é, surge naturalmente, sem que se possa obrigar quem quer que seja a manifestá-los quanto a outra pessoa, ou mantê-lo com igual e duradoura intensidade, até por tratar-se de circunstância de ordem pessoal e decorrentes de comandos psíquicos, cujo controle, inclusive por questões até patológicas, muitas vezes não é possível coordenar ou enfrentar.

(...)

Se a própria lei não contém disposições aptas a permitir a execução de obrigação de fazer resultante da dissolução, diminuição ou dificuldade na manifestação da *affectio* de uma para outra pessoa, fica difícil, como desde logo se percebe, pretender impor àquele que deixa de amar ou tenha dificuldades para externar tal condição no tocante ao outro e até mesmo em relação aos filhos, o dever indenizatório em função da *perda* ou o *não exercício* (?) do afeto⁶⁹.

Contudo, mesmo levando em consideração a alta carga emocional que permeia esses conflitos, o dever de indenizar advém da prática do ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil⁷⁰, do qual decorre prejuízo para a vítima em razão do nexos de causalidade. Assim, apenas a dor sentida não é suficiente para que haja responsabilização civil, é necessário que estejam configurados todos os requisitos: conduta antijurídica, dano e nexos causal, como assinala Ana Cecília de Paula-Soares Parodi. Transcreve-se:

⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 686

⁶⁹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. In: MAMEDE, Gladston. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. ROCHA, Maria Vital da (Coords). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 489.

⁷⁰ 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.

Ora, para que o dano do amor se configure, ele está condicionado às mesmas variantes do dano civil, vez que é uma espécie do gênero. Ao contrário do que possa parecer, o dano de amor não se estabelece, simplesmente pela mágoa ocasionada pelas palavras duras ou pelo simples rompimento. O dano do amor é uma efetiva lesão civil, com repercussões jurídicas e patrimoniais, anotando que o patrimônio da pessoa humana é composto também pelos reflexos de sua personalidade⁷¹.

Aliado a isso, deve-se ter em mente, ainda, que no Direito de Família busca-se a tutela da personalidade e da dignidade da pessoa humana, com fundamento na Constituição de 1988. Conforme destaca Venosa, “é indubitável que a responsabilidade civil em sede de direito de família decorre de toda essa posição, porque, em última análise, ao se protegerem abusos dos pais em relação aos filhos, ou vice-versa, de um cônjuge ou companheiro em relação ao outro, o que se protege, enfim, são os direitos da personalidade e a dignidade do ser humano”.⁷² Assim, com fundamento na posição de Paulo Lôbo, tem-se que

A responsabilidade na família é igualmente pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos passados, de natureza negativa. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais do que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações⁷³.

Nesse panorama, diversas são as situações do Direito de Família que podem ensejar o requerimento de indenização por danos morais. Entre elas podem-se mencionar os casos de rompimento de noivado, a dissolução de casamento ou de união estável, o abandono afetivo dos pais, a infidelidade, entre outras condutas dentro das relações familiares. Inquestionável, porém, é que em todas essas situações deverá ser feito o exame da responsabilidade sob a ótica da ofensa à dignidade da pessoa humana e do princípio da afetividade.

Questão muito polêmica no tocante a esse assunto e que tem motivado diversas decisões conflitantes nos tribunais, é a decorrente do dano moral pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, pois aqui, muito além da liberdade e da dignidade, existe a questão da responsabilidade, como se verá adiante.

⁷¹ PARODI, Ana Cecília de Paula-Soares. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos**. Campinas: Russell Editores, 2007. p. 219.

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. p. 284

⁷³ LÔBO, Paulo. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade**. p. 14.

3 O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

A família é o primeiro grupo no qual o ser humano se vê inserido. As primeiras pessoas com quem se constrói um relacionamento são os pais e essa relação deixa marcas para toda a vida. Assim, o relacionamento adequado entre os genitores e sua prole com realização plena das funções parentais é fundamental para o desenvolvimento completo e saudável dos filhos. Para isso, é necessária a observância dos deveres e direitos existentes na relação paterno-filial.

3.1 Os deveres-direitos da relação paterno-filial: o valor do afeto.

Sabe-se que, outrora, as famílias não se concretizavam com base no amor e que as relações não eram pautadas pela generosidade ou proteção, mas, sim, se realizavam por meio da dominação, onde a vontade do pai, inclusive sobre a da mãe, é que prevalecia. Assim, somente após séculos de evolução é que se passou a vislumbrar um cenário de transformação, em que a responsabilidade parental passou a ser encarada como um dever e não como um poder dos pais⁷⁴.

Nessa linha de evolução, é importante destacar que a parentalidade significa muito mais do que gerar biologicamente um filho. Além disso, é necessário fornecer ao novo ser humano que chega ao mundo, suporte afetivo e emocional suficiente para seu crescimento e aptidão a desenvolver novas relações, com caráter e segurança.

Ora, “os filhos vêm ao mundo na dependência completa dos pais, e assim permanecem enquanto não se tornam, eles mesmos, adultos ou emancipados. A dependência natural é tão certa e inegável que nem sequer pode ser recusada pelos pais. Perfeitamente compreensível e aceitável”⁷⁵.

Desse modo, é indubitável que a presença dos pais na vida dos filhos é de fundamental importância, tanto é que a Constituição Federal, em seu artigo 226 §7º, faz previsão ao direito de planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e

⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 11.

⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Op. Cit.** p. 14.

da paternidade responsável⁷⁶, justamente para que os pais tenham condições de propiciar aos filhos um crescimento saudável e adequado em todas as esferas do seu desenvolvimento.

O dispositivo supracitado deixa em evidência que o Direito não obriga a geração de filhos, tanto que autoriza e protege o planejamento familiar. Contudo, caso a filiação ocorra, existem direitos e deveres entre pais e filhos que devem ser atendidos, dando maior proteção às crianças e aos adolescentes. Nessa linha, se posiciona Ana Carolina Brochado Teixeira:

Amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. Justifica-se, desta forma, o instituto da autoridade parental, tido como um poder-dever, que é irrenunciável. Assim, a ausência e o descompromisso de um genitor podem originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida⁷⁷.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 227, traça um panorama das responsabilidades da família em relação ao menor, apontando para o fato de que fornecer apenas suporte material não é suficiente para o desenvolvimento das crianças e adolescentes. É necessário também propiciar base moral e psíquica para o crescimento saudável, em conjugação de esforços com a sociedade e com o Estado⁷⁸. Christiano Cassetari afirma que:

A Constituição Federal estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação, educação. Estes deveres não apresentam somente critérios materiais, mas, também, afetivos, já que não basta prover o sustento, mas se faz imprescindível dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que serve para dar proteção e segurança⁷⁹.

Da mesma forma, o artigo 229 da Constituição Federal, primeira parte, estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Justamente nisso sustenta-se a responsabilidade parental.

Assim, resta evidente que o poder familiar não se trata de direito dos pais, como se poderia concluir acerca dos direitos absolutos que detinham no antigamente chamado “pátrio-

⁷⁶ Art. 226. *omissis* § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁷⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 151.

⁷⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷⁹ CASSETARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 9, n. 50, out./nov. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008. p. 97

poder”. Diferentemente, o poder familiar consiste em poder-dever, que deve ser exercido com limitações e com base no maior interesse dos filhos. É nesse sentido que se posiciona Giselda Maria Fernandes Hironaka ao afirmar que

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, na idéia antiga e maximamente patriarcal do pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar.⁸⁰

O Código Civil, por sua vez, faz menção ao poder familiar especificamente em seu Título I, Capítulo V. Entre os dispositivos, destaca-se o artigo 1.634⁸¹, ao dispor o que compete aos pais quanto aos filhos menores. Em especial, menciona-se o inciso I, que estabelece a responsabilidade dos pais em promover a criação e a educação dos filhos e o inciso II, que determina que os pais devem ter os filhos em sua companhia.

Exatamente nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa afirma que “cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança.”⁸². Além disso, é fundamental esclarecer que exercício do poder familiar compete a ambos os genitores, em igualdade de condições, sem preferências ou distinções, uma vez que não é decorrente do casamento, mas sim do fato de ser pai ou mãe.

Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente também traz em seu bojo dispositivos que asseguram direitos da criança e do adolescente, como o respeito à sua dignidade e o direito ao convívio familiar. Exemplo disso são os artigos, 4^o⁸³, 15⁸⁴ e 19⁸⁵ do

⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. p. 31.

⁸¹ 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;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. p. 361

⁸³ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁸⁴ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de

antes citado diploma legal, que buscam garantir o desenvolvimento da criança ou adolescente e o respeito a seus direitos fundamentais e de personalidade.

A partir disso, conclui-se que é impossível para a criança se desenvolver sozinha e, por essa razão, existem deveres que devem ser observados pelos pais para a realização da função parental.

Dessa forma, para ser pai ou mãe, não basta apenas que o nome conste no registro civil. Para tanto é necessário efetivar a parentalidade no dia a dia, o que não pode se dar senão através da realização do direito à convivência familiar, pois, como afirma Cláudia Maria da Silva, “o elo biológico, ou genético, não mais sustenta a base familiar.”⁸⁶ Nessa linha, Paulo Lôbo afirma que:

No direito contemporâneo, a convivência converteu-se em direito e dever fundamentais de intensa reciprocidade, no sentido de relação afetiva desimpedida, de contato e de acesso: direito amplo do filho de conviver com o genitor com quem não reside e, reciprocamente, do genitor com seu filho.

[...]

A convivência familiar é direito-dever de contato e convívio de cada pessoa com seu grupo familiar. É direito porque pode ser exercido contra quem o obsta, seja o Estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família. É dever porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente, está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como um todo, ou, ainda, a sociedade e o Estado. É dever de prestação de fazer ou de obrigação de fazer, configurando responsabilidade em sentido positivo.⁸⁷

Seguindo a mesma linha, Arnaldo Rizzardo destaca que:

Em relação aos filhos, enquanto menores, há o direito à convivência com os pais. A afetividade resta gravemente ferida na ausência dessa imposição, porquanto a natureza humana demanda a necessidade não apenas da presença, mas da real participação do pai e da mãe na criação e formação dos filhos⁸⁸.

O trecho mencionado ilustra a necessidade dos filhos conviverem efetivamente com seus pais, realizando a troca de experiências necessárias ao seu desenvolvimento. Pai e mãe têm papel fundamental nessa relação, de modo que um jamais poderá preencher o vazio deixado pelo outro. Nesse sentido, conclui o autor citado:

desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

⁸⁵ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

⁸⁶ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. ano VI, n. 25, ago./set. 2004. Porto Alegre: 2004. p. 123.

⁸⁷ LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. p. 17.

⁸⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406 de 10.01.2002**. p. 691-692

Cada progenitor preenche uma gama específica de necessidades da prole. Assim, mais exemplificativamente, a mãe no tocante sobretudo aos cuidados mais primários, ao afeto aconchegante e ao acompanhamento diário. Já o pai, embora não se dispensando de tais atribuições, a sua participação tem relevância no aspecto da segurança e firmeza da personalidade. Ambos são imprescindíveis para um sadio desenvolvimento, sem carências, traumas ou inseguranças⁸⁹.

Por sua vez, Sérgio Domingos também comenta a necessidade da convivência familiar ao afirmar que:

O foco é visar a convivência familiar passando pelo crivo da criança, pois esta tem direito fundamental ao convívio e crescimento no seio de uma família afetiva, ainda que esta não seja a de origem, pois é dentro de um núcleo de afetividade que será possível a realização de vida plena com desenvolvimento de suas capacidades psico-físicas-afetivas. (...)

Bem de ver que à criança deve-se permitir a convivência em um ninho de afeto, em que o calor dos corações seja capaz de secar suas lágrimas e acolhê-las nos momentos de tristeza.⁹⁰

Portanto, somente através da convivência os deveres-direitos inerentes à função parental podem ser realizados, sendo que o carro-chefe da relação entre pais e filhos, muito além de qualquer obrigação imposta pela lei, é a afetividade. Conforme exposto no primeiro capítulo, o afeto justifica a existência da família e desempenha papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. Assim, apenas conviver, estar junto, também não é o bastante, pois a convivência deve ser pautada pelo afeto, intimidade, partilha de sentimentos, anseios e esperanças, como destaca Cláudia Maria da Silva:

No seio da entidade familiar, não há que se contentar única e exclusivamente com a coexistência diária e constante. Os genitores, na assunção de seus papéis de *pais* (não somente genitores), devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Essas são as prerrogativas do poder familiar e, principalmente, da delegação divina de amparo aos filhos.⁹¹

Além disso, a autora mencionada afirma que “garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida em que depende de seus genitores não só materialmente”⁹². Dessa forma, realizar o direito constitucional à convivência familiar significa muito mais do que valorizar a afetividade, pois

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406 de 10.01.2002**, p. 691-692

⁹⁰ DOMINGOS, Sérgio. A família como direito fundamental da criança. In: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coords.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁹¹ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. p. 123.

⁹² SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. p. 139.

representa a própria realização do princípio da dignidade da pessoa humana, cerne de todas as relações familiares.

Dessa forma, por óbvio, a falta de convivência, de intimidade e de afeto gera danos ao ser humano em desenvolvimento, visto que algo de subjetivo lhe falta. Ivone M. Candido Coelho de Souza, ao comentar sobre a função paterna, alerta para os danos que o abandono, a falta de convivência familiar e a conseqüente falta de afeto podem causar:

Na persistência dos abandonos, com frequência abate-se sobre a criança um sentimento de decepção e auto desvalorização pelo rechaço paterno, por menores que sejam as queixas organizadas que consiga manifestar. As ideias de incapacidade, de não ter podido gratificá-lo, além de expor a criança a sentimentos de tristeza, se traduzem em muitos casos pelas dificuldades de aprendizado e quadros psicossomáticos, que se não são atendidos evoluem para as dificuldades adolescentes, justamente quando será inequívoco incluir o pai nos planos terapêuticos. Outras crianças respondem com manifestações de raiva que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe as responsabilidades pela ausência paterna⁹³.

Assim, a falta de convivência dos filhos com seus pais, a frustração da expectativa de receber afeto, amor, carinho e consideração que vão muito além de valores pecuniários gera um vazio no seu desenvolvimento, motivo que têm ensejado diversas ações que visam à indenização pelo abandono afetivo.

Os tribunais, por sua vez, encontram-se em situação de desconforto ao tratar da temática, visto que se trata de questão de cunho extremamente pessoal, com dificuldade de provas, necessidade de consideração dos aspectos da Responsabilidade Civil e que esbarra, inclusive, em questões de ordem moral e de valores pessoais.

Feitas essas considerações, destaca-se a existência de divergência entre a corrente que afirma a possibilidade de condenar os pais a indenizar os filhos por abandono afetivo e a que nega essa possibilidade, conforme se passa a expor.

3.2 A possibilidade de condenar os pais ao pagamento da indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

⁹³ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 13 dez./jan. 2010. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. p. 66.

Inicialmente, a posição doutrinária que aceita a condenação por danos morais decorrentes do abandono afetivo afirma que para que haja a realização da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos personalíssimos é imprescindível a existência de solidariedade familiar, afeto, amor e respeito.

Em decorrência do princípio da solidariedade familiar há a superação do individualismo e abre-se espaço para o comprometimento mútuo entre os membros da família, com base no afeto. Conforme exposto no primeiro capítulo, tal princípio se traduz na solidariedade entre os cônjuges, assistência aos menores e amparo aos idosos. Nesse sentido, e especialmente no tocante aos menores, deve-se ainda atentar para a vulnerabilidade que lhes é característica e que os torna alvo de proteção de todo o ordenamento.

Assim, aos menores deve-se voltar toda atenção que é merecida, visto que são pessoas em desenvolvimento e é no seio da família que ocorrem todos os progressos. Como afirma Maria Isabel Pereira da Costa, a presença da família é de fundamental importância para o incremento de todas as condições necessárias a propiciar ao menor um amadurecimento saudável:

A principal função da família é, sem dúvida, a de criar condições para o desenvolvimento da personalidade dos filhos a fim de que se tornem dignos integrantes da sociedade, sabendo também respeitar a dignidade de todos. Esses são valores que primeiramente têm de ser aprendidos dentro de casa. Ensinos dessa natureza não se fazem com truculência nem com omissão de carinho ou de afeto.⁹⁴

Muito já se falou acerca da importância da afetividade no seio familiar, pois é o elo que une os membros da família, muito mais do que o vínculo biológico. Somente através do exercício da afetividade é que a família poderá realizar a sua função, de proporcionar aos menores condições de desenvolvimento saudável. Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo alerta para a importância da realização da afetividade em todas as fases da vida ao afirmar que:

De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior.
(...)

⁹⁴ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 29-30.

Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância, torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar aos sentimentos do amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna mais forte os laços de amizade, conduz à tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir.

(...)

Nota-se, pois, que a afetividade constitui um valor inerente à vida humana. A sua essencialidade é dimensionada pelas repercussões negativas na personalidade se não satisfatoriamente realizada essa necessidade. A própria realização e a felicidade dependem desse elemento.⁹⁵

O mencionado autor compreende, portanto, que a falta da afetividade na vida humana gera repercussões negativas e causa danos, vindo a comprometer a própria realização e felicidade. Ora, a felicidade é a meta de todas as vidas, procurada por caminhos diversos, mas em todos eles, por meio de afetos.

E o primeiro de todos os afetos não é senão o afeto que vem dos pais. O amor da mãe, o limite do pai, a presença parental de amparo, carinho e cumplicidade. Uma falha na realização desse primeiro afeto pode acarretar deficiências emocionais para o resto da vida, razão pela qual é justificada a condenação por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Justamente nesse sentido, segue a argumentação de Arnaldo Rizzardo:

O mais grave, porém, e com maiores repercussões negativas, está na privação do filho da convivência de um dos progenitores, decorrente daí uma grande carga de carência e frustrações de ordem emotiva, sentimental e afetiva. É direito dos filhos, e impõe-se por reclamo da natureza humana, a convivência com o pai e a mãe. Não interessa a separação destes últimos, ou a completa incompatibilidade de um em relação ao outro. O pai ou a mãe que não forma a entidade familiar com os filhos está obrigado a buscar a convivência regular em datas previamente combinadas, de modo a manter alguma participação na vida dos mesmos, acompanhando seu desenvolvimento, participando das necessidades que lhe são inerentes, e dispensando a afetividade, o carinho, o desvelo, a amizade e a autoridade que tanto necessitam para o sadio e normal crescimento.

Impedir a efetivação desse impulso [natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento] que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo de outras afecções. Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da

⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002.** p. 685-686.

mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade.⁹⁶

Ainda nesse sentido, Maria Isabel Pereira da Costa afirma que “negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho”⁹⁷, de modo que a visita ao filho é mais do que direito do pai que não detém a guarda, é um dever a ser exercido. Assim, face a tantos prejuízos que o abandono pode causar, especialmente na fase de construção da personalidade, deve-se perquirir pelo preenchimento dos requisitos da Responsabilidade Civil a fim de concluir pela possibilidade ou não de condenação ao pagamento de indenização.

Quanto a essa possibilidade, Washington de Barros Monteiro afirma que “se os deveres inerentes ao poder familiar são descumpridos com danos aos filhos, além da suspensão e destituição do poder familiar (...) é perfeitamente adequada a aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil, com a condenação do genitor na reparação cabível”.⁹⁸

Portanto, da mesma forma que se procede em qualquer outro caso de Responsabilidade Civil, deverá ser analisada a existência de uma conduta ilícita do pai ou mãe, a existência do dano efetivo ao filho e o nexo de causalidade entre os dois elementos.

Ao ponderar sobre a conduta de um dos pais, Cláudia Maria da Silva afirma que:

É indubitoso que a negativa de convivência familiar importa nos ilícitos ora descritos que se tornam mais graves quando o agressor é o genitor que, embora reconhecidamente recebeu a prole, a ela não desfere o amparo afetivo, a assistência moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.
(...)

Tem-se então: um ato comissivo do pai ou responsável, consubstanciado numa conduta positiva e danosa ao desenvolvimento da personalidade do filho, ou um comportamento negativo, negligente, violador do dever legal, uma inexecução de comportamento exigido pelo legislador para o bem-estar do filho e, por fim, um abuso de direito propriamente dito⁹⁹.

Dessa forma, segundo a opinião da autora, a omissão afetiva do genitor que provoca dano ao filho configura ato ilícito, previsto no artigo 186 do Código Civil, posição que também é defendida por Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁰⁰. Contudo, importa sempre atentar

⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Op. Cit.** p. 692-693.

⁹⁷ COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto*. p. 33.

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. p. 428.

⁹⁹ SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho*. p. 140.

¹⁰⁰ A mencionada autora defende que “a conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar” *In: Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana*. p. 153

para o caso concreto, verificando-se se não há a presença de alguma das excludentes do artigo 188 do mesmo diploma legal que afastam o dever de indenizar, como atenta Maria Isabel Pereira da Costa:

Para fins indenizatórios pelos danos causados ao filho devido à ausência de afeto por parte de um dos pais, ou de ambos, não basta uma ausência temporária; não pode ser medida tão simplesmente pela ausência de uma visita ou outra, mas deve ser avaliada no contexto do exercício do poder familiar.

Só a ausência contínua e deliberada às visitas ao filho se constitui em forte indício de omissão de afeto.

(...)

Além da ausência de afeto, é necessária a avaliação do grau de culpabilidade pela omissão do afeto.

É preciso verificar se o agente é imputável e se não agiu ao abrigo de alguma excludente de culpabilidade – legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou dever legal de agir – e ainda, por exemplo, se a omissão decorreu em razão de doença, física ou mental do genitor ou por total desconhecimento da relação de paternidade-filiação por parte do genitor e, ainda, pelos entraves colocados pelo genitor que tem a guarda etc. Em resumo, é imprescindível analisar o caso concreto para averiguar se a conduta dos pais resultou de culpabilidade na modalidade dolosa ou culposa; não havendo culpa no sentido *lato*, não há que se falar em indenizar.¹⁰¹

Assim, conforme essa corrente positiva, que defende a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, o genitor que deixa de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, que deixa de observar os preceitos constitucionais e infraconstitucionais de proteção à criança e ao adolescente está cometendo ato ilícito, ainda que essa omissão se dê apenas no aspecto afetivo.

O dano, por sua vez e conforme já afirmado, é de difícil constatação nesses casos, visto que se refere à esfera subjetiva do filho, muitas vezes não havendo nenhuma expressão no mundo exterior, mas tão somente dor e angústia, efeitos que não podem ser mensurados. Por fim, o nexa causal, deve ser constatado no sentido de que a omissão parental tenha relação direta com o dano sofrido pelo filho.

Por essa razão, havendo o dano efetivamente comprovado ao filho, omissão voluntária (dolo ou culpa) e nexa de causalidade, torna-se devida a indenização, uma vez que a vida humana só se edifica com a presença de amor, de respeito e participação familiar¹⁰².

¹⁰¹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. p. 35-36.

¹⁰² SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 13 dez./jan. 2010. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. p. 115-116.

Entretanto, há também quem pondere o assunto de forma mais incisiva, como Mário Luiz Delgado, que afirma que o dano moral no âmbito das relações de família pode ser configurado como a simples violação dos direitos personalíssimos, sem importar os aspectos subjetivos da vítima. Veja-se:

No caso específico de responsabilidade civil por dano moral no âmbito das relações de família, não podemos deixar de nos referir ao conceito de dano moral: ao contrário do que afirmam muitos autores, o dano moral não é a dor ou o constrangimento, nem muito menos o sofrimento ou o desconforto experimentado pela pessoa. Dano moral é simplesmente o dano decorrente de violação a direito da personalidade, pouco importando os aspectos subjetivos da vítima. O dano moral não pode ser identificado com a dor exatamente pela impossibilidade de qualquer mensuração do sofrimento. Não há como se estabelecer graus de dor. É isso é importante destacar para que não se fale em patrimonialização dos sentimentos. Havendo violação de direito da personalidade, surge o dever de indenizar, pouco importando os sentimentos da vítima.

Vejamos o caso concreto da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais. Já dissemos, em tópico anterior, que a família, dentro de uma concepção funcionalizada, deve assegurar a realização da personalidade de seus membros. O abandono afetivo causa um dano à personalidade do indivíduo, na medida em que atinge a sua integridade psíquica. O direito ao afeto parental é um dos pressupostos para o desenvolvimento psíquico de qualquer pessoa.

Não se trata de patrimonialização do afeto, mas, compensação ao dano moral sofrido, a qual não precisaria sequer ter cunho monetário.

Aliás, o ideal é que venhamos a encontrar uma solução alternativa de compensação desses danos, que não envolva indenização pecuniária, afastando, assim, essa conotação monetarista, que muito tem contribuído para o desprestígio de uma construção doutrinária substancial, que coíbe a violação dos direitos da personalidade no âmbito das relações internas da família e que vem ao encontro da exigência da dignificação da pessoa humana.¹⁰³

Assim, além de o autor defender a ideia de que é desnecessária a comprovação do dano, com o que não se pode concordar em razão da descaracterização do pressuposto da Responsabilidade Civil, defende também a possibilidade da condenação se dar de forma diversa do cunho monetário, o que também é proposto por Eliene Ferreira Bastos, ao afirmar que a indenização pode ser na forma de pagamento de tratamentos psicológicos¹⁰⁴.

De qualquer forma, no processo, a análise do magistrado sobre a valoração da indenização devida deve ser criteriosamente realizada após a comprovação do preenchimento dos requisitos da Responsabilidade Civil, além de levar em conta todos os aspectos envolvidos na situação concreta que se apresenta nos autos. É o que destaca Roselaine dos Santos Sarmiento, em criteriosa citação que se colaciona:

¹⁰³ DELGADO, Mário Luiz. Direitos de Personalidade nas Relações de Família. **Família e Dignidade Humana: ANAIS do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 734/735.

¹⁰⁴ BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. In: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coords.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 78.

Importa salientar que não será fácil valorar as indenizações nesses casos, pois uma vez comprovados os requisitos para a responsabilização civil, que são: a comprovação do nexo causal entre o elemento subjetivo do ofensor e o prejuízo do ofendido, restará aos magistrados tarefa não menos árdua de valorar os danos emocionais, psíquicos e sociais dos filhos causados pela má e/ou negligente conduta dos pais.

Frise-se também que é impossível obrigar pais e mães a amarem seus filhos, embora isso devesse ser instintivo e natural. E, igualmente, não existe instrumento jurídico capaz de induzir o amor. No entanto, a situação não implica necessariamente na simplista conclusão de falta de amor. Mas, sim, na falta de disciplina e orientação, que podem ser obtidas por determinações judiciais, impondo aos pais deveres que uma vez conhecidos devem ser cumpridos sob pena de sanções administrativas, civis e penais.¹⁰⁵

Das afirmações acima, feitas pela autora Roselaine dos Santos Sarmento, fica o questionamento acerca da finalidade da indenização. De fato, em situações como essa jamais se poderá retornar ao *status quo*, bem como não há condições para se transformar em valores o amor não recebido. Assim, para que serve a indenização? Claudia Maria da Silva afirma que:

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável¹⁰⁶.

Portanto, além da punição do agente pela ação reprovável que provocou danos, pode-se defender a existência de uma função pedagógica para a sociedade na condenação dos pais a indenizar um filho abandonado afetivamente. Além disso, a corrente que aceita a condenação, utiliza o argumento de que

Desestimular a prática da parentalidade irresponsável é diferente de obrigar uma pessoa a amar, isto porque a responsabilidade de dar assistência material e imaterial é uma obrigação civil capaz de gerar indenização pelo dano do vazio trata-se portanto de responsabilidade civil subjetiva. O amor pode surgir a partir da convivência e nunca da ausência.¹⁰⁷

Assim, a condenação, além de tentar compensar o dano injusto sofrido, visa inibir ações semelhantes e evitar que o mesmo mal seja causado a outros filhos, em outras relações.

¹⁰⁵ SARMENTO, Roselaine dos Santos. Pais Irresponsáveis, filhos abandonados: a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos menores. BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coords.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 238/239.

¹⁰⁶ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. ano VI, n. 25, ago./set. 2004. Porto Alegre: 2004. p. 143.

¹⁰⁷ BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. p. 79.

Não se trata de “monetarizar o afeto”, expressão já corriqueira na seara, mas sim de punir a falta de cumprimento das obrigações parentais, de compensar o dano causado e de desestimular ações semelhantes no futuro.

Nesse sentido, com base nos argumentos expostos, existem decisões que reconhecem o direito dos filhos de receber indenização pelo abandono afetivo infligido por seus pais, como se passa a analisar.

3.2.1 Entendimento jurisprudencial favorável segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça.

O abandono afetivo, recorrente na realidade social há muito tempo, aos poucos vem ganhando espaço na seara judicial. Claro que com o passar do tempo, cada vez mais casos vêm chegando ao crivo do Poder Judiciário, mas até o momento atual não há jurisprudência sólida num posicionamento uniforme acerca do assunto, especialmente no que toca aos tribunais superiores.

Aqui, a pesquisa ilustra o que vem sendo decidido pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande de Sul e aborda o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que, em decisão inédita, reconheceu o direito à indenização por abandono afetivo.

Inicialmente, cumpre destacar julgamento paradigmático realizado pela 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. Trata-se de ação número 141/1.03.0012032-0, proposta em 09 de maio de 2003, que transcorreu sob revelia do réu, regularmente citado. A sentença foi prolatada em 19 de setembro de 2003 e condenou o pai ao pagamento de duzentos salários mínimos à filha pelo abandono material e psicológico que lhe infundiu, tendo sido a primeira decisão a tratar de pedido de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo que teve trânsito em julgado no país.¹⁰⁸

Segundo consta na notícia veiculada pelo site Espaço Vital

O juiz de Direito salientou, na sentença, que "a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme". Ele comparou o dano à imagem

¹⁰⁸ Segundo informações constantes na página <http://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs> Acesso em: 10/04/2012

causado por rejeição paterna com o dano por acusação de débito injusta. *"É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer 'fui indevidamente incluído no SPC' a dizer 'fui indevidamente rejeitado por meu pai'"*, argumentou o juiz, entendendo que, se cabe ressarcimento por um dos danos, tanto mais caberá pelo outro.¹⁰⁹

Essa decisão pioneira no cenário jurídico nacional se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, levando em consideração a necessidade da filha de estar – e de sentir-se – junto do pai para seu desenvolvimento. A mencionada ação, em decorrência da revelia, não foi levada à apreciação do Tribunal de Justiça e, atualmente, está em fase de execução.

Outra decisão proferida em 1º grau, no Rio Grande do Sul, é oriunda da 2ª Vara Cível da Comarca de Bento Gonçalves, acatando a tese, condenou o pai ao pagamento de R\$ 54.000,00 pela falta de presença afetiva. A ação serviu para realizar o reconhecimento da paternidade e requerer os danos morais em razão da conduta omissiva e esquivada do réu em não assumir sua condição e função paterna¹¹⁰.

Já em sede de 2º grau, o Tribunal de Justiça gaúcho não tem se mostrado favorável a acolher a pretensão dos filhos abandonados, já que a maioria das decisões proferidas têm se mostrado no sentido de negar o pedido. Contudo, algumas decisões favoráveis merecem destaque.

A primeira trata de ação oriunda da Comarca de São Gabriel, através da qual o pai foi condenado ao pagamento de R\$ 35.000,00 a título de danos morais causados pela ausência injustificada na vida do filho, mais indenização por danos materiais. A decisão foi mantida em 2º grau, apesar de voto divergente do Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade no sentido de que a demanda deveria ser julgada improcedente em razão da falta de comprovação de dano sofrido pelo autor¹¹¹.

Os fundamentos da decisão favorável são no sentido de que, mesmo não podendo considerar a falta de amor como ato ilícito, existem deveres e direitos que resultam do vínculo familiar que devem ser respeitados independente do sentimento. Dessa forma, o abandono

¹⁰⁹ Notícia veiculada no site <<http://www.espacovital.com.br/noticia-2040-stj-julga-na-proxima-semana-caso-inedito-sobre-responsabilidade-civil-do-pai-por-font-colorredstrong>> Acesso em: 10/04/2012.

¹¹⁰ Notícia veiculada no site <<http://www.espacovital.com.br/noticia-24365-pai-ausente-deve-reparar-dano-moral-causado-filho>> Acessado em: 10/04/2012.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70021427695**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Cláudio Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 29 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

voluntário e injustificado ao filho viola o disposto no artigo 1.634, II, da seção que disciplina exercício do poder familiar no Código Civil, o que enseja o dever de indenizar.

Outro caso enfrentado pelo Tribunal de Justiça gaúcho também abarca o aspecto da revelia do réu, que se manifestou apenas na fase recursal. Neste, foi fixado pelo juízo *ad quo* o valor de cem salários mínimos a título de indenização, mantido pelo juízo *ad quem*, tendo em vista a extensão dos danos comprovadamente provocados ao autor e as condições financeiras do réu¹¹².

A decisão foi fundamentada no fato de que a omissão do pai configurou ato ilícito, pelo descumprimento dos preceitos do artigo 227 da Constituição Federal, do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e, da mesma forma que o julgado anterior, do artigo 1.634 do Código Civil.

Além disso, importa destacar o julgamento da Apelação Cível número 70019263409, em que apesar de negado provimento ao recurso do filho abandonado, mantendo-se a improcedência da sentença, a então desembargadora Maria Berenice Dias proferiu voto pelo provimento do apelo, indo de encontro à posição adotada pelos demais integrantes da câmara.

Na ação referida, o genitor afirma que o autor é fruto de um relacionamento extraconjugal e que a sua presença na família que constituiu, onde possui outros dois filhos, iria causar conflitos, mas que quando ocasionalmente encontra o autor “sempre olha para o menino e o cumprimenta”. Pautada por essas declarações, a desembargadora, embora vencida em seu voto, afirma que a assertiva é absurda e que o Poder Judiciário “precisa enxergar que a postura desse genitor causa lesão ao perfeito desenvolvimento do filho, que não tem alguém para chamar de pai” e não pode tutelar essa omissão. Afirma ainda que

A falta de uma resposta do Poder Judiciário chancela a postura do pai. Estamos sendo co-autores do crime de abandono. Estamos rasgando o Código Civil que impõe ao pai o dever não só de sustento mas também de guarda, de convívio. Além disso, há flagrante afronta à norma constitucional que impõe tratamento igualitário entre os filhos. Este é um dos casos mais chocantes que já vi de confessada omissão da responsabilidade e de abandono afetivo, e a justiça não pode se omitir.¹¹³

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70021592407**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 14 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70019263409**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 08 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

Decisões como essa, sem dúvida, demonstram o desequilíbrio da jurisprudência ao tratar o assunto, evidenciando a sutileza e subjetividade da questão envolvida, que possui espaço tanto para argumentos favoráveis quanto desfavoráveis no mesmo processo.

Ainda, cumpre referir a decisão inédita do Superior Tribunal de Justiça, lançada no Recurso Especial número 1.159.242/SP, julgado em abril de 2012, a qual, por maioria, manteve a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo ao genitor para pagamento de indenização à filha afetivamente abandonada, minorando o valor para o montante de R\$ 200.000,00.

Até então, o Tribunal Superior vinha decidindo em sentido contrário, razão pela qual a referida decisão vem ocupar importante colocação no cenário jurídico, tendo sido, inclusive, objeto de destaque nos meios de informação, veiculada através de telejornais¹¹⁴ e sites da internet¹¹⁵.

A decisão foi relatada pela Ministra Nancy Andrighi, que afirmou: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. Segundo ela, não existem restrições legais à aplicação da Responsabilidade Civil nos casos atinentes às relações familiares, mesmo que a subjetividade inerente a esses casos dificulte a comprovação dos elementos que configuram o dano moral, quais sejam, dano, culpa do autor e nexa causal¹¹⁶.

A Ministra relatora considerou, ainda, que o dever de cuidado é essencial e inerente à função parental, podendo ser verificado por elementos objetivos, de caráter concreto, como a presença e o contato. Alertou também que “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. Nesse sentido, segue a ementa do julgado:

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 conseqüente 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.

¹¹⁴ Notícia divulgada nos telejornais Nacional, Bom Dia Brasil e Jornal Hoje, da Rede Globo, em 02/05/2012 e 03/05/2012, respectivamente.

¹¹⁵ A notícia do julgado foi também veiculada na internet através de vários sites de notícias, como o G1, disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/stj-ordena-que-pai-pague-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo.html>> e Folha de São Paulo, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1084438-stj-obriga-pai-a-pagar-r-200-mil-a-filha-por-abandono.shtml>> e sites de temática jurídica, como o Consultor Jurídico, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-02/turma-stj-manda-pai-indenizar-filha-abandonada-200-mil>>. Acesso em 03 mai. 2012.

¹¹⁶ Segundo informações constantes na página de notícias do Superior Tribunal de Justiça, disponível em <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em 03 mai. 2012.

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 provido.¹¹⁷

Conforme referido, a decisão é de vanguarda no Superior Tribunal de Justiça, abre um importante precedente e poderá servir de base para decisões futuras. Isso porque todos os julgados anteriores da Corte Superior acataram a tese da impossibilidade de condenação dos pais pelo abandono afetivo, sobre a qual se passa a discorrer.

3.3 A inaplicabilidade da condenação dos pais ao pagamento da indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo.

Assim como tudo na vida possui dois lados, não poderia ser diferente com relação à questão em comento, no tocante à indenizabilidade dos danos provocados por abandono afetivo. Existe a corrente positiva, que, como visto, defende a condenação e a corrente negativa, que inadmita a possibilidade de condenar o pai ou a mãe por não ter dedicado afeto a seu filho.

Vários são os argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência que segue a corrente para afastar a condenação, entre eles a impossibilidade de monetarizar as relações afetivas e de obrigar alguém a amar ou de impor judicialmente o encargo de oferecer amparo afetivo.

¹¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242/SP**, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 03 de mai. 2012.

De fato, há resistência em reconhecer o direito à indenização por abandono afetivo na esfera das relações familiares, tendo em vista o seu caráter eminentemente subjetivo. Além disso, conforme já mencionado, há sempre a dúvida quanto ao dano efetivamente sofrido pelo filho ou quanto à ilicitude da conduta do pai ou mãe.

De toda forma, ainda quando reconhecida a existência do dano provocado pela conduta ilícita, existe como barreira a dificuldade de acreditar na indenização pecuniária como forma de compensação pelo sofrimento, pela falta de amor. Nesse sentido, Sergio Gischkow Pereira se posiciona no sentido de que “em um momento em que se proclama o amor como ponto central e alicerce do novo Direito de Família, buscando afastar a prevalência do aspecto patrimonial, seria incoerente admitir a mensuração de sentimentos e impulsos eróticos através do dinheiro.”¹¹⁸

De acordo com o argumento, o dinheiro jamais serviria para medir a extensão dos afetos, bem como utilizá-lo para a finalidade indenizatória vai completamente de encontro aos fundamentos do Direito de Família, que coloca, então, o amor à frente de regras objetivas.

Da mesma forma, buscar as bases da Responsabilidade Civil e invocar o princípio da dignidade da pessoa humana não é o suficiente para justificar a condenação pecuniária, tendo em vista que o centro de toda celeuma gira em torno de sentimento não vivenciado, o qual jamais será compensado.

Assim, refletindo acerca dos requisitos da Responsabilidade Civil, Maria Isabel Pereira da Costa, discorre acerca do dano, afirmando que compensação pecuniária somente deve ser admitida de forma subsidiária, quando não fosse mais possível recompor o dano moral sofrido com tratamento terapêutico, o que, na espécie, seria o mais adequado:

Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a *psique* da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação.

A indenização feita diretamente em dinheiro para a vítima, pela omissão do afeto, só deveria ser permitida quando o tratamento terapêutico adequado para reparar o dano,

¹¹⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no direito de família: o perigo os excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade – dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 410

voltado ao *status quo ante*, não fosse mais possível, ou não fosse recomendável, pois ineficaz.¹¹⁹

De fato, a caracterização e delimitação do dano sofrido pelo filho é de extrema dificuldade, tendo em vista a subjetividade que lhe é inerente e o fato de que muitas vezes este nem mesmo se expressa no mundo exterior, mas tão somente é sentido na intimidade da vítima. Nesse sentido, Fernanda dos Passos afirma:

Quanto à característica de ‘certo’ necessária para um dano indenizável, é preciso enxergar que, se o dano realmente foi desencadeado pela falta de amor esperado, ele não terá um ponto final. O dano não terá cessado no momento da propositura da ação e, provavelmente, poderá até aumentar com o decorrer do tempo.

Para um dano desse tipo seria necessário **inventar** uma indenização *ad aeternum*, quase uma prisão perpétua aplicada ao Direito Civil.

No momento da propositura da ação não é possível mensurar o dano pois ele não tem começo, nem fim.¹²⁰

Com base nesses dois argumentos, evidencia-se a dificuldade encontrada em lidar com a comprovação do dano pelo abandono afetivo. Inobstante, seguindo a análise quanto aos requisitos da Responsabilidade Civil, cabe destacar a opinião de Antonio Carlos Mathias Coltro no que toca à conduta ilícita. Afirma o autor que a falta de assistência afetiva não é ato voluntário do pai ou mãe, visto que é relacionada aos sentimentos e impossível de controlar:

Ao determinar que o causador do dano a outrem seja responsável pela indenização correspondente, o art. 186 do Código Civil tem em vista a prática do ato ilícito em que, caracterizados os requisitos a ele necessários, contra quem quer que seja, inclusive o cônjuge, companheiro ou o filho, quanto a que e respeitado o entendimento contrário, não se pode ter como inseridas as situações acima referidas e que têm a ver com sentimentos, cujo controle é impossível pretender que se possa dominar e cuja ausência, muita vez, tem origem em circunstâncias de ordem psicológica e que ensejam mais tratamento daquele que esteja em tal condição, mas não em sua sujeição a indenizar o que não pode de forma natural proporcionar e, que, sem qualquer dúvida, não será compensado por qualquer que seja o valor que se estipule!¹²¹

Completando sua exposição, o autor destaca que o descumprimento das funções parentais já encontra sanções previstas no próprio ordenamento legal pátrio e que, no tocante ao amor, essas devem emanar naturalmente da relação pai/mãe-filhos e não ser imposta por quem quer que seja:

¹¹⁹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. p. 37.

¹²⁰ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/falta-de-amor-um-ato-il%C3%ADcito>> Acesso em: 17 mar. 2012.

¹²¹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. p. 491.

Não há discutir sobre os deveres que os pais têm em relação aos filhos, inerentes ao exercício do poder familiar e a que expressamente alude o Código Civil, nos arts. 1.630 e seguintes, estabelecendo-se, ademais, a eventual suspensão ou mesmo a perda desse poder-dever como consequência do seu descumprimento por aqueles a quem a lei incumbe sua observância, cumprindo a lei ordinária o quanto emerge da Constituição Federal, ao especificar os princípios maiores a serem observados nas relações paterno-materno-filiais.

(...)

Como aludido anteriormente, a atenção e o cuidado dos pais pelos filhos, como manifestação do amor, é algo natural e que advém, *normalmente*, do só fato da paternidade e maternidade, sem que seja possível imaginar que sentimento de tal ordem possa ser imposto a quem que quer seja e que, em função de sua inexistência (por mais absurdo e estranho que isso possa soar), a condenação do genitor possa *compensar* o filho por aquilo que e de forma lamentável não tenha sido possível àquele manifestar a quem deveria ser dela destinatário.

Será que respeita a dignidade da criança impor-se ao genitor uma condenação ao pagamento de valor em dinheiro pelo fato de não ter ele destinado a ela atenção necessária e devida?

Pedindo licença aos que se posicionam contrariamente, entende-se ser negativa a resposta. Aliás, e no que toca à dignidade, parece-nos que conduta conforme a referida serve a indicar, sim, a própria indignidade, mas do genitor, como pessoa, por conta da falta de respeito que indica ter em relação a si próprio¹²².

Nessa linha, o afeto que se destina ao filho deve emanar dos pais de forma natural, não havendo a possibilidade de se impor tal sentimento. Assim, na impossibilidade de exigir uma conduta diversa, tendo em vista a falta de voluntariedade, não há que se falar em ilicitude do ato de não amar. No mesmo sentido, afirma Fernanda dos Passos:

Portanto, perquirir culpa de um pai por não amar o filho, ou o filho por não amar o pai, é inócuo; é querer que o Direito determine o amor, o que é, no mínimo, um contra-senso. O amor esperado pelo senso-comum é apenas uma expectativa, não uma realidade.

(...)

Tal dano não foi provocado por conduta ilícita do pai, pois afeto, carinho são dados e conseguidos de maneira espontânea. Nenhum sentimento pode ser imposto, assim, não há como falar em uma conduta ilícita ensejadora de dano injusto.

O dever de visita pode até ser imposto por decisão judicial, mas presença não significa afeto. O fato do pai ser presente não significa que será estabelecida relação amorosa entre pai e filho. A simples presença paterna não garante boa formação psicológica de um filho; pode, até mesmo, ser fator de deteriorização da formação filial, dependendo das características do pai.¹²³

Dessa forma, na hipótese de se considerar a impossibilidade de atestar a existência ou de mensurar a extensão do dano, bem como de reconhecer como ilícito os atos de omissão decorrentes da falta de sentimento no caso concreto, não se fará necessária a análise do nexo de causalidade.

¹²² COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. p. 501.

¹²³ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?**

Ainda, afirma a corrente negativa que restam prejudicados os objetivos de todas as funções atribuídas à indenização, quais sejam, a compensatória, punitiva e dissuasória. Ora, conforme afirmado, compensar afeto com dinheiro não é eficaz, tendo em vista que afeto é afeto e dinheiro é dinheiro, cada um se presta a atender uma gama de necessidades, que não se confundem.

Por sua vez, a função punitiva não poderá ser alcançada em razão de que a conduta do pai/mãe não é voluntária, ou seja, não houve a decisão de não amar ou de deixar de amar, isso simplesmente aconteceu, e, ainda, o próprio Código Civil prevê sanções para quem deixa de realizar as funções parentais, não cabendo à Responsabilidade Civil tal função.

No mesmo sentido, a função dissuasória também não tem razão de ser, vez que ninguém sentirá afeto por outrem pelo medo de, mais tarde, ser condenado a pagar alguma indenização, em razão da já mencionada naturalidade dos sentimentos.

Assim, questiona-se quais as vantagens de receber indenização com base no sofrimento moral decorrente do abandono? Nesse sentido, interessa destacar o mencionado por Ivone M. Candido Coelho de Souza:

Impõe-se, porém, indagar das vantagens de reduzir uma ligação já inviabilizada a penalidades econômicas, a cifras. Sobre que tipo de vínculo pai(réu)-filho se estará dispondo? É muito pouco provável que onerar financeiramente o pai faltoso reverta em algum suporte amoroso compensador para a criança. Ao contrário, com base na punição se incorrerá em riscos talvez maiores que a ausência do pai propriamente dita¹²⁴.

Ora, o objetivo da ação indenizatória é, justamente, recompor o dano ou, quando da impossibilidade, compensá-lo. O que se objetiva, portanto, com a ação de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo? Recompor o dano significaria ter o afeto de quem deixou de dedicar-lhe seus sentimentos, enquanto que compensar seria suprir a falta do afeto com algo equivalente. Não é possível recompor um dano provocado por falta de afeto, da mesma forma que não é possível compensar as dores sofridas com dinheiro, pois o vazio continuará existindo, e o dinheiro, por sua vez, suprirá outras faltas, mas não essa.

Fernanda dos Passos, ao analisar as funções da Responsabilidade Civil, critica a utilização do Poder Judiciário para tratar das dores de afeto afirmando que

¹²⁴ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. p. 64.

Ao tratar da função da responsabilidade civil é que se tem ainda mais claro o caráter de inutilidade da prestação jurisdicional em casos de não formação do vínculo afetivo entre pai e filho, pois se realmente há um vazio deixado pela expectativa de amor paterno, este não será compensado por dinheiro.

Também não restará configurada a função de ensinamento para a sociedade, pois nenhum amor verdadeiro surgirá pelo medo de reprimenda indenizatória.¹²⁵

Nessa linha, a condenação ao pagamento de indenização poderia acabar com qualquer intenção do filho de receber afeto do pai/mãe ausente, tendo em vista que as mágoas, ressentimentos, frustrações virão à tona no processamento da ação judicial, o que acabaria por inviabilizar qualquer (re)aproximação.

Seguindo o mesmo raciocínio, Ivone M. Candido Coelho de Souza afirma que

Monetarizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto muitas vezes de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis, longe de ser um instrumento de aquisição ao interesse do filho, pode ao contrário, redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado.¹²⁶

Em assim sendo, a interferência do Poder Judiciário, que, em tese, serve para apaziguar e resolver os conflitos, se destinaria a desestabilizar ainda mais as situações enfrentadas no núcleo familiar. A sentença, que encerraria o processo, não traria fim efetivo ao problema, podendo até majorá-lo. Ressalta-se que o nódulo afetivo muitas vezes é gerado tão precocemente que a reinclusão dos afetos nos devidos lugares é tarefa árdua para a própria psicologia, tanto mais para o Poder Judiciário, de modo que uma condenação jamais servirá para qualquer tipo de reparação do dano.

Além disso, a corrente em comento afirma ser impossível para o Poder Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, da mesma forma que não há como se quantificar pecuniariamente eventual prejuízo moral sofrido pelo filho preterido. Nesse sentido, Francisco Alejandro Horne se posiciona afirmando que não é possível condenar alguém a indenizar danos causados pela negativa de afeto parental, visto que tal atitude significa monetarizar o afeto e violar a liberdade afetiva. O autor sustenta que:

Por mais que o pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável, esses deveres não podem invadir o campo subjetivo do afeto. A negativa deste, não implica em um dano juridicamente indenizável, visto que outros elementos podem realizar a função paterna.

¹²⁵ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?**

¹²⁶ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. p. 73

Não se está aqui a afirmar, que a atitude de um pai que não quer ver seu filho seja louvável, pelo contrário, é uma atitude moralmente reprovável. Entretanto, ser a favor da monetarização do afeto e conseqüentemente dos danos morais por negativa deste, seria monetarizar o amor, o afeto.

Ao quantificar o afeto, outras situações poderiam ensejar a reparação civil. Haveria dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto, um pai, que possui dois filhos, entretanto, gosta mais de um do que do outro, poderia ser obrigado a ressarcir o filho prejudicado. Enfim inúmeras situações surgiriam no dia a dia com base na quantificação do afeto

Invertendo a situação. Poder-se-ia pensar em danos decorrentes do excesso de afeto, a chamada super-proteção afetiva. Desse modo, o judiciário invadiria o campo afetivo terminando por decidir se houve ou não afeto o que corresponde ao campo do subjetivo.

A liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho.

Ademais, a responsabilidade civil ocupa uma função preventiva. Caso a negativa de afeto gere responsabilidade civil, não seria possível adotar providências acautelatórias preventivas, pois dessa forma o direito forçaria o pai a visitar a criança, supondo que visitar implica amar.

Parte da doutrina que admite o ressarcimento por abandono afetivo acredita que a simples presença do pai já supre a carência afetiva do filho. Todavia, existe uma quantidade infinita de pais que por mais que se façam presentes fisicamente, não dão afeto aos filhos, os maltratam, ou pior, os destratam.

A maior punição que pode receber um pai que não deseja seu filho afetivamente e o abandona, é não ter o prazer de conviver em uma das relações mais maravilhosas que existe sobre a face da terra. Relação esta, onde ambos aprendem um dos verdadeiros sentidos da vida. O amor!¹²⁷

É natural que os pais amem os filhos. Contudo, esse amor, nasce tão somente da convivência, do conhecimento, do compartilhamento de experiências, da descoberta de afinidades e não é decorrente da carga genética, do vínculo biológico. O afeto nasce, surge, acontece naturalmente, sem imposições, obrigações ou expectativas. Assim, esperar carinho de quem não tem amor para dar, pode ensejar danos que justifiquem a indenização? A frustração pelo afeto não recebido configura uma causa justa para dar início à uma ação indenizatória?

Nesse sentido, Fernanda dos Passos afirma que

À primeira vista, poder-se-ia afirmar que se trata, *in casu*, de dano moral. Porém, alargar o conceito de dano moral para atingir um dano provocado pela expectativa de amor entre duas pessoas é querer que o direito interfira em um campo completamente alheio à razão humana.

Por outro lado, um vazio provocado por falta de amor não é, nem mesmo, 'compensável'. Poder-se-ia argumentar que a discussão sobre a patrimonialização de determinados bens já está superada.

¹²⁷HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>> Acesso em: 17 mar. 2012.

No entanto, o amor é algo muito mais além. Nada compensa um vazio deixado pelo amor; uma decisão judicial não tem força para imprimir que este dano seja diminuído.

Somente a presença do amor buscado poderia diminuir o prejuízo sofrido pelo filho. Porém, o amor é livre e não aceita determinações de qualquer monta.

Assim, para ser indenizado precisar-se-ia tratar de dano injusto e o amor, ou melhor, a falta deste, não comporta as características de justo ou injusto. Ele apenas acontece.¹²⁸

Com esses argumentos, posiciona-se a corrente no sentido de que não há que se falar em condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo. O amor entre pais e filhos traduz-se na sua forma mais sublime, na qual não se espera nada em troca. Sente-se simplesmente pelo prazer involuntário de sentir. Claro, é cristalino que a ausência de assistência afetiva dos pais gera no filho um vazio, mas este jamais será preenchido pelo dinheiro e uma decisão judicial jamais fará com que um pai ou uma mãe passe a dedicar mais carinho ao filho que até aquele momento, abandonou. Há, sim, o dever de sustentar, de fornecer meios de desenvolvimento físico, moral e intelectual, mas não há – e não poderia haver – o dever de amar. Ora, segundo o mesmo autor,

Infelizmente (ou, felizmente, talvez!) ninguém tem um direito ao amor. Este é uma aspiração de qualquer ser humano, mas que depende do acaso. Não se pode exigir o não concretizado, porque não é da índole do amor a sua obrigatoriedade; ele não pode ser objeto de troca.¹²⁹

Pelas razões expostas, denota-se que a corrente dita negativa apresenta diversos argumentos defendendo a impossibilidade de condenar o pai ou mãe ao pagamento de indenização por danos morais causados ao filho pela ausência de afeto. Muitos desses argumentos são desenvolvidos pelos tribunais e fundamentam as decisões que julgam improcedente a pretensão do filho abandonado, conforme se passa a expor.

3.3.1 Entendimento jurisprudencial desfavorável segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunais Superiores.

Há quem defenda que o conflito afetivo entre pais e filhos não deve ser dirimido pelo Poder Judiciário, não se tratando, entretanto, de desconsiderar o princípio constitucional da

¹²⁸ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?**

¹²⁹ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?**

inafastabilidade do Poder Judiciário, mas sim de simples caso em que o Poder Judiciário não poderá apresentar solução adequada à lide.¹³⁰

Dessa forma, embora a indenizabilidade do dano moral por abandono afetivo conte com a defesa de diversos autores, ainda não encontra grande guarida no Superior Tribunal de Justiça, bem como no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apesar de diversas decisões de 1º grau terem reconhecido o pedido.

De fato, a questão é extremamente subjetiva e devem ser levados em consideração todos os aspectos que compõe a lide. Nas ações que chegam à apreciação do Poder Judiciário gaúcho, porém, mesmo após a apreciação de todos os aspectos, a extrema maioria das decisões é contrária à possibilidade de indenização.

Ressalte-se que vários julgados apontam para o fato de que o Tribunal de Justiça não afasta a possibilidade de dano moral nas ações de família, contudo, deve ser reconhecido em situações especialíssimas e quando estiverem comprovados os requisitos da Responsabilidade Civil, de modo que o dano deve estar comprovado e ser decorrente de ato ilícito do pai/mãe.

Nesse sentido, é de se ressaltar que a maior dificuldade apontada nos julgados é referente à comprovação do dano, o qual, segundo a jurisprudência majoritária, não é *in re ipsa*, ou seja, não decorre do próprio fato, mas, sim, deve ser comprovado. A exemplo mencionam-se os acórdãos n. 70025687609, 70024351322, 70026428714, 70030142285, 70036776078, 70039266200 e 70045481207, salientando a ementa que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO.

Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação.
(...)¹³¹

Assim, segundo o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não basta afirmar a existência do dano, deve-se comprová-lo para que seja preenchido um

¹³⁰ PASSOS, Fernanda dos. **Op. Cit.**

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. **70022648075**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

dos requisitos indispensáveis da Responsabilidade Civil, sem o qual não há que se falar em indenização.¹³²

Além disso, quanto à conduta do pai (que, na maioria dos casos, é o causador do abandono), cita-se o julgado número 70044172401, relatado pelo desembargador Luis Felipe Brasil Santos, o qual alerta que o distanciamento entre os pais e os filhos, embora lamentável, é um fato bastante recorrente e que faz parte da vida, não gerando causa para danos morais.

Nesse mesmo sentido, de que a falta de relacionamento afetivo entre os pais e seus filhos é fato da vida e que, embora lamentável, não constitui, em si, a violação de direito algum, importa destacar trecho esclarecedor da fundamentação do voto do desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves no acórdão da Apelação Cível número 70026680868¹³³:

Assim, o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao já vulgarizado princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui mera variável axiológica, pois constitui antes um fato da vida. O pai pode ser compelido a cumprir com todas as suas obrigações assistenciais e a omissão pode ser suprida com providências de cunho jurisdicional, como por exemplo, ação de alimentos, regulamentação de visitas ou as diversas execuções.

Mas não se pode desconhecer que afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos.

Não é a mera presença de um pai na vida do filho que lhe assegura um desenvolvimento saudável, nem a ausência um fato impeditivo deste desenvolvimento, pois o mais importante é que o filho seja educado em um ambiente permeado pelo equilíbrio, onde as relações familiares sejam saudáveis, com ou sem a presença do pai ou da mãe.

Mas a presença de pai e mãe e a relação equilibrada entre ambos também não é garantia de que o filho vá ter um desenvolvimento equilibrado e saudável, pois existem inúmeros fatores internos e circunstanciais que balizam o desenvolvimento das pessoas. Pais ajustados podem gerar filhos desajustados, e a ausência do pai ou da mãe também não enseja condenação a uma vida permeada de conflitos...

Por essa razão é que devem ser evitadas soluções simplistas ou maniqueístas e somente em situações excepcionais é que se pode conceber a possibilidade de reparação por dano moral no âmbito do direito de família. Ou seja, quando se evidencia alguma situação anormal, grave ou teratológica, o que decididamente não ocorre no caso em exame, tanto que sequer foi descrita na petição inicial.

No caso, mesmo que possa ter havido um distanciamento entre o filho e o pai, este não violou qualquer direito daquele, de forma a constituir, de forma isolada, motivo para indenização.

A falta de carinho, de “afeto”, de amizade ou de atenções que denotem o amor paternal, é fato lamentável, mas não constitui, em si, a violação de direito algum.

¹³² Nesse sentido, destaca-se a posição divergente da então desembargadora Maria Berenice Dias, que proferiu voto no sentido de que o abandono, por si mesmo, gera os danos, os quais não carecem de comprovação. Tal fundamento pode ser encontrado no acórdão n. 70019263409.

¹³³ Nesse mesmo sentido é o acórdão da Apelação Cível n. **70029347036**, relatada pelo mesmo relator, datada de 11 de novembro de 2009.

Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, tenho que nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro.

Afinal, é preciso ter em mira que ninguém pode ser compelido a dar o que não tem. Quem não ama não pode dar amor que não sente, e quem não sente afeto não pode ser compelido a demonstrá-lo.¹³⁴

Ainda sobre a conduta, acrescenta-se que, para afastar a pretensão indenizatória, tem sido utilizado nos julgados o argumento de que o dano moral ensejador da reparação pecuniária deve ser aquele que caracteriza o repúdio paterno ao reconhecimento do filho, aliado a falta de amparo afetivo e moral, ou seja, quando há o desconhecimento da paternidade, não há que se falar em abandono afetivo, ou ato ilícito. Nessa linha, com fundamento de que não se pode considerar como ilícito o desamparo afetivo de quem desconhecia o atributo de pai, pode-se mencionar os julgados números 70021633128, 70024047284, 70026428714, 70029951639, 70029285277, 70029987013, 70033848615, 70034280040, 70037125168, 70033931593 e 70046220463.

Também há de se mencionar o entendimento de que os danos hão de ser amenizados mediante a aproximação entre as partes a permitir a construção de verdadeira relação de amor e respeito entre pai/mãe e filho e não com indenização. Tal posição se encontra presente nas apelações cíveis números 70022661649 e 70026428714, entre outras. Para ilustrar o argumento, colaciona-se o trecho a seguir, extraído do acórdão número 70016263923:

Se tanto o pai quanto a filha tiverem a grandeza de perdoarem as faltas que um e outro possam ter cometido, se cada um conseguir superar as suas dificuldades pessoais e minimizar ou sublimar as mágoas porventura existentes, certamente terão ganhos afetivos e serão mais felizes. Mas o certo é que esse conflito, que ainda persiste, não poderá ser resolvido com qualquer indenização. Pelo contrário...¹³⁵

Além disso, no julgamento de algumas apelações foi reconhecida a ocorrência da prescrição sob fundamento de que o pedido de reparação civil por abandono moral nada tem a ver com direitos de personalidade, direitos fundamentais ou qualquer outra garantia constitucional, de modo que a pretensão se sujeita a lapso prescricional de três anos, conforme

¹³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70026680868**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 25 de março de 2009. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70016263923**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de outubro de 2006. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

se infere dos julgados números 70028673572, 70040615510 e 70036286664, sendo que do primeiro, por pertinente, se transcreve parte do voto do seu relator:

Observo, por oportuno, que o pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional, como todo e qualquer pleito reparatório civil.¹³⁶

Também há precedente de julgamento sem resolução de mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido, apesar de considerar justa a pretensão do autor, tendo em vista a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de qualquer regra que obrigue alguém a manter qualquer tipo de relacionamento afetivo com outrem. Assim, assevera o desembargador André Luiz Planella Villarinho, em julgado de sua relatoria, que tal fato excede a esfera jurisdicional e não pode ser objeto de julgamento pelo Poder Judiciário. Transcreve-se:

A paternidade requer envolvimento afetivo, não o “direito” decorrente da certidão de nascimento. Ela se constrói com o passar do tempo, através da dedicação, atenção, respeito, carinho, amizade e proteção, razão pela qual a pretensão do autor é absolutamente devida e justa.

Mas não se pode impô-la.

Inexiste no ordenamento jurídico regra que obrigue uma pessoa amar a outra ou dedicar-lhe afeto. Sequer é punível o fato de o apelado não sentir amor pelo apelante, sendo que as indagações de ordem espiritual e moral em torno da questão escapam da esfera jurisdicional, não podendo ser objeto de julgamento pelo Judiciário.¹³⁷

Além disso, importa destacar o argumento recorrente acerca da impossibilidade de obrigar alguém a amar, que é frequente nos julgados do Tribunal de Justiça riograndense, conforme se observa da fundamentação de voto a seguir transcrita:

Não se pode desconhecer que afeto é conquista e exige reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre uma pessoa e os filhos de outra, mormente quando exista dúvida acerca do liame parental...¹³⁸

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70028673572**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 30 de setembro de 2009. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70044341360**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 23 de novembro de 2011. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70018130211**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 28 de março de 2007. Disponível em <

Além disso, não se pode olvidar que existe a dificuldade de avaliar quantitativamente o afeto e o amor, conforme avalia o já mencionado desembargador André Luiz Planella Villarinho ao afirmar que, “cumpre observar que é muito difícil quantificar o dano que o abandono afetivo possa provocar no ofendido, já que amor e afeto devem ser dados espontaneamente, como manifestações naturais do relacionamento humano.”¹³⁹

Nessa linha, há também posição jurisprudencial no sentido de que, em razão da impossibilidade de avaliar quantitativamente o dano, a falta de afeto não pode ser considerada como um dano indenizável, conforme se afere abaixo:

Na verdade, a queixa do apelante diz com atos de *desamor* que seu pai teria incorrido. Mas afeto e amor não se pode avaliar quantitativamente, não sendo possível aferi-los como dano indenizável, mas como *dano que haveria de ser evitável* pelo pai. Não o sendo, não há como dimensioná-lo em dever de indenizar. Assim, a obrigação ao afeto não pode ser quantificada de maneira objetiva, podendo, quando muito, ter conseqüências punitivas ou dissuasórias ao pai faltoso ou omissor. Acrescento, por fim, que os danos psicológicos advindos da ausência de qualquer vínculo afetivo entre as partes, ao contrário de serem reparados por meio de indenização financeira, hão de ser amenizados mediante a aproximação entre as partes, a permitir a construção de verdadeira relação de amor e respeito entre pai e filho. No caso em julgamento, embora presumível que possa ter ocorrido a ausência e omissão de afeto e carinho do pai ao filho, ora recorrente, não vislumbro se possa aqui, como solução, atribuir-se a obrigação indenizatória, da lei civil ao agente “provocador”, como meio reparador do dano sofrido pelo autor, com sanção pecuniária.¹⁴⁰

Assim, da análise da jurisprudência até aqui colacionada, percebe-se que a posição majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é no sentido de que mesmo que o pedido seja julgado, transite em julgado e entre para o “rol dos problemas solucionados” no mundo jurídico, a causa de pedir ainda será problema no mundo dos fatos, pois, ali, a situação, além de não resolvida, pode restar ainda pior. A afirmação do desembargador Alzir Felipe Schimitz, em julgado de que foi relator, serve para ilustrar o exposto:

Por fim, o presente feito, mesmo solucionado na esfera jurídica, possivelmente deixará sem solução breve a questão do afeto, pois, se era afeição o que o autor

<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70022661649**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 14 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70024351322**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 19 de novembro de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

queria, por certo dificultou a sua progênie, eis que o caminho trilhado através do litígio é mais longo e tormentoso.¹⁴¹

Dessa forma, mais do que nunca, evidencia-se a necessidade de encarar o litígio de maneira interdisciplinar, empregando conhecimentos de variadas áreas a fim de se aproximar da melhor solução.

Ressalta-se, ainda, que em relação à posição do Superior Tribunal de Justiça, essa era desfavorável ao pedido de indenização por danos morais pelo abandono afetivo até o julgado emanado em abril de 2012, conforme mencionado anteriormente.

A primeira demanda a chegar ao conhecimento da Corte Superior, julgada em 2005, é oriunda de Minas Gerais e, pela maioria, foi dado provimento ao recurso do réu para afastar a condenação lhe fora imposta pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segue a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁴²

Entre outros pontos, a decisão alerta para o fato de que a indenização não deve ser analisada sob a ótica do caráter punitivo ou dissuasório, pois para esse fim, já existe a perda do poder familiar, sanção prevista no Código Civil. Também afirma que um litígio entre as partes vai acabar por reduzir as chances de construção de afeto entre elas.

Por fim, o voto do relator, Ministro Fernando Gonçalves, foi no sentido de que “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Na mesma linha, também se destaca a afirmação do Ministro Cesar Asfor Rocha em seu voto, a qual já foi citada em diversos trabalhos, dada a sua pertinência acerca do tema:

Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. 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

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70029987013**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 18 de junho de 2009. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 757.411/MG**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 abr. 2012.

valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante.

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar novamente a questão através do Recurso Especial número 514.350/SP, adotou o mesmo posicionamento e não conheceu o recurso, conforme ementa que segue:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.¹⁴³

Já o Supremo Tribunal Federal, em julgados que chegaram ao seu crivo, não teve oportunidade de julgar o mérito da questão, tendo se pronunciado apenas no sentido da incidência de sua súmula 279, que dispõe sobre a impossibilidade de reexame de prova no recurso extraordinário. Assim se manifestou:

Para ultrapassar as premissas fixadas nas instâncias originárias, faz-se imprescindível o revolvimento do acerto fático-probatório dos autos e a interpretação da legislação infraconstitucional aplicável (Código Civil), donde se conclui que eventual ofensa à Constituição Federal, acaso existente, dar-se-ia de maneira indireta ou reflexa.

Incide, portanto, a Súmula 279 do STF.¹⁴⁴

A par de todos os argumentos trazidos à baila, conclui-se por certo que a temática é bastante controvertida. Fica o questionamento acerca do que traz mais prejuízos: a condenação pecuniária que pode romper totalmente qualquer esperança de futuramente construir ou reatar a relação afetiva, ou, ignorar a omissão parental permitindo que danos dessa natureza fiquem impunes e sejam perpetuados.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 514.350/SP**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 abr. 2012.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 845275/MG**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 abr. 2012. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 674638/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de março de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

Dessa forma, enquanto não houver legislação específica acerca do assunto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, com o tempo, deverão encontrar formas de pacificar as posições e os conflitos, encontrando ponto de convergência que melhor se adeque à situação fática. Nesse sentido, existe um projeto de lei em tramitação no Senado Federal que visa alterar alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente para fazer constar expressamente na lei o abandono afetivo como conduta ilícita, conforme se passa a expor.

3.4 Novas perspectivas.

O tema em comento, de fato, é bastante controverso como visto nos tópicos anteriores. Embora a Constituição Federal traga em seu bojo princípios e normas que regulamentem o tratamento da família no ordenamento jurídico, os quais são seguidos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não há norma que discipline a questão do abandono afetivo e que sirva de base para os magistrados fundamentarem as suas decisões, o que dá margem para diversas concepções acerca do assunto, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Nesse sentido, a nova perspectiva que se apresenta diz respeito a Projeto de Lei do Senado, que visa reconhecer expressamente a ilicitude do abandono afetivo.

3.4.1 Projeto de Lei do Senado n. 700 de 2007

O senador Marcelo Crivella apresentou, em 2007, o Projeto de Lei número 700, visando modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente para que o abandono afetivo seja expressamente considerado uma conduta ilícita capaz de ensejar a responsabilização civil, sem prejuízo das sanções penais¹⁴⁵.

Na justificção do projeto, o senador relata que:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227,

¹⁴⁵ Informações do Portal Atividade Legislativa do Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em 03 mai. 2012.

estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes - além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer - o direito à dignidade e ao respeito.

(...)

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

(...)

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Nessa linha, a principal modificação trazida pelo projeto, que segue na íntegra como Anexo C, seria no sentido de acrescentar ao artigo 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, um parágrafo único, com a seguinte redação:

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)

Dessa forma, o abandono afetivo seria definitivamente considerado uma conduta ilícita e a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente ensejaria a indenização.

O projeto está tramitando no Senado desde 06/12/2007 e, em havendo a votação e aprovação, a divergência doutrinária e jurisprudencial restará dirimida, vez que a existência de previsão legal acerca do assunto acabará por resolver a questão.

Entretanto, enquanto não houver definição pelo Congresso Nacional, as situações continuarão a ser decididas com base nas posições doutrinárias, construções jurisprudenciais e bom senso do magistrado, de acordo com cada caso.

CONCLUSÃO

A presente monografia, realizada na reta final do curso de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, abordou o tema do abandono afetivo, analisando a possibilidade de condenar os pais por danos morais provocados pela falta de afeto aos filhos frente ao ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios norteadores do Direito de Família, em especial o princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

A escolha do tema se deu a partir da reflexão acerca da vida humana, que, em maior ou menor proporção, gira em torno das relações afetivas. Assim, questionar as pessoas acerca da felicidade é remeter à análise, entre outros aspectos, da qualidade e da intensidade de seus afetos.

E o primeiro lugar onde se vivencia o afeto é a família, como o verdadeiro elo entre os membros do grupo familiar, muito além dos laços biológicos que, historicamente, a caracterizavam.

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao cenário jurídico uma nova concepção do conceito de família, desconsiderando o lado patrimonial e valorizando as questões pessoais. Nesse sentido, foram reconhecidas diversas formas de relacionamento como entidade familiar e os princípios ganharam espaço na interpretação e aplicação das diretrizes legais para a solução dos conflitos, especialmente no que toca ao Direito de Família, ramo de todo peculiar.

Uma das peculiaridades é a interdisciplinaridade com outras áreas do conhecimento, como a Psicologia e Sociologia. Nesse sentido, para dirimir as questões atinentes ao Direito de Família, como as que envolvem o dano moral pelo abandono afetivo, tema do presente trabalho, será necessário mesclar conhecimentos de diversas áreas e de diversos ramos do Direito, como a Responsabilidade Civil, que aqui foi analisada na forma de indenização por danos morais.

De fato, a própria Constituição Federal assegura o direito à indenizabilidade dos danos morais, em seu artigo 5º, inciso X. Assim, mesmo nas relações familiares, onde predomina a subjetividade e questões afetivas, de atenção e cuidado, é possível a ocorrência de danos que afetem o patrimônio moral, pois toda pessoa é portadora de direitos de personalidade que devem ser respeitados em qualquer circunstância. Assim, em havendo danos morais

decorrentes de conduta ilícita entre os membros de uma relação familiar, esses deverão ser indenizados.

Entre esses danos, incluem-se os decorrentes da falta de afeto. No estudo, percebeu-se quão importante é o afeto dos pais para o desenvolvimento saudável dos filhos. Não se trata apenas de sustentar e prover as necessidades materiais, mas sim de estar presente, acompanhar, dedicar tempo, doar amizade, companheirismo e cumplicidade ao filho.

Por isso mesmo é que a Constituição Federal estabeleceu as diretrizes da responsabilidade parental, sendo seguida pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e Adolescente. Por óbvio essa omissão dos pais, a ausência e falta de carinho geram no íntimo do filho um sentimento de abandono e desvalorização. Contudo, quanto à caracterização do dano e da conduta ilícita decorrentes dessa situação, existem divergências na doutrina e na jurisprudência.

Nos dois sentidos existem posições, tanto para defender a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, quanto para rejeitar. De fato, os argumentos expostos no trabalho pelas duas correntes são bastante fortes e convincentes, de modo que chegar a uma conclusão absoluta acerca da matéria consiste em uma difícil missão.

A análise dessas posições, em verdade, trouxe mais perguntas do que respostas. Por certo o “cuidado”, em sua concepção mais ampla, é um dever dos pais em relação a seus filhos, não devendo ser negligenciado. Contudo, na ausência de norma legal que determine expressamente a ilicitude dessa conduta omissiva, a falta de afeto dos pais pode ser considerada como um ato ilícito ou apenas como uma conduta moralmente reprovável? Ainda, a que fim se destina a ação indenizatória? O laço afetivo dificilmente será (re)construído após um litígio judicial e o vazio também não será preenchido pelo dinheiro.

Por outro lado, negar a possibilidade de indenização seria consentir com a inobservância do dever de cuidado, banalizar a função paterna e desconsiderar os sentimentos, os quais são balizadores da felicidade. Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a importante decisão proferida, recentemente, no Superior Tribunal de Justiça condenando um pai ao pagamento de 200 mil reais de indenização pelo abandono afetivo da filha. A notícia da decisão teve repercussão nacional e será paradigma para decisões futuras.

Contudo, mesmo com essa inovação da Corte Superior, não se pode dizer, em nenhuma hipótese, que a questão está pacificada, pois, conforme alegado anteriormente, existem muitas indagações que margeiam o tema central, referente abandono afetivo.

Além disso, existem novas perspectivas gestadas pelo Projeto de Lei número 700/2007 do Senado Federal, que visa à alteração de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, se aprovado e entrar em vigor, consolidará a questão no sentido de que o abandono afetivo será, sim, uma conduta ilícita passível de responsabilização civil.

Entretanto, enquanto não houver a definição legislativa acerca do assunto, o Poder Judiciário continuará proferindo suas decisões com base nas diferentes posições doutrinárias e nos princípios que regem a aplicação do Direito de Família, de acordo com cada situação fática e pautados pela sensibilidade e bom senso do julgador.

Conclui-se, por fim, que o Direito, especialmente o Direito de Família, não possui fórmulas exatas de aplicação. Cada caso é um caso, cada família é uma família, cada dor é uma dor e cada amor tem a sua própria medida. Assim, nessa seara, jamais se poderá falar de “ações em massa” ou “modelos de sentença”, pois a lei regula situações genéricas, que devem ser analisadas na sua especialidade.

Justamente por isso, é importante sempre repensar o direito sem modelos preconcebidos ou parâmetros pré-estabelecidos. Deve-se estar aberto a contemplar a vida como ela é, e a aplicar o Direito com vistas à realização do homem, tanto enquanto indivíduo quanto membro de uma família.

Por fim, basta preparar-se para as revelações da vida em sociedade, esperando que os horizontes se ampliem, que os magistrados estejam aptos para julgar humanamente e que o Direito seja utilizado para realização afetiva da pessoa, alicerçando a felicidade familiar.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. In: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coords.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2011.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Decretos-Lei. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 757.411/MG**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 514.350/SP**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 845275/MG**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com Agravo n. 674638/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de março de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70016263923**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de outubro de 2006. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70018130211**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 28 de março de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70019263409**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 08 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70021427695**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudir Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 29 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70021592407**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 14 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70022648075**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70022661649**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 14 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70024351322**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 19 de novembro de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70026680868**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 25 de março de 2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70028673572**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 30 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70029987013**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 18 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70044341360**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 23 de novembro de 2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

CASSETARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 9, n. 50, out./nov. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. rev., atu. e amp. do livro Dano e Indenização. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. In: MAMEDE, Gladston. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. ROCHA, Maria Vital da (Coords). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. **Direitos de Personalidade nas Relações de Família. Família e Dignidade Humana: ANAIS do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOMINGOS, Sérgio. A família como direito fundamental da criança. In: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coords.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>> Acesso em: 17 mar. 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** v. 12. out./nov. 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da Responsabilidade Civil. In: COUTO, Sergio. SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006).** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: COUTO, Sergio. SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006).** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MANRIQUE, Ricardo C. Perez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: DIAS, Maria Berenice. BASTOS, Eliene Ferreira. MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.) **Afeto e estruturas familiares.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. v. 2. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil.** 2. ed. rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família.** v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAI ausente deve reparar dano moral causado a filho. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/noticia-24365-pai-ausente-deve-reparar-dano-moral-causado-filho>> Acesso em: 10 abr. 2012.

PAI é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai_obrigado_indneizar_filha_abandono_afetivo_rs> Acesso em: 10 abr. 2012.

PARODI, Ana Cecília de Paula-Soares. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos.** Campinas: Russell Editores, 2007.

PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/ conteudo/falta-de-amor-um-ato-il%C3%ADcito>> Acesso em: 17 mar. 2012.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 11, n. 12, out./nov. 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Atualizado por Tania da Silva Pereira v. 5. 16. ed. rev. e atu. Rio de Janeiro: Forense 2007

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no direito de família: o perigo os excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade – dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. rev. atu. e amp. São Paulo: Método, 2001.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. Pais Irresponsáveis, filhos abandonados: a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos menores. BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coords.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. ano VI, n. 25, ago./set. 2004. Porto Alegre: 2004.

SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 13 dez./jan. 2010. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 13 dez./jan. 2010. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

STJ julga na próxima semana caso inédito sobre responsabilidade civil do pai por abandono afetivo do filho. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/noticia-2040-stj-julga-na-proxima-semana-caso-inedito-sobre-responsabilidade-civil-do-pai-por-font-colorredstrong>> Acesso em: 10 abr. 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira da Direito de Família**. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. v. 3. tomo 2. (Arts. 185 a 232). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. v. 4. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ANEXO A – EMENTA RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

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 provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

ANEXO B – VOTO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5.º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde

Superior Tribunal de Justiça

é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descurem do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexa causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no

Superior Tribunal de Justiça

vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

Superior Tribunal de Justiça

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação

Superior Tribunal de Justiça

à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: ' o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar* leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o

Superior Tribunal de Justiça

cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**, 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na

Superior Tribunal de Justiça

parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese 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.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda,

Superior Tribunal de Justiça

para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, 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

Superior Tribunal de Justiça

social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexu causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexu causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem

Superior Tribunal de Justiça

(26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valo da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.

ANEXO C – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700 DE 2007

PROJETO DE LEI DO SENADO nº. , de 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.

J U S T I F I C A Ç Ã O

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes - além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer - o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado

pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, "se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei". E mais: "O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação."

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: "Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária." (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do preedito art. 227 da Constituição?

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

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil: Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que Institui o Código Civil

"Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

.....

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

.....

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

.....

II - tê-los em sua companhia e guarda;"

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos

não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

.....

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão.

Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

.....

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões,

Senador MARCELO CRIVELLA