

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ-UESPI

RAYSA RANA VERAS FREIRE

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA: o desamor gera danos morais?

TERESINA

2017

RAYSA RANA VERAS FREIRE

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA: o desamor gera danos morais?

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Msc. Luciana Carrilho de Moraes

TERESINA

2017

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 A LEGISLAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA	
2.1 Evolução histórico-legislativa do direito de família no Brasil.....	
2.1 A Constituição da República de 1988 e o Direito de Família	
2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	
2.1.2 Princípio da afetividade	
2.1.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	
2.1.4 Princípio da função social da família	
2.2 As implicações do Novo CPC no Direito de Família	
3 A RESPONSABILIDADE APLICADA AO ABANDONO AFETIVO	
3.1 Elementos do dever de indenizar	
3.1.1 Conduta humana	
3.1.2 Culpa genérica ou <i>lato sensu</i>	
3.1.3 Nexo de causalidade.....	
3.1.4 Dano ou prejuízo.....	
3.2 As relações paterno-filiais e o dever de indenizar.....	
3.3 Pontos positivos e autores que seguem essa corrente	
3.4 Pontos negativos e autores que seguem essa corrente	
4 O ABANDONO AFETIVO NO BRASIL	
4.1 Aplicação nos Tribunais	
5 CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS	
APÊNDICES	

RESUMO

Ao longo dos anos, as famílias foram se modificando, bem como a legislação atinente a elas. Assim, diante dos novos modelos de família, onde nem sempre um dos genitores está presente, o abandono afetivo acabou por tornar-se comum. No entanto, a legislação atual possibilita o ressarcimento pecuniário aqueles que sofreram danos, sejam patrimoniais ou morais. Diante disso, faz-se necessário uma análise do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, observando seu alcance e aplicabilidade em situações de abandono afetivo. Assim, a presente pesquisa visa pormenorizar a doutrina e jurisprudência, reconhecendo as correntes majoritárias e minoritárias, bem como a aplicabilidade da responsabilidade civil por desamor.

Palavras-chave: Direito de Família. Responsabilidade Civil. Abando afetivo. Jurisprudência

ABSTRATC

Over the years, families are changing as well as the legislation that concerns them. Thus, before the new models of family, where not always one of the parents is present, the abandonment affective turned out to be common. However, current legislation makes it possible to compensate those who have suffered damages, whether property or morals. Given this, it is necessary to analyze the institute of civil responsibility in Family Law, observing its scope and applicability in situations of affective abandonment. Thus, this research aims at detailing the doctrine and jurisprudence, recognizing the majority and minority currents, as well as the applicability of civil liability for lack of love.

Keywords: Family right. Civil responsibility. Affectionate abandonment. Jurisprudence

INTRODUÇÃO

A instituição “família” já não é a mesma de séculos passados, o que antigamente era formado com a intenção da preservação de bens e da honra, hoje é formada e preservada unicamente por laços de afeto entre seus membros. A legislação atinente à família, tem se modificado constantemente com a intenção de acompanhar os avanços desta em sociedade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a possibilidade de a família ter origem matrimonial ou não, além do princípio da igualdade entre os cônjuges, rompe-se com o caráter eminentemente patriarcal das relações familiares, destacando o poder familiar como instrumento de divisão mútua das orientações familiares entre os genitores e nasce o afeto.

Nessa esteira, para além da igualdade entre os genitores, a Carta Magna trouxe princípios importantíssimos para o direito de família, prestigiando a afetividade como princípio, bem como a dignidade da pessoa humana, a função social da família e o melhor interesse da criança e do adolescente, colocando assim, a criança e o adolescente em posição de destaque na sociedade e na própria família.

Inobstante isso, o Código de Processo Civil de 2015, veio positivar as mudanças já existentes na sociedade, com grandes avanços em todas as áreas do direito de família, buscando primordialmente uma solução consensual dos conflitos. Apesar dos esforços deixou de acompanhar algumas mudanças e trouxe também algumas polêmicas como é o caso da discussão acerca possibilidade da repristinação da separação judicial.

Passando por tantas mudanças na legislação familiar chegou-se à possibilidade da indenização nas ações de família, pois diante dos novos modelos de família, o abandono de um dos genitores a sua prole acabou por ficar “comum”. Considerando que é no afeto que as relações familiares se pautam e que é a família o alicerce da personalidade do ser humano, a falta de assistência do pai ou mãe ao filho, pode acabar gerando nesses danos psicológicos ou a personalidade, caracterizando o dano moral.

Diante disso, discute-se a possibilidade de reparação, mesmo que pecuniária, da falta de afeto, analisando correntes contrárias e a favor da indenização. A análise se pauta na premissa de ser o abandono afetivo um ato ilícito ou não, bem como se este pode ser objeto de reparação pecuniária a fim de impedir a impunidade daquele que acredita ter obrigação meramente material com a prole.

Assim, a análise leva em conta autores e jurisprudência atual, na busca pela verdade real acerca da responsabilidade civil decorrente do desamor.

2 A LEGISLAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

De início é importante destacar que o Direito de Família, dentre todos os ramos do direito, é o que mais avançou nas últimas décadas tendo em vista versar sobre relações interpessoais que se modificam de acordo com a evolução da própria família. A “instituição” família já não é a mesma dos séculos passados, já não é nem a mesma de décadas atrás, e o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de sua conhecida morosidade, tem feito seu papel na tentativa de acompanhar os novos arranjos familiares.

2.1 Evolução histórico-legislativa do Direito de Família no Brasil

A família, primeira célula de organização social e formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligada pelos laços afetivos, surgiu há aproximadamente 4.6000 (quatro mil e seiscentos) anos. Ainda na Antiguidade, merecia destaque a falta de afeto entre os membros da família, que se unia com o propósito de conservação dos bens, a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas.¹

Com a intervenção da igreja, as famílias passaram a ser formadas a partir da intervenção religiosa, passando a imperar o afeto como valor da família. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira², a partir desse momento a Igreja passou a empenhar-se em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar:

O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o *concubinatus* havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.

Ainda nessa fase, a mulher e os filhos estavam condicionados ao marido, eram de responsabilidade e posse deste, não podendo sequer sair de casa sem sua permissão. A

¹ Luciano Silva Barreto. *Evolução Histórica e legislativa da Família*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf > Acesso em: 16 set. 2017.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 -7.

autoridade do homem imperava e este tinha total poder em relação aos demais membros da família, inclusive podendo decidir sobre a morte ou até a venda de seus integrantes.

No século XIX teve início a família contemporânea que tem como principal característica o afeto entre seus membros. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³ enfatiza que:

Na ideia de família, o que mais importa a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo é exatamente pertencer ao seu âmbito, é estar naquele idealizado 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.

Em síntese, a família contemporânea apesar de ainda manter o homem em sua posição de superioridade, a busca pela proteção dos bens e da honra ficam em segundo plano e sua principal base é o afeto e a busca pela felicidade dos membros. Diante dessas mudanças, foram surgindo novas situações que precisavam de amparo legal, como por exemplo, a união estável e a adoção.

Dentre as inúmeras leis que regeram as famílias ao longo do tempo, um dos marcos mais esperados do Direito de Família foi a criação do Código Civil de 1916, elaborado pelo Professor Clóvis Beviláqua. Ocorre que, de início, ao contrário do esperado, o referido código era extremamente conservador e não acompanhava como deveria as relações familiares já existentes à época.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴:

Com efeito, apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. O matrimônio, influenciado pelo sistema do Direito Canônico, era indissolúvel. Vínculos havidos fora do modelo formal estatal eram relegados à margem da sociedade, sendo que os filhos eventualmente nascidos dessas relações eram considerados ilegítimos e todas as referências legais, nesse sentido, visivelmente discriminatórias, com a finalidade de não reconhecimento de direitos. A visão paternalista e hierarquizada da família era consagrada, cabendo ao homem a chefia da sociedade conjugal, relegando-se a mulher a um segundo plano, já que passava a ser relativamente incapaz.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 66-67.

O autor menciona ainda que, as evoluções da sociedade e da própria família acabaram por forçar, ao longo dos anos, sucessivas modificações no Código Civil de 1916, trazendo como exemplo a edição das Leis nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 (“Estatuto da Mulher Casada”) e da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

A primeira alterou 14 (quatorze) artigos do código civil e 1 (um) artigo do código de processo civil, ambos vigentes à época, em síntese, segundo Stolze e Rodolfo Pamplona⁵ a referida lei equiparou os direitos dos cônjuges, devolvendo a plena capacidade a mulher casada, além de resguardar os bens adquiridos com o fruto do seu trabalho. A segunda, passou a regular a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, ou seja, acabou com a indissolubilidade do casamento.

No que toca aos filhos, a Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949, editada depois do código civil, trouxe grande avanço na medida em que passou a permitir o reconhecimento dos filhos, ainda considerados ilegítimos, através de ação de reconhecimento de filiação, sendo ainda, reconhecida sua igualdade de direitos com os filhos legítimos. Quanto aos alimentos, essa foi à primeira lei a mencionar a possibilidade de alimentos provisionais aos filhos desde que a sociedade conjugal fosse dissolvida.

O CC/16 foi inovador para o Direito de Família e grandes mudanças vieram a partir daí, citamos os principais pontos evolutivos de modo geral, focando nos grandes avanços e para tanto se faz necessário mencionar também a Constituição Federal de 1988.

2.1 A Constituição da República de 1988 e o Direito de Família

Como reflexo dessas inovações sociais, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que trouxe grandes progressos, buscando a adequação da lei as mudanças da sociedade. Com seu advento, nasceu, principalmente, à possibilidade de a família ter origem matrimonial ou não.

A nova ordem constitucional, além de reconhecer a existência de outras entidades familiares, dedicou especial atenção à união estável e aos arranjos formados por apenas um dos pais e sua prole.

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 67.

distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.⁶

Além disso, pelo princípio da igualdade entre os cônjuges, rompeu-se com o caráter eminentemente patriarcal, na qual resta claramente demonstrado na anterior chefia da família dominada pelo marido e, atualmente, afastada. A realidade familiar tomou maior forma quando a matéria da legitimação se encontrou totalmente superada pelo atual sistema operacional tendo em vista a completa identidade de direitos entre todos os tipos de filho (CF de 1988, art. 227, § 6º).

Assim, a figura da legitimação dos filhos anteriores ao casamento só pode ter interesse histórico e moral, mesmo porque o art. 227, §6º da Constituição da República repetido pelo art. 20 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) é bem claro ao afirmar que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações” proibindo ainda quaisquer “designações discriminatórias relativas à filiação”.

José Sebastião de Oliveira⁷ elenca os princípios constitucionais do direito de família na atual Constituição:

Proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art.226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os conjugues (art.5º, caput, I, e art. 226, 5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, §6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Alguns desses princípios merecem ser analisados separadamente, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da função social da família. Estes tem como ponto em comum a posição de destaque que colocam a criança e o adolescente na sociedade como um todo.

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se na Carta Magna, no título I, Dos Princípios Fundamentais, a dignidade da pessoa, em seu artigo 1º, inciso III, acompanhada de outros direitos e garantias fundamentais. A luz do princípio da dignidade da pessoa humana passou-se a exigir o vínculo afetivo como elemento caracterizador para a formação da família, sem que fosse necessário o casamento para tal.

Para Maria Berenice Dias⁸, “a sua aplicação no plano afetivo é indiscutível, uma vez que pode ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções”.

Aline Biasuz⁹ completa o significado do princípio quando diz:

Tal princípio é aplicado em todas as áreas do Direito, principalmente no Direito de Família, pois este é o mais humano de todos os princípios, tanto que chega a ser considerado o valor supremo de nosso ordenamento jurídico, sendo à base da comunidade familiar, e dedica-se a garantir a afetividade e um melhor desenvolvimento a todos os membros da entidade familiar. O princípio em referência é um valor muito importante a ser considerado dentro do ordenamento brasileiro, pois funciona como ponto de contato para efetivação dos direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Maior.

Assim, sendo a dignidade da pessoa humana um dos pilares da sociedade e sendo este também aplicado ao direito de família, fica a família protegida por este princípio garantindo a afetividade e um melhor desenvolvimento a todos os membros da entidade familiar.

⁸ Manual de Direito das Famílias - Nova Ortografia - 9ª Ed. Revista dos tribunais. 2013 - Maria Berenice Dias

⁹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo. Ed. Juruá, 2012. P. 126

2.1.2 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é um dos mais famosos e o grande “norteador do Direito de Família”.¹⁰ Tal princípio não tem disposição legal, mas está estampado na Carta Magna, mais precisamente em seus artigos 226 § 4º, 227 *caput*, § 5º, § 6º e 229 § 6º, onde está disposto que: “a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, “o dever da família e do Estado em proteger a criança e o adolescente [...]”, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

Quanto a sua importância, Maria Berenice Dias¹¹ diz que:

“o princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais”.

Assim, fica evidente que a afetividade, apesar de não expressa, é um princípio no sistema jurídico brasileiro, é o que preleciona Flávio Tartuce em seu artigo “princípio da afetividade no direito de família¹²”:

Pois bem, apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. Conforme bem aponta Ricardo Lucas Calderon, em sua dissertação de mestrado defendida na UFPR, “parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento”

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 66

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 66

¹² Artigo publicado na Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Matéria de capa: *Direito de Família e Afetividade no Século XXI.- disponível em: (*<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>*)*

Ainda em seu texto, o autor menciona o princípio da afetividade afirmando que este gerou “alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira”, colocando três consequências dessas alterações como sendo: o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, a admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Quanto à responsabilidade decorrente de abandono afetivo, menciona:

Demonstrando evolução quanto ao tema, surgiu mais recente decisão do próprio STJ em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). (...) Essa nova decisão, a qual se filia, demonstra um profundo impacto do reconhecimento do afeto como verdadeiro princípio da nossa ordem. Partindo-se para a análise técnica da questão, pontue-se que o dever de convivência dos pais em relação aos filhos menores é expresso pelo art. 229 da CF/1988 e pelo art. 1.634, incs. I e II do CC/2002. Se a violação desse dever – que se contrapõe a um direito subjetivo equivalente –, causar dano, estarão presentes os requisitos do ato ilícito civil (art. 186 do CC/2002).

Desse modo, resta evidente que a afetividade, tanto como afeto quanto como princípio é essencial nas relações familiares, primeiro porque, hoje, não há nada que justifique a existência de uma família que não seja a afetividade entre seus membros, nem mesmo os laços de sangue. Segundo por ser um princípio em destaque também nos processos judiciais quando visa a efetivação dos direitos e garantias fundamentais disposto na Carta Magna, buscando a proteção e o bem estar familiar do menor nas demandas judiciais.

2.1.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O melhor interesse da criança e do adolescente visa alocar o menor em situação de destaque tanto na família quanto na sociedade, definindo como dever conjunto da família, do Estado e da sociedade a proteção a criança, adolescente e ao jovem. Sendo assim positivado pela Constituição Federal em seu art. 227, que dispõe:

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.

E pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 3º e 4º:

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

Art. 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 a convivência familiar e comunitária.

O referido princípio não nasceu somente com o artigo 227 da CF, uma vez que já era previsto na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. Ademais, a necessidade de proteção também já podia ser vista desde 1924, com a Declaração de Genebra, a qual determinava que “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”, no mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 que determinava “direito a cuidados especiais” e também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José, 1969), o qual possuía o artigo 19 “Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do estado”. A disposição do princípio na Constituição reafirma o compromisso do Estado brasileiro na proteção das pessoas em desenvolvimento.¹³

Assim, por esse princípio a proteção à criança e ao adolescente assume status de prioridade no direito de família e no ordenamento jurídico como um todo, restando clara e integral a proteção aos direitos destes, buscando sempre o que estiver mais favorável.

2.1.4 Princípio Da Função Social Da Família

¹³ Princípio do Melhor Interesse da Criança. Daniele Freitas. 2015. Disponível em: <https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>.

O princípio da função social da família vem na Constituição Federal em seu art. 226, onde firma a família como base da sociedade. Neste contexto, o princípio explana acerca da função social da família. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴ lecionam:

A principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

O referido princípio guarda grande proximidade com o princípio da afetividade no sentido de que é a família já não é meramente uma instituição ligada por interesse e sim ligada pelo afeto nas relações entre seus membros.

2.2 As implicações do novo CPC no Direito de Família

Em 16 de março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, tendo este criado um capítulo inteiro denominado “das ações de família” que traz regras para processos contenciosos relacionados com divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵ em seu artigo “*Processo Familiar: Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família*”¹⁶, o novo CPC além das regras procedimentais traz também uma ‘materialização de uma realidade subjetiva’ concretizando nos processos judiciais a positividade das relações de amor e ódio existente entre as partes. Afirmando:

Quando os restos do amor vão parar no Judiciário, tecendo verdadeiras histórias de degradação do outro em nome de reivindicação de direitos, na verdade estão buscando, na maioria das vezes, o tamponamento de seu desamparo estrutural. Por isso, o processo judicial de família é a materialização de uma realidade subjetiva. E o novo CPC parece ter entendido isso e fez avanços significativos. Utilizou pela primeira vez uma expressão do campo da psicanálise, “sujeitos” do processo, como título do livro III, introduzindo um significante novo para a relação processual; segundo, porque criou um capítulo específico para as ações de família (Cap. X — artigos 693 a 699); e, terceiro, porque introduz novos significados e significantes ao culto da sentença: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

¹⁵ Rodrigo da Cunha Pereira é advogado e presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), mestre (UFMG) e doutor (UFPR) em Direito Civil e autor de livros sobre Direito de Família e Psicanálise.

¹⁶ Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2016, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>

profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação” (artigo 694).

A mediação foi a grande aposta no Código agora em vigor, buscando uma solução rápida e consensual para as partes envolvidas no processo o CPC/15 fixou já no início do processo, antes mesmo de contestar a ação, uma audiência de conciliação. Sabendo que os processos de família envolvem sentimentos, sejam de amor ou de ódio, para não acirrar o litígio, o requerido é citado para audiência de tentativa de conciliação sem a cópia de petição inicial (artigo 695 §1º CPC/15). “§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo”.

Esse é também o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira que leciona:

É que a petição inicial contém a versão dos fatos que, verdadeiros ou não, provocam na parte contrária sentimento de ódio, e, acima de tudo, elas não se reconhecem ali naquela história narrada pela versão do outro. Também foi um grande avanço o julgamento antecipado do mérito (artigo 356), que certamente vai agilizar milhares de processos. Agora, não há mais dúvida de que pode, por exemplo, decretar o divórcio e continuar no mesmo processo as outras discussões conexas, como guarda, convivência e alimentos.

Outros também foram os avanços do novo CPC, a execução de alimentos consagrou o que já vinha sendo aplicado em relação a prisão do devedor, fixando a prisão somente nas três últimas parcelas devidas (art. 528 §7º, CPC) “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Ao contrário do CPC/73, onde ainda existia aquela proteção à mulher, por ser considerada mais vulnerável, mesmo quando não o era, o CPC/15 fixou o foro competente para o ajuizamento da ação o da parte mais vulnerável, seja a mulher ou não (art. 49 a 53, CPC/15).

A despeito dos avanços, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁷ também reconhece falhas que poderiam ter sido corrigidas com o CPC/15, principalmente no que toca a expressões utilizadas a posteriori que hoje já não retratam mais a realidade das famílias:

Porém, nem tudo são flores. O novo CPC perdeu uma boa oportunidade de substituir velhas expressões que carregam consigo um sentido equivocado e já superado pelo Direito de Família, como, por exemplo, “visitação” e “regime de visitas” (artigo 693

¹⁷ Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2016, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>

e 731). Tal expressão traz consigo uma ideia de frieza e formalidade e já havia sido substituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por “convivência familiar” e já consagrada pela melhor doutrina e jurisprudência; a interdição (artigo 747, III) não considerou os tratados internacionais e o princípio da dignidade da pessoa humana, mas a Lei 13.145/15.

Ainda quanto a expressões que não são mais utilizadas, o CPC/15 provocou uma grande discussão a respeito da expressão “separação judicial” utilizada em seu texto, trazendo a tona um intenso debate acerca de uma possível “represtinação da separação judicial pelo novo CPC”. Sobre o tema, Lenio Luiz Streck¹⁸ em seu artigo “*Por que é inconstitucional "represtinar" a separação judicial no Brasil*”, afirmou:

O legislador do novo CPC tem responsabilidade política (no sentido de que falo em *Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*). Para tanto, deve contribuir e aceitar, também nesse particular, a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará. Não fosse por nada – e peço desculpas pela ironia da palavra “nada” - devemos deixar a separação de fora do novo CPC em nome da Constituição. E isso por dois motivos: A um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de “moralizar” as relações conjugais; A dois, pelo fato de o legislador constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. Para o tema voltar ao “mundo jurídico”, só por alteração da Constituição. E ainda assim seria de duvidosa constitucionalidade. Mas aí eu argumentaria de outro modo.¹⁹

E assinala:

Portanto, sem chance de o novo CPC represtinar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada a Constituição.²⁰

¹⁸ Lenio Luiz Streck é jurista, professor, doutor e pós-Doutor em Direito.

¹⁹ Revista Consultor Jurídico, 18 de novembro de 2014, 8h00. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>

²⁰ Revista Consultor Jurídico, 18 de novembro de 2014, 8h00. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>

No mais, grandes foram as inovações do CPC/15, em todas as áreas do direito de família, além das já mencionadas, tiveram também mudanças na tutela e curatela, interdição, foro competente, execução de alimentos, união estável, alienação parental, atendimento multidisciplinar, entre outros.

Em resumo, o CPC/15 foi de grande importância para o direito de família, positivando mudanças que já eram esperadas e até aplicadas bem como facilitando os processos de família que por si já são complicados por envolverem em grande parte, sentimentos. Sobre o tema, Rodrigo Cunha Pereira,²¹ comenta:

O Direito de Família ficará melhor com o novo CPC. Certamente teremos que enfrentar inúmeras questões de direito intertemporal. Porém, a vida, o ir fazendo, vai mostrando o melhor caminho. Metaforicamente, processo é um caminho percorrido e a percorrer, no qual as partes vão depositando suas angústias, insatisfações, frustrações e também a sensação de que alguém foi enganado, para que o Judiciário retifique e repare o erro do outro e diga quem tem razão. O processo, para além da função de busca e materialização de direitos, funciona também como um importante ritual de passagem, agora facilitado por essas novas regras.

As regras do novo código de processo civil vieram para facilitar os processos de família sempre tão complicados por carregarem consigo os sentimentos feridos daqueles que recorrem ao judiciário em busca da solução dos conflitos familiares, tendo como base e pilar de sustentação a mediação.

3 A RESPONSABILIDADE APLICADA AO ABANDONO AFETIVO

A Responsabilidade Civil tem seu fundamento no fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem. Segundo o artigo 927 do Código Civil brasileiro que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e segue em seu parágrafo único “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Para Maria Helena Diniz²² responsabilidade civil é:

²¹ Processo Familiar. Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família. Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2016, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 . p. 34

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Desse modo, tem-se que a responsabilidade civil nasce do descumprimento de uma obrigação pactuada em um contrato seja ele qual for, ou pela inobservância de norma que regula os atos da vida civil, podendo ser direta ou indireta.

Neste sentido, afirma Silvio de Salvo Venosa ²³(2003, pag. 12):

“Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar. No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquele conduto que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.”

Sabendo que, o descumprimento de uma obrigação, por si só, gera o dever de indenizar é necessário que se mencione os requisitos geradores desse dever.

3.1 Elementos do dever de indenizar

Apesar de divergências, a doutrina majoritária aponta a existência de quatro elementos do dever de indenizar, são eles: conduta humana, culpa genérica ou *lato sensu*, nexó de causalidade e dano ou prejuízo.

3.1.1 Conduta humana

Maria Helena Diniz (2003, pag. 37) ²⁴define conduta humana como sendo "o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003

próprio agente ou de terceiro, (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”. Afirma ainda que a ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e que a “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, (...) principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos”. E continua sua lição afirmando que o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a “comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.

Ora, a conduta no caso em comento nada mais é do que o abandono do genitor a sua prole, de forma deliberada e descuidada, podendo causar prejuízos psíquicos e a personalidade daquele que sofre o abandono.

3.1.2 Culpa genérica ou *lato sensu*

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil afirma que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.” A culpa não é elemento essencial da responsabilidade civil, essenciais são a conduta humana, o dano ou lesão e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Sílvio Rodrigues²⁵ afirma que “atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Existindo infração ao dever preexistente de atuar com prudência e diligência na vida social”.

Giselda Maria Fernandes Hironaka²⁶ afirma que não se há falar em culpa do genitor não guardião, sempre que se apresentar, por exemplo, fatores que o impedem de conviver com o filho, como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas, assim como na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não se saber se, realmente, "este suposto descumprimento é imputável à própria omissão do genitor não guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião”.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1980.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Revista brasileira de direito de família. Porto A legre, n. 12, 2007.

Assim, para que exista o dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo é necessário que fique provada a culpa do genitor, ou seja, que este deliberadamente tenha escolhido não participar da vida do filho, mesmo podendo fazê-lo, por negligência ou mesmo imprudência.

3.1.3 Nexo de causalidade

Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 39) ²⁷ ao definir nexo de causalidade ensina que:

“O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.”

Portanto, não basta apenas que o filho sofra dano, é preciso que esta lesão passe a existir a partir abandono do genitor para que haja o dever de compensação. É necessária relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano e tal forma que o ato do agente seja considerado como causa do dano. Sobre o tema Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ²⁸ afirma:

Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexos de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado. Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo,

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n. 12, 2007.

seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diurno.

Assim, para que gere o dever de indenizar, além da conduta humana e da culpa, é importante que exista um liame entre o dano causado e a conduta geradora do dano, ou seja, é necessário que os danos psíquicos causados ao filho sejam decorrentes do abandono afetivo do pai/mãe.

3.1.4 Dano ou prejuízo

Para que exista responsabilidade civil, é necessário que exista dano ou prejuízo causado a outrem a fim de que ninguém seja responsabilizado por algo que sequer consequência teve. Esse dano, de acordo com Sílvia de Salvo Venosa, deve ser certo e efetivo. Sobre o dano, Sílvia de Salvo Venosa (2003, pag. 28) ²⁹ afirma que:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O dano se divide em patrimonial e moral e direto ou indireto. Patrimonial é aquele relacionado a bens, valores, ou seja, está geralmente ligada a uma destruição ou diminuição patrimonial. Já dano moral, objeto da presente pesquisa, não tem caráter meramente pecuniário, diz respeito a direitos da personalidade, como direito a vida, integridade moral, física e psíquica.

O dano moral se divide em direto e indireto. Já o dano moral direto, de acordo com Maria Helena Diniz (2003, pag. 86), ³⁰ consiste na lesão a um interesse tendente à

²⁹ VENOSA, Sílvia de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima.

O dano moral indireto, ainda de acordo com a autora, consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).

No que toca as relações familiares, considerando que os direitos da personalidade são desrespeitados, o dano moral indireto é que deve ser reparado. Assim, o dano causado pela ausência afetiva é um dano causado à personalidade do indivíduo.

O Código Civil, em seus artigos. 1.637 e 1.638 determina inclusive a suspensão ou perda do poder familiar por diversos comportamentos cometidos pelos pais, podendo inclusive ensejar a reparação civil por violação dos direitos da personalidade inerente ao filho, confirmando a incidência de responsabilização dos genitores diante da falta de assistência moral e material com os menores.

Sobre o tema, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³¹, em seu artigo “*Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*” afirma:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.

A ausência de um dos genitores é um exemplo claro de dano ao filho submetido a essa situação, conforme menciona Vanessa Viafore em seu artigo “*o abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto*”, quando diz que a ausência injustificada do genitor

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n. 12, 2007.

origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Neste caso, provar-se-á através de perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de analisar o dano real e sua efetiva extensão.

3.2 As relações paterno-filiais e o dever de indenizar

A presente pesquisa traz como tema uma pergunta, o desamor gera danos morais? Para tanto, faz-se necessário primeiro explicar o instituto do desamor. A “teoria do desamor” foi criada pela Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³², como meio para discutir a possibilidade de indenização pelo pai ou mãe que, mesmo tendo cumprido a obrigação de ajudar financeiramente o filho, não o fez no aspecto emocional.

O abandono afetivo é um dos temas mais polêmicos do Direito de Família por tratar tão abertamente a possibilidade de restituição pecuniária decorrente da falta de amor. A presença dos pais na vida dos filhos é de suma importância, a falta de proximidade, convívio, atenção e cuidado além do tratamento diferenciado entre os filhos, pode acabar gerando transtornos psíquicos e sociais.

A formação do caráter, a construção de valores e princípios está intimamente ligada à presença e cuidado dos pais com seus filhos. A família é a base para o desenvolvimento da criança, estes veem nos pais o exemplo, o espelho e a referência, acabando muitas vezes por seguir seus passos e pensamentos. E essa obrigação não é apenas moral mas também legal, institucionalizada e positivada na Constituição da República.

A CF/88 em seu art. 229 é bem claro quando diz que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, podendo sua violação gerar ato ilícito.

Nessa esteira, também é o art. 1.634, inciso I, do Código Civil que delega aos pais, em relação à pessoa dos filhos, “dirigir-lhes a criação e educação”. Assim, portanto, que o legislador pátrio, quis deixar bem claro o dever dos pais no exercício do poder familiar a obrigação de dirigir a criação e educação de seus filhos.

³² Doutora e Livre Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora Associada do Departamento de Direito Civil da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Diretora Nacional da Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Ex Procuradora Federal.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em seu artigo, “*Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*”³³, elenca como pressuposto necessários para uma possível restituição pecuniária decorrente do abandono afetivo, a existência efetiva de uma relação paterno-filial, sendo necessário que “o genitor que se afastou do convívio de sua prole conhecia o fato de se ter tornado pai”, até porque, de acordo com a autora, não há como pedir restituição de algo que não existiu, ou seja, galgar uma indenização por uma relação rompida se um dos polos não conhecia sua condição de genitor.

Ainda segundo a pesquisa, a autora classifica os deveres dos pais, de modo geral, como “sustento, guarda e educação”.³⁴ O dever de sustento é aquele meramente patrimonial, contribuindo, cada genitor, nas medidas de suas possibilidades. O dever de guarda tem relação com a manutenção dos filhos em companhia dos pais, em caso de separação, na companhia de um deles resguardando ao outro, o direito de visitação. O dever de educação por sua vez, tem sentido amplo, no sentido de garantir aos filhos educação moral e intelectual, ensinando a criança “noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior”.

Assim, Giselda Hironaka,³⁵ conclui que:

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade.

Ideologia esta, confirmada por Rodrigo Cunha quando afirma que :

“na assunção de seus papéis de pais, os genitores não devem limitar seus encargos ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo, sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique. Essas são prerrogativas do “poder familiar” e, principalmente, da delegação de amparo aos filhos”.

³³ Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>.

³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n. 12, 2007.

³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n. 12, 2007.

Os modelos de famílias mudaram, é comum ver famílias compostas apenas pela mãe (ou pai) e filhos, ou um dos genitores e os avós, ou até crianças sendo criadas pelos avós quando ambos os pais as deixaram, enfim, inúmeros são os modelos atuais de família, e em sua maioria alguma história de abandono afetivo, abandono esse geralmente “suprido” por um pagamento pecuniário de pensão alimentícia ao fim de cada mês.

Ocorre que a função paterna, como dito anteriormente, é mais do que o fornecimento das necessidades materiais do filho e sua supressão causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro³⁶.

Mesmo diante de todo o exposto o questionamento persiste, é possível valorar o afeto? Ainda que seja claro no nosso ordenamento jurídico que é dever dos genitores o cuidado e a assistência tanto material quanto psicológica a dúvida sobre ser possível ou não obrigar alguém a amar outro, ainda existe.

Nesse atual mundo capitalista, o amor já está valorado. É comum ver pais muito ocupados que por vezes tentam compensar sua ausência com presentes ou mesmo aqueles que são separados e tentam compensar o afeto com o mero pagamento da pensão alimentícia ao fim de cada mês, sobre a pensão alimentícia Roberto Cunha³⁷, afirma:

O valor dos alimentos são fixados de acordo com a necessidade de quem recebe e a possibilidade de quem paga. Mas o que é a necessidade? É apenas o mínimo para subsistência? Eis aí uma questão que a doutrina e a jurisprudência tem evoluído bastante. Afinal, “nem só de pão vive o homem”, e aqui nos socorremos, novamente, à arte (poesia) para ajudar a pensar melhor o direito, com a música dos Titãs: *A gente não quer só comida/ A gente quer comida/ Diversão e arte (...)*. Portanto, a necessidade vai além de arroz e feijão, e pode variar de acordo com o padrão de vida das partes envolvidas, tal como anunciado no CCB, pois deve ser estabelecido de *modo compatível com a sua condição social* (artigo 1.694).

Considerando o que fora dito acima, a pensão é fixada levando em consideração a possibilidade de quem paga versus a necessidade de quem recebe observado o padrão de vida do infante, entretanto, mesmo que supra todas as necessidades da criança que recebe essa pensão, mero valor, não supre a presença, o cuidado e a atenção de quem o paga.

³⁶ Rodrigo da Cunha Pereira / Cláudia Maria Silva. NEM SÓ DE PÃO VIVE O HOMEM. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>.

³⁷ Rodrigo da Cunha Pereira / Cláudia Maria Silva. NEM SÓ DE PÃO VIVE O HOMEM. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>.

Indo pelo mesmo viés anteriormente demonstrado, o lado positivista, a despeito dos artigos já mencionados que obrigam os pais a prestarem assistência aos filhos, ao art. 5º, inciso II da CF/88 também é claro ao dizer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ademais existem inúmeros obstáculos que podem vir a interferir na convivência entre pais e filhos, sendo o principal deles na grande maioria das vezes, o próprio genitor guardião.

Gabriela Soares Linhares Machado³⁸ destaca a existência de duas correntes divergentes quanto à aplicabilidade da reparação civil nos casos de abandono afetivo:

A primeira entende que é possível a reparação civil, utilizando como argumentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio implícito da afetividade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Por outro lado, a segunda corrente entende não ser possível à reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo, sob pena de se quantificar o amor, sem se esquecer do fato de que ninguém pode ser obrigado a amar.

Sabendo disso, se faz necessário a análise de ambas as correntes bem como seus pontos positivos e negativos.

3.3 Aspectos positivos do dever de indenizar

Apesar de não ser pacífico o entendimento na doutrina, bem como de ainda ser polêmico a possibilidade de indenização por abandono afetivo, a corrente majoritária segue o entendimento da possibilidade da restituição pecuniária decorrente da ausência do genitor, desde que comprovados os requisitos e o dano causado ao filho.

Histórias de abandonos são frequentes, a separação dos pais combinada a novos relacionamentos e filhos “novos” é quase unanimidade, todos conhecem uma história dessas, o genitor que se afasta encontra muitas justificativas para não estar mais presente na vida do(s) filho(s) do casamento anterior; pais que não se comprometem com seus filhos e empurram para o outro sua função, entre outros³⁹

³⁸ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/análise-doutrinária-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiação-e-sua-reparação>>.

³⁹ Rodrigo da Cunha Pereira / Cláudia Maria Silva. NEM SÓ DE PÃO VIVE O HOMEM. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>

O abandono e a diminuição frente à nova família acabam por gerar danos psíquicos ou de personalidade no filho deixado de lado e sabendo que afeto é princípio jurídico e pressuposto da função paterna, essa corrente defende não a possibilidade de obrigar alguém a dar afeto a outro, mas de reparar um ilícito bem como repreender aos que acham que a função de genitor acaba na concepção. Nesse sentido é a posição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁰:

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

Um dos primeiros a tratar do assunto e defender essa posição foi o jurista Rodrigo da Cunha Pereira citado por Stolze em seu livro *Novo Curso de Direito Civil*⁴¹ que asseverou:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.

Ora, amar não depende de nenhuma outra condição além do querer do genitor. Acompanhar o filho, cuidar e educar advém da própria personalidade e vontade daquele que por qualquer razão tenha tido um filho. Assim, é compreensível por vezes a falta de assistência material que não depende apenas da vontade pessoal do pai/mãe em prestá-la, mas de circunstâncias alheias a sua vontade, entretanto, a falta de afeto não há como ser justificada. Também defensor dessa corrente é o grande escritor e professor Flávio Tartuce⁴², que deixa bem clara sua posição na polêmica discussão.

Cumprido destacar que me posiciono no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 75

⁴¹ Rodrigo da Cunha Pereira apud Pablo Stolze e Gagliano, p. 748

⁴² Flávio tartuce. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/27/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/>

direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor.

O dano, como já explicitado é aquele que acomete a personalidade de quem sofre o abandono, pessoas inseguras, depressivas, com baixa estima, entre outros, que deverão ser provados no momento da propositura da ação. O abandono afetivo causa abalo psicológico à criança ou adolescente, caracterizando assim o dano moral, nada mais elementar do que afirmar que o dano moral gera responsabilidade civil de indenizar a vítima pelo dano causado⁴³.

O relator Desembargador Unias Silva, ao julgar apelação civil nº 408.550.504 TJ/MG expressou de forma clara e objetiva em que consiste o dever de indenizar decorrente do abandono quando disse que "a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana".

A pergunta que se impõe não é se cabe ao judiciário obrigar alguém a amar o outro e sim se cabe restituição pelo desamor. Diante de todo o exposto ate aqui, ficou claro que não é possível obrigar alguém a amar, a própria CF/88 deixa claro que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, mas deixando de fazê-lo deverá reparar aquele que lesionou.

Sobre o tema, apesar da posição favorável, Giselda Maria Fernandes Hironaka pondera que observada à razoabilidade dos casos de indenização por abandono afetivo e desde que dentro da realidade no sentido de não banalizar o instituto da responsabilidade civil.

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.

É importante que fique claro que a restituição pecuniária em decorrência do abandono afetivo não deve ter por finalidade uma possível tentativa de reestabelecimento de uma relação rompida e sim uma restituição pecuniária decorrente de um ilícito cometido no âmbito familiar.

⁴³ Responsabilidade civil por abandono afetivo. Lorena Araujo Matos. disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057.

Lorena Araujo Matos ⁴⁴ cita o professor Sérgio Resende, que de forma brilhante discorre que:

“em interessante artigo, Sérgio Resende de Barros afirma que o afeto é o primeiro dos direitos humanos operacionais da família, seguido pelo direito ao lar. Portanto, os filhos menores têm direito ao lar, ao afeto no lar, à vivência doméstica e à convivência familiar; direito ao apoio da família, à saúde, à educação, à solidificação da pessoa humana, ao reconhecimento à paternidade e à maternidade; direito ao parentesco e à afinidade; direito ao respeito e à amizade entre os familiares.”

O maior defensor dessa corrente, Rodrigo Cunha ⁴⁵ expõe o seguinte:

Admitindo-se não ser possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno. Podemos esperar que, proximamente, em casos semelhantes, o Judiciário promova julgamentos alicerçados em novos paradigmas, traduzindo as concepções de uma justiça contemporânea e consolidando o afeto como um valor jurídico, um pressuposto para o exercício da autoridade e das funções paternas.

O pai que abandona afetivamente um filho não pode ser obrigado a amá-lo, mas deve ser obrigado a restituir em forma de pecúnia, os danos psicológicos causados ao filho, que poderiam ter sido evitados com atenção e cuidado por parte daquele que tinha a obrigação de fazer.

3.4 Aspectos negativos da dever de indenizar

A argumentação contrária à restituição pecuniária pelo abandono afetivo, principalmente por defende que não se pode obrigar um pai (ou mãe) a indenizar um filho por sua ausência e que se o fizer o genitor jamais voltará a se aproximar deste. Ademais, alegam que isso seria a monetarização do afeto.

Neste diapasão, Sérgio Resende de Barros ⁴⁶ destaca:

Não se deve confundir a relação de afeto, considerada em si mesma, com as relações patrimoniais que a cercam no âmbito da família. Entre os membros de uma entidade familiar, por exemplo, entre os pais, ou entre estes e os filhos, a quebra do afeto se manifesta por diversas formas: aversão pessoal, quebra do respeito ou da fidelidade,

⁴⁴ Lorena Araujo Matos. Artigo Responsabilidade civil por abandono afetivo. Rio Grande, 15 de Dezembro de 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14

⁴⁵ Rodrigo da Cunha Pereira / Cláudia Maria Silva. NEM SÓ DE PÃO VIVE O HOMEM. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>

⁴⁶ BARROS, Sérgio Resende de. Dolarização do afeto. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n. 14, 2002.

ausência intermitente ou afastamento definitivo do lar, falta ou desleixo nas visitas e na convivência, etc. Mas nenhuma forma de desafeto faz nascer o direito à indenização por danos morais. Mesmo porque, muitas vezes, o ofendido é o acusado, cuja conduta reage à ação ou omissão do outro.

Fernando Porfírio⁴⁷ assevera que a tal matéria preocupa os magistrados, ante ao risco de banalização e pelo fato de que, inexistindo a obrigação legal, não haveria ato ilícito.

In verbis:

A matéria que envolve responsabilidade civil por abandono afetivo divide e preocupa magistrados, principalmente, por conta do risco da banalização, da criação de uma indústria do dano moral ou de servir de meio de revanche. Quem defende a tese intransigentemente contrária ao dano moral argumenta que, não existindo a obrigação legal, não há ato ilícito, ainda que da falta de amor resulte algum dano afetivo ao filho.

Esta corrente considera que 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.⁴⁸

Não se pode conceber que toda criança ou adolescente que apresente padrões psicológicos fora da normalidade e, por coincidência, tenha crescido sem a presença e afeto do pai, desenvolva negativamente sua personalidade em razão da ausência da referência paterna. Da mesma forma, não se pode aceitar a alegação de que o abandono afetivo configura ilícito em razão do descumprimento do dever de assegurar ao filho o direito à convivência familiar, tendo em vista que o convívio familiar constitui dever da família, entendida como a entidade formada por membros ligados pela afetividade, não sendo obrigação legal dos pais.⁴⁹

Segundo Danielle Alheiros Diniz⁵⁰ será indenizável o dano certo e efetivo, o que não ocorre quando o dano é psicológico:

⁴⁷ PORFÍRIO, Fernando. Preço do Amor – Pai deve indenizar filho por abandono afetivo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jan-13/justica-sp-condena-pai-indenizar-filho-abandono-afetivo>. Acesso em 05. Dez.2011.

⁴⁸ Vanessa Viafore. O Abandono Afetivo E A Responsabilidade Civil Frente. 06 de novembro de 2007.

⁴⁹ Jessica Reis Morais. A Impossibilidade Da Responsabilização Civil Por Dano Moral Decorrente Do Abandono Afetivo Nas Relações Paterno-Filiais.9 de maio de 2014. Disponível em <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=67>.

⁵⁰ DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/artigos/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 16 out. 2013.

Quanto ao dano, para ser indenizável ele precisaria ser certo e injusto. No caso do abandono afetivo o dano seria o psicológico, não podendo ser dado como certo e injusto. Injusto é o dano causado voluntariamente, que podia ser evitado pelo agente. Nas relações familiares há condutas naturais dotadas de sentimento que não dependem da vontade da pessoa. Não é questão de ser justo ou não os pais amarem o filho, mas sim uma questão natural para a qual ninguém pode ser compelido. Outrossim, o dano causado pelo abandono afetivo jamais poderá ser configurado como certo, pois nada fará cessá-lo, nem mesmo o fim de uma ação judicial que indenize o filho em pecúnia. Quiçá, com o trâmite processual, o dano até aumente devido aos desgastes que uma ação traz para os seus litigantes.

Desse modo, parte da doutrina que defende impossibilidade de indenização por abandono afetivo defende não ter como provar o nexo de causalidade entre a conduta daquele que abandona e os possíveis danos psicológicos sofridos pelo filho ate por considerar a sociedade atual onde o indivíduo vive pressionado por padrões e cobranças. As injustiças sociais, o descaso do Estado ou até mesmo o abalo provocado pela separação dos pais podem contribuir para o desenvolvimento de transtornos psicológicos⁵¹.

Assim, não seria justo responsabilizar todo pai ausente por qualquer dano psicológico ou da personalidade que seu filho venha a ter, dano esse que poderia ter advindo de qualquer outra experiência negativa da vida dessa criança ou adolescente. No mais já existe a perda do poder familiar como sanção aquele que abandona o filho, impor além desta, uma indenização, seria agir com excesso e não com justiça.

Desta forma, a corrente negativa do dever de indenizar pela falta de afetividade tem se orientado, frisando que os deveres decorrentes da paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto. A acepção da indenização por dano moral considera-se abusiva e por demais arbitrária, uma vez que o pagamento correto da pensão alimentícia já se torna suficientemente uma demonstração de afeto e respeito pelo filho. Idealizando assim, a ideia de que o exercício reparatório do dano moral não pode ser exteriorizado frente à “monetarização” do amor, do afeto, eximindo totalmente a culpa de uma conduta ilícita, reprovável⁵².

Assim, não há dúvidas que não existe o dever jurídico de amar. Cabe frisar que o judiciário é o principal defensor dessa corrente, negando grande parte dos pedidos de indenização por abandono afetivo. Entretanto, insta salientar que na grande maioria das vezes,

⁵¹ Jessica Reis Morais. A Impossibilidade Da Responsabilização Civil Por Dano Moral Decorrente Do Abandono Afetivo Nas Relações Paterno-Filiais. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=67>

⁵² Vanessa Viafore. O Abandono Afetivo E A Responsabilidade Civil Frente. 06 de novembro de 2007.

a negativa é resultado de processos rasos, sem provas dos danos psicológicos causados pelo desamor.

4 O ABANDONO AFETIVO NO BRASIL

4.1 Aplicação nos Tribunais

Os Tribunais de Justiça recebem vários pedidos de indenização por abandono afetivo, mas ainda há divergências nas decisões, acarretando a grande discussão entre os juristas. O principal motivo de tais divergências é a seguinte questão: Como a Justiça vai obrigar os pais a amarem seus filhos?

Segundo Flávio Tartuce em seu artigo “*da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*”⁵³ o doutrinador e presidente nacional do IBDFAM atuou na primeira ação judicial em que se reconheceu a indenização extrapatrimonial por abandono filial. Na ocasião, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido (Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte. Sétima Câmara Cível. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juízes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida, vogal).

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO - FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Deram provimento. (TJMG, Apelação Civil 408.550.54, Rel. Des. Unias Silva).

Entretanto, posteriormente, houve recurso especial impetrado pelo pai e o Superior Tribunal de Justiça reformou no ano de 2005 a primeira decisão do Tribunal de Minas Gerais, não admitindo a responsabilidade por falta de afeto, afirmando não existir ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho.

Assim, o abandono afetivo não poderia gerar reparação pecuniária, STJ, Recurso Especial 757.411/MG, tendo como relator o ministro Fernando Gonçalves, seguindo pelos votos dos ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha, apesar

⁵³ Flávio tartuce. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/27/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/>

dos votos contrários o ministro Barros Monteiro votou por não conhecer o recurso, por compreender que seria cabível a reparação por danos morais pelo abandono afetivo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.⁵⁴

Essa decisão não encerrou o debate quanto à indenização por *abandono afetivo*, ate hoje intenso na doutrina. Essa situação foi novamente modificada no ano de 2012, na relatoria da ministra Nancy Andrighi, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo. Sendo essa a 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/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso

⁵⁴ STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)

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”⁵⁵

Em sua relatoria, a julgadora ressalta, de início, ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, sendo insignificante qualquer tipo de discussão a esse respeito, pelos naturais diálogos entre livros diferentes do Código Civil de 2002. Desse modo, supera-se totalmente a posição firmada no primeiro julgado superior sobre o tema, especialmente o que foi desenvolvido pelo então Ministro Asfor Rocha, da impossibilidade de interação entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil.

Para a Ministra Nancy Andrighi, ainda, o dano extrapatrimonial estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, com fundamento no princípio da afetividade, a julgadora deduz pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “amar é faculdade, cuidar é dever”. Concluindo pelo nexo causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a paternidade de filha havida fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono, a magistrada entendeu por reduzir o *quantum* reparatório que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Entretanto, atualmente ainda há grande vacilação jurisprudencial na admissão da reparação civil por abandono afetivo, com ampla prevalência de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito em casos tais, notadamente pela ausência de prova do dano.

Trilhando esse caminho, de acordo com a primeira orientação do Tribunal da Cidadania, na Corte Estadual que despertou o debate, deduziu-se que “por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0647.15.013215-5/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgado em 10/05/2017, *DJEMG* 15/05/2017).

Nesse sentido: “a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Beligerância entre os genitores” COLOCAR COMO

⁵⁵ (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, *Dje* 10/05/2012).

REFERÊNCIA. De todo modo, pode ser notada certa confusão técnica no último *decisum*, pois não é o ilícito que é elemento do dano moral, mas vice-versa.

Por outra via, concluindo pela ausência de prova do dano, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que:

“A jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. *Non liquet*, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido”⁵⁶

Mais recentemente, o Tribunal gaúcho aduziu que:

O dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral.⁵⁷

Nota-se que muitos julgados seguem a frase da ementa segundo a qual o mero distanciamento físico entre pai e filho não configura, por si só, o ilícito indenizável. Ora, é necessário que se repita mais uma vez que não se pode fazer do abandono uma banalização da responsabilidade civil, é necessário que exista o dano, e que esse dano tenha nexo com o abandono afetivo sofrido.

O próprio Superior Tribunal de Justiça tem acórdãos recentes que não admitem a reparação de danos por abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Desse modo, julgando “alegada ocorrência de abandono afetivo antes do reconhecimento da

⁵⁶ (TJSP, Apelação n. 0006195-03.2014.8.26.0360, Acórdão n. 9689092, Mococa, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016, *DJESP* 02/09/2016).

⁵⁷ (TJRS, Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Rel^a Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, *DJERS* 06/06/2017).

paternidade. Não caracterização de ilícito”⁵⁸. Ou, ainda, “a Terceira Turma já proclamou que antes do reconhecimento da paternidade, não há se falar em responsabilidade por abandono afetivo”⁵⁹

Em se repetido o que já fora dito anteriormente, não há que se falar em responsabilidade por abandono afetivo daquele que não sabia que era genitor de alguém. Em suma, parece que a doutrina contemporânea foi bem festiva em relação à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo, em especial após o julgamento do REsp 1.159.242/SP, em 2012.

Porém, no âmbito da jurisprudência, há certo ceticismo, com numerosos julgados que afastam a indenização. Muitos deles o fazem também com base na ausência de provas, necessárias a qualquer processo. Diante disso, Tartuce⁶⁰ recomenda:

Diante desse panorama recente, recomendo que os pedidos de indenização por abandono afetivo sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho. Notei que os julgados estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização.

No âmbito jurisprudencial, a responsabilidade civil por abandono afetivo é pouco utilizada principalmente, repita-se, por ausência de provas relativas ao dano causado ao filho abandonado afetivamente, em toda a extensão da pesquisa tentou-se deixar bem claro que a possibilidade existe, entretanto é necessário que exista prova do dano para não haja a banalização do instituto.

⁵⁸ (STJ, AREsp 1.071.160/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE* 19/06/2017).

⁵⁹ (STJ, Agravo Regimental no AREsp n. 766.159/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE* 09/06/2016).

⁶⁰ **Flavio tartuce. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira.**

Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/27/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As famílias mudaram, os novos modelos de família no geral tem alguém ausente, mas nem sempre isso quer dizer abandono afetivo. Conforme foi exposto durante toda a extensão do texto, o desamor pressupõe abandono afetivo em seu sentido amplo, abrangendo o dever de cuidado material, guarda e o dever de educação.

A ausência do dever de educar, participar, seja por negligência ou imprudência acaba por gerar um ilícito, mas ainda assim não é suficiente para uma possível indenização. É necessário que existam os elementos do dever de indenizar, primordialmente o dano à personalidade, e que esse dano tenha nexos de causalidade com a ausência afetiva do genitor.

Apesar do que diz parte da doutrina, afirmando não ser possível obrigar alguém a amar outrem, nem que se pode atrelar todo e qualquer dano psicológico a ausência de um dos pais, é necessário que fique claro que o que se busca em um processo de indenização por abandono afetivo não é o amor não fornecido ou o reestabelecimento da relação entre pais e filhos. O que se busca é o ressarcimento por quem se sente ferido por ser abandonado por aquele que tinha o dever de cuidado.

Busca-se uma espécie de “educação” dos genitores para que não cometam o mesmo erro duas vezes, para que fique claro que a responsabilidade não acaba na concepção, ou mesmo no pagamento da pensão alimentícia todos os meses. O dever dos pais com os filhos vai além da assistência material e o afeto deve estar presente entre esses deveres.

Entretanto, para que exista o dever de indenizar, é necessário que tenha havido o dano e que esse dano tenha ocorrido pela falta de afeto. Nesse caso, é plenamente possível ser ressarcido pelo genitor, em decorrência da negligência ao dever de cuidar.

REFERÊNCIAS

Luciano Silva Barreto. *Evolução Histórica e legislativa da Família*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf > Acesso em: 16 set. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 -7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 66-67.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Manual de Direito das Famílias - Nova Ortografia - 9ª Ed. Revista dos tribunais. 2013 - Maria Berenice Dias

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo*. Ed. Juruá, 2012. P. 126

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 66

Artigo publicado na Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Matéria de capa: *Direito de Família e Afetividade no Século XXI.- disponível em:(<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>)*

Princípio do Melhor Interesse da Criança. Daniele Freitas. 2015. Disponível em: <https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>.

Revista Consultor Jurídico, Direito de Família. Por que é inconstitucional "repristinar" a separação judicial no Brasil. 6 de março de 2016, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>

Processo Familiar. Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família. Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2016, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 . p. 34

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1980.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n. 12, 2007.

Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>.

Rodrigo da Cunha Pereira / Cláudia Maria Silva. NEM SÓ DE PÃO VIVE O HOMEM. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/análise-doutrinária-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiação-e-sua-reparação>>.

Rodrigo da Cunha Pereira apud Pablo Stolze e Gagliano, p. 748

Flavio tartuce. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/27/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/>

Responsabilidade civil por abandono afetivo. Lorena Araujo Matos. disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057.

Lorena Araujo Matos. Artigo Responsabilidade civil por abandono afetivo. Rio Grande, 15 de Dezembro de 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14

BARROS, Sérgio Resende de. Dolarização do afeto. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n. 14, 2002.

PORFÍRIO, Fernando. Preço do Amor – Pai deve indenizar filho por abandono afetivo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jan-13/justica-sp-condena-pai-indenizar-filho-abandono-afetivo>. Acesso em 05. Dez. 2011.

Vanessa Viafore. O Abandono Afetivo E A Responsabilidade Civil Frente. 06 de novembro de 2007.

DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <[http:// jus.com.br/artigos/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo](http://jus.com.br/artigos/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo)>. Acesso em: 16 out. 2013.

Jessica Reis Morais. A Impossibilidade Da Responsabilização Civil Por Dano Moral Decorrente Do Abandono Afetivo Nas Relações Paterno-Filiais. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=67>

Flavio tartuce. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/27/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/>

STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)

STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, *DJe* 10/05/2012).

TJSP, Apelação n. 0006195-03.2014.8.26.0360, Acórdão n. 9689092, Mococa, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016, *DJESP* 02/09/2016).

TJRS, Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Relª Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, *DJERS* 06/06/2017).

STJ, AREsp 1.071.160/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE* 19/06/2017).

STJ, Agravo Regimental no AREsp n. 766.159/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE* 09/06/2016).