

A TUTELA JURÍDICA DO AFETO E SUA IMPLICAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Roberta Alves Bello
alves31rj@gmail.com

RESUMO

Trata este estudo de uma breve análise sobre a plausibilidade de indenização por danos morais oriundo do chamado abandono afetivo paterno, o princípio da afetividade e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Os avanços tecnológicos, culturais e biopsicossociais da humanidade, bem como as novas definições e formas de constituição das famílias possíveis, fizeram com que o afeto tomasse um novo prisma, ocupando um espaço cada vez mais significativo nas possibilidades de efetivação do constitucional direito à convivência familiar. De início, fez-se uma análise da família e sua evolução histórica, explicitando sobre a evolução da tutela jurídica do afeto em nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional. Em seguida, buscou-se discutir a paternidade e a chamada figura paterna, tentando enfatizar a diferença existente entre esses dois conceitos e a importância da figura paterna para o desenvolvimento do infante. Após, discorreu-se sobre alguns direitos e princípios aos quais fazem jus a criança e o adolescente, decorrentes dessa nova concepção jurídica após a constitucionalização do direito e sua positivação em nosso ordenamento pátrio. Na seção seguinte tratou-se exclusivamente da responsabilidade civil no direito de família, explicitando sobre todos os pressupostos para a sua caracterização. Com o intuito de melhor credibilidade ao estudo, organizou-se na quinta seção um breve estudo de caso. Por último, elaborou-se as considerações finais, em que constatou-se que, com a dinâmica na sociedade e nos costumes, nada é definitivo.

Palavras-Chaves: Indenização; Abandono Afetivo; Dano Moral; Possibilidade.

1 INTRODUÇÃO

O referido estudo trata-se de uma breve análise da plausibilidade da existência do fenômeno denominado abandono afetivo paterno¹ e a problemática da indenização de dano moral decorrente de sua configuração.

Apesar de, ainda, muitos refutarem a possibilidade da referida reparação pecuniária, o Superior Tribunal de Justiça inovou ao negar provimento ao

¹ Há diversas formas de abandono afetivo. No estudo em questão, a autora ateu-se ao abandono afetivo paterno.

Recurso Especial de nº1159242, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu o abandono afetivo praticado pelo genitor em detrimento de sua filha.

Tal decisão já serve de precedente para algumas demandas, como um recente julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro², em que o relator fundamentou sua decisão no recurso especial supra citado e no voto da relatora do processo, a ministra Nancy Andrioghi.

Carinho, zelo, atenção e solidariedade com os filhos são elementos que transcendem o Direito e que incorporam a dignidade da pessoa humana, direito de todos e tutelada na jurisdição brasileira. Atualmente, a ciência do direito entende como bens juridicamente tuteláveis outros elementos além do direito positivado, princípios e valores que habitam o universo antropológico, social e cultural.

Há os que alegam que, pelo fato de o amor e o afeto serem subjetivos, não podem ser quantificados ou indenizados³. Alegam ainda ser incongruente o reconhecimento da afetividade como algo a ser tutelado juridicamente. Outros, a veem apenas como algo relevante para o chamado direito das famílias⁴.

Fernando Gonçalves, ministro do Superior Tribunal de Justiça, é um dos que defende a impossibilidade da indenização pecuniária por abandono afetivo, tendo em vista que o ordenamento pátrio prevê, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 24⁵, quanto no Código Civil em seu artigo 1638, inciso II⁶, ser a perda do poder familiar a punição mais grave na esfera civil aplicada aos genitores que descumprem o dever de cuidado para com a sua prole⁷.

² **Apelação nº 0154617-61.2010.8.19.0001**. TJ/RJ. Julgada em 03/05/2012, 12ª Câmara Civil. Relator: Desembargador Cherubin Helcias Schwartz. ABANDONO AFETIVO. GENITOR. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. Inobstante as controvérsias existentes sobre o tema, inclusive no âmbito do STJ, o abandono afetivo por parte do genitor, capaz de gerar dor, vergonha e sofrimento, caracteriza dano moral passível de indenização. O valor arbitrado a título de indenização, deve atender aos parâmetros do razoável e proporcional. Recursos aos quais se nega provimento.

³ São partidários desta corrente: Alberto Senise Lisboa, Francisco Alejandro Horne, Marco Túlio de Carvalho Rocha, dentre outros.

⁴ Fabio Ulhôa Coelho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Arando Rizado, Carlos Alberto Bittar são alguns dos doutrinadores partidários desse entendimento.

⁵ Art.24: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificados dos deveres e obrigações a que alude o art.22.”

⁶ Art.1638, II: “Perderá por ato ou poder judicial o pai ou a mãe que [...] II – deixar o filho em abandono.”

⁷ Voto emanado pelo ministro no Resp nº 757.411, muito utilizado como fundamento por aqueles contrários a referida indenização.

O presente estudo foi dividido em quatro capítulos objetivando uma melhor discussão acerca da temática analisada. Primeiramente, faz-se um breve estudo sobre a evolução histórica da família brasileira até os dias contemporâneos e uma análise sobre a relevância do afeto no mundo jurídico atual bem como sobre a existência do princípio da afetividade.

O capítulo seguinte é dedicado à paternidade e à filiação. Aborda-se os conceitos e diferenças entre paternidade e figura paterna, bem como o chamado posse de estado de filho. No terceiro, é feita uma abordagem sobre alguns direitos da criança e do adolescente tutelados no ordenamento pátrio.

O quarto é dedicado exclusivamente à responsabilização civil no direito de família, discorrendo sobre as correntes que falam sobre a plausibilidade ou não da indenização pecuniária decorrente de dano moral oriundo de abandono afetivo paterno.

Na seção seguinte é apresentado um breve estudo de casos, desde a primeira ação ocorrida no Brasil até o último posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça, além do posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Por fim, serão apresentadas na quinta seção as considerações finais sobre o referido tema em discussão.

2 O AFETO E O DIREITO DAS FAMÍLIAS: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

A entidade familiar no início do século passado era tutelada pelo Código Civil de 1916. O direito de família regulado pelo antigo código civil em vigor teve como função principal regular a transmissão dos bens e do patrimônio das famílias daqueles que se uniam por meio do casamento civil, atendendo assim a uma minoria privilegiada da população.

Somente a entidade familiar matrimonializada era reconhecida pelo referido código. Havia distinção entre os seus membros. A indissolubilidade do casamento era a regra e o único modo existente para solucionar um matrimônio que não havia dado certo era o desquite, que punha fim à comunhão de vida, mas não ao vínculo jurídico. A discriminação a pessoas unidas sem os laços matrimoniais e aos filhos oriundos dessa união era positivada⁸.

⁸ Eram chamados de ilegítimos os filhos havidos fora do casamento.

Cabia ao marido a chefia e a administração destas famílias. Os filhos e esposas tinham posição inferior a ele. A função da mulher era restrita a cuidar do lar, educar e criar os filhos. Era o esposo quem ocupava o espaço no mercado de trabalho.

Não havia preocupação com a subjetividade entre os seus componentes. Consequentemente, não se tratava da afetividade, tema este sequer ventilado no direito positivo de então.

Para Silvana Maria Carbonera⁹, o *affectio* na família patriarcal positivada no código de Berviláqua:

... tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Desta forma, o casamento já trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando previamente a necessidade de continuidade da relação. Não se questionava tal elemento, uma vez que ele fazia parte da estrutura do matrimônio. (...) O compromisso de manter a vida em comum não evela necessariamente a existência do afeto. A continuidade da relação podia ser motivada por outros elementos, como por exemplo, a impossibilidade da dissolução do vínculo: neste caso a *affectio* presumida se fazia resente. A noção de afeto representa uma forma de se dar visibilidade as relações de família uma vez que é em sua função que elas se forma e se desfazem.

Inúmeras transformações surgidas na passagem do século XIX ao século XX e deste ao XXI fizeram com que o Direito mudasse a sua epistemologia¹⁰ direcionando paulatinamente o foco de sua preocupação do patrimônio à pessoa humana.

A industrialização ocorrida no Brasil, bem como o ingresso da mulher no mercado de trabalho, além do aumento de sua esfera de atuação social, política e jurídica na primeira metade do século passado foram grandes contribuidores para a evolução das relações familiares.

Outro fator merecedor de destaque foi a chamada revolução feminina, ou seja, a independência da mulher ante o marido, que foi conquistada com

⁹ CARBONERA, Sílvia Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHINI, Luiz Edson (Coordenador) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.147.

¹⁰ A epistemologia, também chamada ciência do conhecimento, é o ramo da filosofia interessado na investigação da natureza, fontes e validade do conhecimento.

a igualdade de direitos e deveres (tanto perante o vínculo matrimonial, como na educação dos filhos, bem como o seu desenvolvimento e crescimento no mercado de trabalho).

Luciana Fáisca Nahas¹¹ afirma que:

a independência feminina refletiu diretamente na transformação. As mulheres saíram do seio doméstico para o trabalho externo, propulsionaram também alteração na questão da subordinação ao marido e da educação dos filhos. Alias o número de filhos do casal também foi afetado pela mudança na divisão de tarefas do casal, sendo imperativa sua redução.

Com o fim da Segunda Guerra, observou-se de forma mais nítida alterações na estrutura da família brasileira: há o crescimento da família nuclear e conseqüente aproximação entre seus integrantes, começando assim a abrir espaço para o aumento do aspecto subjetivo das relações. Inicia-se uma valorização afetiva nos relacionamentos, tanto entre os cônjuges como entre pais e filhos.

Face a essas mudanças, foram aprovadas algumas disposições legais com o intuito de atenuar o rigor do Código Civil de 1916, tais como: o Estatuto da Mulher Casada¹²; a Lei do Divórcio; o Estatuto da Criança e do Adolescente e as leis que admitiam o reconhecimento da união estável. Porém, ainda havia uma distância considerável entre a realidade da sociedade brasileira da época e o Código Civil vigente.

Nas três últimas décadas ocorreram grandes transformações nos costumes e na redefinição da entidade familiar. A proclamação da Carta Magna de 1988 positivou inúmeras delas. Um exemplo disso foi o reconhecimento de outras entidades familiares além da matrimonializada.

Paralelo a isso, reconhece-se também que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo: laços biológicos, afetivos, registrais, jurídicos e matrimoniais. A afetividade torna-se, assim, elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo direito

¹¹ NAHAS, Luciana Fáisca. **União homossexual** – proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2007. p.103. Disponível em: <<http://www.jurua.com.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

¹² Lei n. 4 121 de 1964 – Devolve a plena capacidade a mulher pois garantia a ela a propriedade dos bens adquiridos com o seu trabalho.

como pelas outras ciências humanas. Mesmo sem regulação expressa, a sociedade adotou o vínculo afetivo como relevante no trato relativo aos relacionamentos familiares.

2.1 O AFETO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A palavra afeto vem do latim *affectus*. Consiste num estado, em uma disposição de alma produzida por influência exterior, sentimento, amizade, paixão e simpatia. Para Nicola Abagnamo¹³, o termo afeto deve ser entendido como “emoções positivas a que se refere o caráter das pessoas e que não tem o caráter dominante e totalitário da paixão. (...) Constituem classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes) (...)”

Jean Piaget, epistemólogo suíço, afirma que “é incontestável que o afeto desempenha papel essencial no desenvolvimento e funcionamento da inteligência. Sem ele, não haveria necessidade, interesse, motivação. A afetividade é uma condição necessária na constituição da inteligência.”¹⁴

O constitucionalismo contemporâneo dá à afetividade as vestes de princípio norteador do direito das famílias, passando a chamar-se princípio da afetividade. A repersonalização deste ramo do direito dar-se-ia a partir da adoção do referido princípio.

Tal princípio não tem previsão expressa em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, pode ser visualizado implicitamente em inúmeras disposições já positivadas em nossa Constituição Federal: na igualdade de filhos, independente de origem (artigo 227§6º), na adoção; não reconhecimento da união estável (artigo 226§3º), na família homoafetiva (artigo 2º da lei 11340/2006), na liberdade de decisão sobre o planejamento familiar (artigo 226§7º), dentre outros.

Eros Grau¹⁵ é um renomado autor brasileiro defensor da existência dos princípios implícitos. Em sua concepção, “a ordem axiológica ou teleológica que o direito é, compreende os princípios implícitos e explícitos. (...) Os

¹³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.21.

¹⁴ PIAGET, Jean. **The relation of affectivity to intelligence in the mental development of the child**. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/faced/slomp/edu011.>>. Acesso em: 20 set. 2012.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.147.

implícitos são descobertos em textos normativos do direito posto ou no direito pressuposto de uma determinada sociedade.”

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶ esclarece que é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Na concepção do autor, o princípio teve como impulso os valores consagrados na constituição brasileira atual, esclarecendo ainda que o mesmo especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

3 PATERNIDADE E A CHAMADA FIGURA PATERNA

Conceituada como qualidade ou condição de pai, ou ainda, como a relação de parentesco que vincula o pai a seus filhos, a palavra paternidade tem a sua origem lexical no latim *paternitate*. Uma vez reconhecida, gera responsabilidade ao genitor, que passará a assumir todos os encargos inerentes atribuídos ao exercício da paternidade, tais como: prestar alimentos aos filhos, o dever de educação, dentre outros.

Até pouco tempo atrás, ser pai era considerado algo da ordem natural, tendo em vista que a finalidade da família era justamente a procriação, logo, era consequência natural e lógica para aqueles que constituíam família através dos enlacedos matrimoniais.

Na família patriarcal, a figura paterna estava ligada à autoridade, poder, sendo taxativamente separadas as funções desempenhadas pelo homem e pela mulher em relação ao filho, cabendo ao pai, às relativas ao provento das necessidades materiais.

Jaques Lacan¹⁷, tendo como base pesquisas e estudos realizados, evidencia que “tanto o pai como a mãe biológicas poderem vir a ter dificuldades ou até mesmo não ocuparem o lugar de pai ou mãe, exercendo dessa forma as chamadas figuras paterna e materna, tão necessárias à estruturação psíquica e formação dos seres humanos.” Entretanto, a função paterna necessariamente precisa ser ministrada, seja pelo pai biológico ou não, pois qualquer um pode ser o chamado pai: o genitor, o marido da mãe, o tio, o avô, aquele que cria, enfim, aquele que exerce a função de pai.

Inês Hennifen¹⁸ esclarece que “a paternidade é uma experiência

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.48.

¹⁷ LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Zahar. p.13.

¹⁸ HENNIFEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. A Paternidade na Contemporaneidade: um estudo de mídia sob a perspectiva dos estudos culturais. Psicologia

humana profundamente implicada com propósitos sociais e institucionais que a legítima, ou seja, uma construção que deve ser compreendida face ao contexto sócio-cultural de um tempo.”

A compreensão da paternidade passa a ser além do vínculo jurídico, ou seja, sob o viés biológico e sociológico. Para a psicanálise, o pai representa função e, neste sentido, poderá ser compreendido como pai qualquer membro da família, ou seja, está desvinculado da função biológica.

4 DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

4.1 O DIREITO À DIGNIDADE

Os legisladores brasileiros consagraram como princípio constitucional a dignidade da pessoa humana. Por esse princípio entende-se que todas as normas que conformam o ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de seus traços distintivos, deverão estar em plena consonância com a dignidade da pessoa humana, sob pena inclusive de inconstitucionalidade.

4.2 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Com previsão no artigo 226§7º da Constituição Federal do Brasil, o princípio pressupõe o cumprimento das obrigações materiais e morais para com os filhos, tendo como finalidade proporcionar-lhes o seu desenvolvimento.

Nas palavras de Thiago José Pereira Pires¹⁹, o referido princípio significa responsabilidade e esta começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais.

Outra faceta deste princípio está relacionada ao planejamento familiar, no que diz respeito à autonomia do indivíduo para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição ou constituição da prole.

4.3 O DEVER DE CONVIVÊNCIA

& Sociedade: **Revista da Associação Brasileira de Psicologia Social** – ABRAPSO, v. 14, n.1, p.44, janeiro/junho, 2002.

¹⁹ PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável**. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/arquivos/docs/2001/1206_.andreluiznogueira-dacunha>. Acesso em: 24 set. 2012.

O direito à convivência familiar está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, caput, e artigo 19, bem como no artigo 227 da Constituição Federal.

Para Paulo Lobo,²⁰ “a convivência familiar é a duração diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum.”

Tal convivência não se restringe ao seio familiar. Assegura-se também o direito à convivência comunitária, aquela ligada a todos aqueles que não fazem parte do convívio familiar.

Tal direito objetiva proporcionar ao infante uma melhor adaptação social no futuro.

4.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Segundo tal princípio, devem-se preservar ao máximo, aqueles que se encontrem em posição de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se em tal posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Eles têm assim o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais, conforme o preceituado no artigo 227 da Carta Magna brasileira.

Tal princípio atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses dos infantes. Sendo assim, devem ter a sua proteção jurídica maximizada.

4.5 A CHAMADA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A referida doutrina tem essa denominação por propor que a família, a sociedade e o Estado são obrigados a propiciar à criança e ao adolescente o respeito a todos os seus direitos fundamentais de cidadão e de pessoas em desenvolvimento.

Parafraseando Antonio Carlos Gomes Costa²¹, verifica-se que a referida doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade

²⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. *Op. cit.*, p.74.

²¹ COSTA, Antonio Carlos Gomes. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: **Estatuto da criança e do adolescente** – Estudos Jurídicos. São Paulo: Renovar; 1999, p.19.

de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores da proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas pra a promoção e defesa de seus direitos.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA:

5.1 A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Define-se abandono afetivo como a privação dos filhos da convivência com seus genitores, seja pela imposição de um dos genitores que denigre a imagem do outro, seja pela vontade do pai que deixa de cumprir com o princípio da paternidade responsável ao deixar de conviver diariamente com o seu filho e fornecer todo o afeto necessário para uma sadia formação psicológica, violando o principio da dignidade da pessoa humana. Essa última forma ensejará a compensação por dano moral.

Na visão de Nehemias Domingos de Melo²², “o dano ocorre quando os pais faltam com o dever de assistência moral aos seus filhos, na medida em que se fazem ausentes, e, por via de consequência, não prestam a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.”

É fato que a família atual objetiva o livre desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, sendo um ente funcionalizado, sendo que todos almejam promover o desenvolvimento dos demais membros, ou seja, tornou-se o centro de desenvolvimento de seus componentes ao incluir no rol dos direitos da criança e adolescente o direito à convivência familiar.

Desta forma, a conduta do genitor que abandona a sua prole revela-se violadora dos seus direitos, uma vez que o artigo 227 da Constituição Federal do Brasil inclui no rol dos direitos dos infantes a convivência familiar. Logo, o pai que deixa de prestar assistência afetiva e psicológica a sua prole, viola seus deveres paternos praticando, assim, uma conduta ilícita ensejadora de reparação no campo moral.

Não há restrições legais quanto à aplicação das regras convenientes à responsabilidade civil e consequente dever de indenizar no direito de família.

²² MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral**. Fundamentos da responsabilidade civil, 2008. p.7.

O chamado abandono moral segue as regras da responsabilidade civil subjetiva que pressupõe: violação de um dever jurídico mediante conduta omissiva voluntária; dolo ou a culpa do agente; o dano à vítima e à relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

Para Rui Stocco²³, o elemento primário de todo o ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. A ilicitude está condicionada à existência de uma ação ou omissão que constitui a base do ato lesivo. Não há obrigação de reparar sem que haja determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. A ação ou omissão constitui o primeiro momento da responsabilidade civil.

Caso o pai demandando judicialmente tenha se omitido dos seus deveres de criar, cuidar, visitar e acompanhar a vida do filho, deveres estes presentes na constituição federal e legislação infraconstitucional, incorre num dos primeiros requisitos para sua responsabilização civil: prática de conduta omissiva em desfavor da prole.

Silvio Rodrigues²⁴ entende que “atua culposamente quem causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.” A imprudência é a falta de cuidado por conduta comissiva por ação. Negligência é a falta de cuidado por conduta omissiva. Imprudência decorre da falta de habilidade no exercício da atividade técnica.

Para a configuração do abandono afetivo, na visão de Gisela Hinoraka²⁵, “torna-se necessário a comprovação da culpa do genitor não guardião, que deve ter se ocultado da convivência com o filho e, se negado de maneira deliberada a participar do desenvolvimento de sua personalidade.”

Qualificam-se como morais, os danos em razão da esfera da subjetividade ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador havendo-se, como tais, aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive.

²³ STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.19.

²⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das famílias**. v.6. São Paulo: Saraiva, 2004. p.73-74.

²⁵ HINORAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos – Um devaneio acerca da ética no direito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p.433-437.

Sergio Cavalieri Filho²⁶ entende ser “a dignidade da pessoa humana a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.” Nas palavras dele, o referido dano envolve a violação dos direitos à personalidade, bem como dos chamados novos direitos da personalidade, quais sejam a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas e direitos autorais.

Para que haja a sua caracterização e consequente dever de repará-lo é importante a presença dos requisitos da responsabilidade civil. Sabe-se que a dor é imensurável, entretanto, a reparação do dano deve conferir certa compensação pela lesão sofrida pelo lesado e uma punição ao ofensor, de modo a inibir este de cometer novas condutas dolosas.

Chama-se nexa causal o liame que une a conduta e o dano. Nosso ordenamento jurídico adota a teoria da causa adequada e direta, uma vez que para que haja responsabilidade civil é necessário que a conduta seja causa direta do dano. Porém, há casos em que ocorre a quebra desse nexa de causalidade. São as chamadas excludentes de ilicitude. Citam-se como exemplos: culpa exclusiva da vítima, força maior, legítima defesa, caso fortuito, dentre outras.

5.2 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Não há consenso entre juristas e doutrinadores no que tange à aceitação da indenização pecuniária decorrente de dano moral originário do chamado abandono afetivo. Questiona-se se a tutela jurisdicional poderá obrigar o cumprimento de um dever moral, através da condenação pecuniária com base no abandono afetivo. Tal divergência se subdivide em três correntes.

A primeira delas entende ser a afetividade um princípio do direito de família brasileiro implícito em suas normas, inclusive na constituição federal. Tal fato reflete sua centralidade nas relações familiares e deve ser observado. O seu descumprimento geraria ato ilícito e, portanto, a indenização, tendo como base o artigo 927, do Código Civil atual.

Flávio Tartuci e José Fernando Simão²⁷, partidários da corrente supra,

²⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p.80.

²⁷ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. Princípios constitucionais e direito de

afirmam que “o afeto talvez seja apontado, atualmente como o principal fundamento das relações familiares [„] a afetividade é um dos principais regramentos do novo direito de família que desponta.”

Cita-se, como exemplo, recente apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná²⁸, condenando o réu a pagar uma indenização decorrente de abandono afetivo paterno no valor de R\$5.000,00 tendo como um dos fundamentos o fato de que o desprezo do pai por ruma filha, desde a sua tenra idade, fere claramente o princípio da dignidade da pessoa humana.”

A segunda corrente descarta qualquer tipo de indenização por abandono moral ou afetivo. Repele explicitamente a perspectiva principiológica no trato da afetividade, argumentando ainda que o afeto não deve ser objeto do Direito. Seus defensores entendem que os deveres da paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto.

Francisco Alejandro Horne²⁹, partidário desta segunda corrente, afirma que “não se pode quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que se goste ou não.” Segundo ele, “por mais que se configure a rejeição moral, o princípio da liberdade afetiva se sobrepõe a qualquer outro princípio para a realização da dignidade, visto que não se pode exigir afeto.”

Existe ainda uma corrente intermediária, que classifica o afeto como um valor relevante a ser observado no direito de família. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁰ destacam a importância do afeto na família do novo milênio, considerando-o um valor jurídico tutelável, esclarecendo

família. In: SIMÃO, José Fernando et al. (orgs.) **Direito de família do novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo.** São Paulo: Atlas, 2010. p.51.

²⁸ TJ/PR. Apelação nº7685249. Julgado em 26 de janeiro de 2012. Relator: desembargador Jorge de Oliveira Vargas. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. II - CERTIDÃO NO DISTRIBUIDOR ONDE CONSTA DIVERSAS AÇÕES DE ALIMENTOS AJUIZADAS PELA AUTORA. III - ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. ART.227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV - DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. V - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$ 5.000,00. RECURSO PROVIDO.

²⁹ HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, nº 8,2007. p.34-39.

³⁰ FARIAS, Cristiano; Nelson Rosenvald. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.10.

que a família do novo milênio “é igualitária, democrática e plural, protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.” Não descartam a indenização, mas pedem cautela ao analisá-la.

6 ESTUDOS DE CASOS

A primeira ação pleiteando abandono afetivo ocorreu no Rio Grande do Sul, em que um pai foi condenado a pagar uma indenização por danos morais decorrentes de abandono moral e afetivo, correspondentes a duzentos salários mínimos a sua filha, à época com nove anos de idade. Esse processo já transitou em julgado e se encontra em fase de execução. O magistrado fundamentou sua decisão no dever dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos, e que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e imagem.³¹

O tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça em decorrência da decisão proferida pelo tribunal de Alçada de Minas Gerais³², reformando a sentença em primeiro grau, concedendo a um filho uma quantia em decorrência do dano moral sofrido por abandono afetivo, tendo como principal fundamento o fato de que ser pai não é só dar dinheiro para as despesas de ordem material, mas também suprir todas as necessidades do filho, uma vez que ele tem o dever de possibilitar o desenvolvimento humano da prole, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. O STJ, entretanto, reformou a decisão, afastando qualquer possibilidade da indenização.³³

Entretanto, o último posicionamento da corte é realmente inovador. Com a frase: “Amar é faculdade, cuidar é dever.”, a ministra Nancy Andrichi demonstrou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de

³¹ **Processo nº 1030012032-0** da 2ª vara da Comarca de Capão da Canoa, RS. Juiz: Mário Romano.

³² Tribunal de Alçada de Minas Gerais. **AC nº 0408550-5**, 7ª Câmara Civil. Relator Unias Silva. Julgado em 01 de abril de 2004.

³³ Superior Tribunal de Justiça; **Resp. nº 757.411/MG**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta turma do STJ. Julgado em 29 de novembro de 2005

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral presuppõe 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.

abandono afetivo pelos pais. Ao dar provimento ao Resp. nº 1.159.242-SP³⁴, reconheceu o abandono afetivo sofrido por uma mulher por parte de seu genitor, fixando a indenização por danos morais no valor de R\$415.000,00.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também se manifestou recentemente sobre o tema. Em apelação³⁵ interposta por um pai, objetivando a reforma de sentença em primeiro grau condenado a pagamento de indenização pecuniária a sua prole por danos morais decorrentes de abandono afetivo, o mesmo teve seu pedido negado pelo desembargador relator, que manteve a decisão de primeira instância, e fundamentou seu voto com base no voto da ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, relatora do Resp nº1,159.142-SP. O mesmo genitor interpôs embargos de declaração com fins de pré-questionamento³⁶, sendo os mesmos rejeitados.

³⁴ Ementa: Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242-SP**. Relatora: Ministra: Nancy Andrighi. Julgado em:28 de agosto de 2012.

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 está incorporado ao 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 reconhecer a ocorrência da 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, ex-surgindo, 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 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 objetos 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, na hipótese em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

³⁵ TJ/RJ. **Apelação nº 0154617-61.2010.8.19.000**. Décima Segunda Câmara Civil. Relator: Desembargador Cherubin Helcias Schwartz. Julgado em 03 de maio de 2012.

³⁶ TJ/RJ. Embargo de declaração da **AC nº 015461761-2010.8.19.0001**. Décima Segunda Câmara Civil. Relator: Desembargador: Cherubin Helcias

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a divergência entre doutrinadores e magistrados acerca do cabimento ou não da indenização decorrente de dano moral ocasionado por abandono afetivo por parte do genitor. Questiona-se, inclusive, a tutela do afeto como valor jurídico, alegando tratar-se de um elemento subjetivo, impossível de ser tutelado pela ciência jurídica, utilizando-se da premissa de que não se pode obrigar a amar ninguém.

Entretanto, o que se discute nas demandas judiciais é a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico e corolário das pessoas que gerarem ou adotarem filhos. O atual estágio do Direito consagra como bem juridicamente tutelável certos elementos que vão além da lei, do direito positivado; princípios e valores que não precisam ser escritos, mas que habitam o universo jurídico, social, antropológico e cultural.

O cuidado, a atenção e a solidariedade com a prole são valores que transcendem o direito inserindo-se como elementos da dignidade da pessoa humana, do qual todos são credores.

Destaca-se ainda a visão eudemonista da família consagrada pela atual constituição federal, e o fato de ser assegurado à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, demonstrando uma mudança de paradigma, em que se deixa de tutelar exclusivamente os interesses patrimoniais para se priorizar a busca da afetividade nas relações familiares.

Outrossim, há os que acham inviável o dano moral decorrente do abandono afetivo. Para eles, a aceção de indenização por dano moral é considerada abusiva e por demais arbitrária, uma vez que o afeto é subjetivo e não pode ser valorado, além do fato de não ser possível obrigar a alguém sentir afeição por outrem.

Qualquer que seja o posicionamento adotado pelo julgador, o mesmo deve sempre ater-se ao caso concreto, objetivando o melhor interesse da criança e do adolescente. E se, de fato, tal dano for demonstrado e exsurgir das omissões do genitor no exercício do seu dever de cuidado em relação a prole e de outras ações que possam contribuir para o agravamento dos prejuízos psíquicos sofridos pela prole em decorrência do abandono, caracteriza-se o dano *in re ipse*, sendo possível assim a compensação.

Schwartz. Julgado em 27 de junho de 2012.

THE LEGAL PROTECTION OF AFFECTION AND ITS IMPLICATION IN TORT LAW IN HOUSEHOLD

ABSTRACT

It is brief analysis of the plausibility of punitive damages arising from the so-called parental affective abandon, the principle of affectivity and their implications in the Brazilian legal system. Technological, cultural and biopsychosocial mankind advances, as well as new definitions and the possible ways of forming families made the affection took a new approach, occupying an increasingly significant space in the possibilities of realization of the constitutional right to family life. Initially, there was an analysis of the family and its historical evolution, explaining about the evolution of the legal guardianship of affection in our constitutional and infraconstitutional order. Next, it was sought to discuss fatherhood and called father figure, trying to emphasize the difference between these two concepts and the importance of the father figure in the development of the infant. Then, it was talked about some of the rights and principles which are entitled to child and adolescent, resulting from this new legal concept after the constitutionalization of the law and his paternal positivization in our system. Treated in the next section exclusively from liability in family law, explaining about all the assumptions for its characterization. In order to give greater credibility to the work, it was organized, in the fifth section, a brief case study. Finally, it was elaborated the final considerations, in which it was found that with the dynamics in society and customs, nothing is definite.

Keywords: Compensation; Abandonment Affective; Moral Damage Possibility.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay *et al.* **A Justiça Pode Ajudar os Filhos a Ter Pai e Mãe?**. Texto disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/guarda_compartilhada_mariaregina.doc>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre Guarda Compartilhada**. Texto disponível, em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28287-28298-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 ago, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

_____. **Decreto Lei nº4567 de 1942. Lei de introdução as normas do**

direito brasileiro. Ementa com redação dada pela lei nº 12.376 de 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cc_introducao_DL4657.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2012.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/eca_L8069.pdf>. Acesso em: 24 set. 2012.

_____. **Lei 4121 de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada.** Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/lei-ordinaria-juridica-mulher-casada-34144073>>. Acesso em: 20 maio 2012.

_____. **lei 8971 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

_____. **Lei 6 515 de dezembro de 1977, Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento.** Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em: 22 maio 2012.

_____. **Lei 9278 de maio de 1996. Regula o artigo 226§3º da Constituição Federal do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

_____. **Lei 11 698 de 13 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 21 set. 2012.

CARBONERA, Silvia Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família.** In: FACHINI: Luiz Edson (Coordenador) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.147.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente.** In: **Estatuto da criança e do adolescente.** Estudos

Jurídicos. São Paulo: Renovar, 1999. p.19.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emilio Garcia (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.85.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos da mãe. Instituto Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo. 18 ago. 2008. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=433>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38-40.

FILHO, Sergio Carvalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 25-225.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 59.

HENNIFEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. A paternidade na contemporaneidade: um estudo de mídia sob a perspectiva dos estudos culturais. **Psicologia & Sociedade: Revista da Associação Brasileira de Psicologia Social** – ABRAPSO, v.14, n.1, p.44-63, jan/jul. 2002.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – Um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p.433-437.

HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº 8, 2007. p.34-39.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Zahar, 1990. p.13

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura**

da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 260.

LENFERS, Claudia Machado Wagner *et ali.* **Da Família Substituta.** Texto disponível em :< <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28324-28335-1-PB.htm>> Acesso em: 22 ago. 20012.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.51-52.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral.** Fundamentos da responsabilidade civil, 2008. p.7.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Parte Especial. 4. ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII. p. 94-101.

NAHAS, Luciana Faisca. **União homossexual – proteção constitucional.** Curitiba: Juruá,2007,p.103. Disponível em: <<http://www.jurua.com.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

PIAGET, Jean. **The relation of affectivityto intelligence in the mental development of the child.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/faced/slomp/edu01136/piaget-a.htm>>. Acesso em 2 set. 2012.

PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da Paternidade Responsável. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/arquivos/docs/2001/1206_.andreluiznogueiradacunha>. Acesso em: 24 set. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p.19.

SOUZA, Davi C. Almeida. **Alienação Parental.** Texto disponível em: <revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1380/1067>. Acesso em: 24 ago. 2012.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais,

2007. p.19.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. Princípios constitucionais e direito de família. In: SIMÃO, José Fernando et al. (orgs.) **Direito de família do novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010. p.51-52.

TJ/PR. **Apelação nº 7685249**. Oitava Câmara Civil. Relator: desembargador Jorge de Oliveiras Vargas. Julgado em 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 26 set. 2012.

TJ/RJ. Apelação nº 0154617-61.2010.8.19.000. Décima Segunda Câmara Civil. Relator: Desembargador Cherubin Helcias Schwartz. Julgado em 03 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2012.

_____. Embargo de declaração da AC nº 015461761-2010.8.19.0001. Décima Segunda Câmara Civil. Relator: Desembargador: Cherubin Helcias Schwartz. Disponível em:<<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2012.

ZAUPA, Fernando Martins. Separação e divórcio consensuais. Desnecessidade de audiências e possibilidade de julgamento antecipado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2434, 1 de março de 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14407>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

