

CABIMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL

AVAILABILITY OF THE LIABILITY ACTION FOR ABANDONMENT PARENTAL AFFECTIVE

Andréa Fabiana Capuchinho Ferraz¹

Advogada e Assessora Jurídica Trabalhista em Artur Nogueira/SP

RESUMO: A evolução da sociedade exigiu o reconhecimento jurídico de novas formas de convívio familiar, nas quais o centro da proteção jurídica prioriza os elos de afetividade e tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana. Com o despontar das famílias plurais, houve o aumento crescente das dissoluções conjugais e, conseqüentemente, surgiu a figura dos filhos resultantes de famílias desfeitas e, na maioria dos casos, privados da convivência de um dos pais. Não é incomum que o genitor forme nova família e entenda ser suficiente atender às necessidades materiais dos filhos do relacionamento anterior, rompendo bruscamente os laços afetivos e causando sérios danos psicológicos às crianças. Na legislação brasileira não há, textualmente, norma que tutele os direitos das crianças e dos adolescentes

que sofrem o abandono afetivo parental, mas já surgiram nos Tribunais ações de filhos em face de seus genitores, buscando a reparação pelo dano moral decorrente do abandono afetivo. O assunto é novo e as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais são controversas. Este trabalho tem por objetivo verificar se a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo parental é cabível.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família; responsabilidade civil; abandono afetivo parental; dano moral.

ABSTRACT: *The evolution of society demanded legal recognition of new forms of family life, in which the center of legal protection prioritizes the bonds of affection and is the major principle of human dignity. With the emergence of plural families there was increasing dilutions of marital and consequently emerged the figure of the*

¹ Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUC, Mestranda em Direito do Trabalho pela Unimep - Piracicaba/SP.

children from families resulting undone, and in most cases the private interaction of a parent. It is not uncommon for the parent form and understand new family be enough to meet the material needs of children from previous relationship, breaking sharply affective bonds and causing serious psychological harm to children. Brazilian law there is, literally, rule that protects the rights of children and teenagers who suffer from affective parental abandonment, but already appeared in court actions in the face of children from their parents, seeking compensation for moral damages resulting from emotional abandonment. The subject is new and the doctrinal and jurisprudential opinions are controversial. This study aims to determine whether the action of civil liability for abandonment is parental affective measures.

KEYWORDS: *Family law; liability; parental emotional abandonment; moral damage.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução da família; 2 Dissolução da sociedade conjugal e abandono afetivo; 3 Elementos do dever de indenizar e sua aplicação ao abandono afetivo; 4 O olhar dos tribunais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Family Evolution; 2 Dissolution of the conjugal society and emotional neglect; 3 Elements of the duty to indemnify and its application to the emotional abandonment; 4 The look of the courts; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna e multifacetada está pautada em novos formatos que conduzem o Direito a absorver as novas situações jurídicas decorrentes da evolução das relações humanas, inserindo-as no escopo da promoção do bem de todos, fundamentado na garantia da dignidade da pessoa humana.

A evolução legislativa na área do Direito de Família também contribuiu para que se concretizasse o Direito mais humanizado e em cuja base está o afeto, elemento indispensável das relações familiares. Assim, não se pode admitir que os pais, voluntariamente, rompam com os vínculos afetivos mantidos com os seus filhos, os expondo aos danos decorrentes do abandono emocional.

A decisão do STJ prolatada em abril de 2012 demonstra que a discussão sobre o abandono afetivo retornou com força ao cenário jurídico brasileiro, levantando a reflexão acerca da paternidade/maternidade responsável e diretamente relacionada ao dever de prover o cuidado e afeto aos filhos, sejam eles resultantes de casamentos desfeitos ou não.

A jurisprudência internacional deixou evidente que os operadores do Direito, ao se depararem com temas inusitados, complexos e nem sempre

contemplados pela legislação, se preocupam em oferecer respostas minimamente satisfatórias para as ações onde há ausência de respostas puramente normativas.

O resultado desta preocupação é o surgimento de decisões inovadoras, alcançadas no entrelaçamento das normas com o principal objetivo de não apenas buscar, mas encontrar soluções para as exigências de novos conflitos sociais.

1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família é célula básica da sociedade² e sempre esteve presente como modo de organização social que antecede o próprio Estado, pois, desde a existência do homem, também existiu alguma estrutura familiar. Contudo, a instituição familiar não é estática; ao contrário, o seu dinamismo alcança grandes proporções e as mudanças nela ocorridas repercutiram em diversos outros setores, como a Igreja, a Política e o Direito.

Ao longo do tempo, a família passou por uma evolução natural pautada na influência dos diversos setores que afetam as relações sociais. O desenvolvimento da sociedade, marcado por vários e significativos acontecimentos, como, por exemplo, a Revolução Industrial³, que contribuiu fortemente para que a mulher entrasse no mercado de trabalho, imprimiu novos conceitos de formação e organização familiar⁴.

O modelo tradicional, no qual um homem e uma mulher unidos pelo casamento geram filhos para criá-los juntos, foi completamente reformulado e substituído por variadas e novas formas de constituição familiar, dando lugar à pluralidade e às regras mais flexíveis. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais e homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou⁵...

A mobilidade das configurações familiares, que tem como um dos fatores o crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho, fez surgir formas de convívio improvisadas que buscam harmonizar-se com a necessidade de criar os filhos decorrentes de antigos e novos relacionamentos.

² BRASIL. Constituição Federal, artigo 226. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 88.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁴ Dias, 2011, p. 40 e 41.

⁵ Id., p. 40.

O pluralismo das relações familiares, as restrições impostas pelas legislações – como foi o caso da ausência do divórcio no Brasil por longos anos – e a formação de situações de fato que passaram do concubinato, que ainda persiste, às uniões familiares ou às famílias monoparentais provocaram mudanças na sociedade e, sem dúvida, forçaram também uma evolução legislativa decorrente das novas realidades sociais.

Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar, sobre o qual repousam as suas bases⁶. Assim estabelece também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. 16 e 25)⁷: a família tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

A Carta Maior de 1988 fez a diferença, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, dando ênfase à valorização da pessoa e a preocupação com a sua personalidade⁸.

Da Constituição Federal de 1988 surgiu também uma nova maneira de ver o direito: os princípios constitucionais deixaram de servir apenas como orientação ao sistema jurídico infraconstitucional e passaram a ser conformadores da lei, tornando-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça e adquirindo eficácia imediata⁹.

2 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E ABANDONO AFETIVO

O Direito de Família mudou, como não poderia deixar de ser, acompanhando o contexto político, econômico e social e se transformou em um direito mais humanizado. Sem deixar de lado a preocupação com os aspectos patrimoniais decorrentes das relações familiares, o Direito de Família contemporâneo tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais das relações humanas, a fim de que os indivíduos, sujeitos de direitos, sejam mais completos e psicologicamente melhor estruturados¹⁰. Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância do afeto

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do bem de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 242.

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

⁹ Dias, op. cit., p. 57.

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.jusnews.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

consiste negar a sua necessidade para a implementação da dignidade humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro¹¹.

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.¹²

A afetividade, traduzida no respeito que envolve todos os membros da família, extrapola os limites dos laços biológicos e modifica as concepções tradicionais de família, pois a paternidade não mais prescinde de vínculo biológico, mas pode resultar de “outra origem”, como prevê o Código Civil no art. 1.593.

Assim, valorizaram-se vínculos conjugais sustentados por amor e afeto, e não há mais diferenças entre os filhos concebidos dentro ou fora do matrimônio. A guarda dos filhos não está mais condicionada a um dos cônjuges, ou àquele que tem apenas melhores condições financeiras, mas a lei permite partilhar a guarda do filho entre pai e mãe, evitando que a criança sofra maiores danos pela repentina ausência de um dos pais. Segundo dados do IBGE¹³, 2,7% dos casais divorciados com filhos possuíam responsabilidade conjunta no ano de 2000; em 2010, este percentual aumentou para 5,5%.

O poder familiar é muito mais um conjunto de deveres do que de direitos dos pais com relação aos filhos e é encargo atribuído a ambos os genitores em plena igualdade de condições, independente de haver ou não a permanência da sociedade conjugal.

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade, mantém como principal objetivo a proteção do hipossuficiente, priorizando os direitos

¹¹ ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 50, out./dez. 2006.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - Além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 465.

¹³ Dados divulgados pelo Jornal *O Globo*. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/.../aumenta-numero-de-casais-com-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 8 set. 2012.

fundamentais da criança no contexto familiar e elevando-a à condição de sujeito de direito.

Não há dúvida de que o rompimento do convívio dos pais abala a estrutura familiar, e a jurisprudência tem mostrado que, com frequência indesejável, a discussão que envolve a dissolução do casamento e a guarda dos filhos gera insatisfações e conflitos; não é raro ver pais que tratam os seus filhos como moeda de troca, a fim de conseguir vantagens financeiras ou penalizar o cônjuge por mágoas resultantes do relacionamento.

Para Antonio César Peluso, citado por Tejerina Velázquez, “não há, na doutrina brasileira, a concepção de que os filhos são copartícipes da sociedade familiar”¹⁴, motivo pelo qual as cisões importantes só cabem aos cônjuges. Assim, os filhos assistem aos conflitos que, frequentemente, ocorrem no fim das uniões como meros expectadores; no entanto, não ficam imunes às consequências emocionais de tais episódios.

Com o aumento gradativo do divórcio, facilitado pela evolução legislativa, há cada vez mais crianças que, involuntariamente, participam de divórcios e separações. Há ainda a questão da alienação parental ou implantação de falsas memórias¹⁵. Este tema despertou a atenção pela forma recorrente e irresponsável que tem sido utilizada por pessoas que convivem com a criança, seja ela pai, mãe, avós, tios, etc.; e trata-se de manipulação psicológica do responsável sobre a criança que não mais convive com ambos os pais. Aquele que é o guardião, reiteradamente, leva a criança a afastar-se do pai ou da mãe, que está ausente do lar, comprometendo a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não aconteceram ou não ocorreram conforme a versão descrita.

Colaborando com o afastamento do genitor não guardião está a conduta do guardião que se incumbe, em determinadas situações, de afastar ainda mais o filho do pai, tornando improvável a realização do desejo do legislador com a fiscalização do pai na educação do filho, do art. 1.589 do CC. É diante deste ambiente de conflito que se tem a criança e o adolescente, muitas

¹⁴ TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. Novo Código Civil, família e sociedade contemporânea. Universidade Metodista de Piracicaba. Programa de Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Piracicaba, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos>>. Acesso em: 9 set. 2012.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2007. p. 45.

vezes, usados como instrumento de vingança, na separação e após, pelas mágoas acumuladas durante a vida em comum de seus pais e na própria separação.¹⁶

A Lei nº 12.318/2010¹⁷, que visa à proteção da criança nestes casos de interferência psicológica por parte de um dos genitores ou avós, é uma forma de tentar extinguir ou, ao menos, diminuir a prática deste ato, que tem levado tantas crianças a graves e permanentes consequências psicossociais. No entanto, este é um fenômeno que tem como característica a difícil identificação dos episódios denunciados, isto quando existe a denúncia.

Não é incomum que o pai forme nova família e tenha outros filhos, achando suficiente atender às necessidades materiais dos filhos do primeiro casamento, abandonando-os afetivamente e tornando-os “ex-filhos”, assim como torna a antiga companheira como “ex-esposa”.

Embora o pai não tenha a guarda do filho, tem ele o direito de visitá-lo, a fim de manter os laços afetivos e a convivência. Mas caso o pai abra mão deste direito de visitas e de convivência, não há nenhuma sanção ou norma jurídica que proteja, de maneira específica, o direito que a criança tem de conviver saudavelmente com ambos os genitores.

O abandono afetivo material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonônicos. O Código Penal, por exemplo, tipifica como crime o abandono material e intelectual (arts. 244/246) e a lei civil estabelece pena de penhora e/ou prisão para os devedores da pensão alimentícia. O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.¹⁸

¹⁶ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família? *Revista Direito & Justiça*, v. 35, p. 65, jan./jun. 2009.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonastes? Disponível em: <<http://www.rj.apase.org.br>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

Descumprir o dever de formar a personalidade da criança é desrespeitar a sua dignidade como pessoa humana e violar a Constituição Federal, já que é este o princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito¹⁹.

2.1 DANOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS AOS FILHOS

Quando se fala de separação, inevitavelmente se fala também em conflitos e discussões que acabam por afetar diretamente os filhos. Por mais que se busque proteger a criança e, mais ainda, o adolescente, é impossível eliminar as consequências da ruptura dos laços conjugais.

Mesmo quando esta dissolução ocorre de comum acordo entre os pais e em um ambiente não hostil, é impossível negar que os filhos têm o seu mundo alterado; há mudanças significativas que envolvem, principalmente, a privação da companhia constante de um dos pais.

É importante salientar que existem outras formas de abandono afetivo, tão graves quanto o abandono decorrente da separação dos pais. Bastante comum é o abandono deliberado, no qual o pai sequer pretende reconhecer o filho como seu e o faz, exclusivamente, por medidas judiciais que o obrigam a exercer a paternidade responsável, ao menos do ponto de vista material.

As crianças, vítimas do abandono deliberado, são privadas do afeto e do convívio sadio com os seus pais desde a concepção e permanecem por toda a vida à espera de carinho e afeto, que jamais acontecem.

A psicologia tem estudado a questão dos vínculos afetivos e o rompimento destes, estabelecendo teorias da vinculação (este termo designa os laços afetivos). A Teoria da Vinculação de Bowlby (1981), por exemplo, postulou as experiências afetivas com os pais como a base para as relações afetivas futuras, demonstrando que a acessibilidade de figuras parentais é o único meio capaz de produzir sentimentos de segurança na criança²⁰.

O amor e o afeto são sentimentos essenciais ao desenvolvimento humano, e as relações afetivas estabelecidas e fortalecidas nos vínculos familiares terão

¹⁹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 368, v. 56, p. 60, jun. 2008.

²⁰ MARÇAL, Isabel Maria Palma Esteves Rosinha. Abandono psicológico: estudo exploratório. Um contributo dos profissionais do centro de acolhimento temporário de menores em risco. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/632>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

influência nas relações futuras da criança, provocando, antes de tudo, danos à personalidade do indivíduo, maculando o ser humano como pessoa.

Tamanha é a importância da efetiva participação materna e paterna na vida dos filhos que o legislador criou mecanismos a fim de garantir a regulamentação de visitas e minimizar os danos causados pela ruptura da relação entre os pais, a qual não pode estender-se aos filhos.

A despeito de toda a proteção que o direito procura estender à criança e ao adolescente, o abandono afetivo provocado pelos pais na inadimplência dos seus deveres conduz os filhos a experimentarem a triste vivência do abandono e da rejeição, que em si trazem profundas e permanentes marcas psíquicas e emocionais. Maria Isabel Pereira da Costa sintetiza de forma clara os danos que a omissão do afeto pode causar:

O inadequado exercício da paternidade/maternidade interfere de maneira danosa no desenvolvimento dos filhos. O desprezo, a indiferença, a falta de afeto interferem na formação da personalidade e trazem, como consequência, a agressividade, a insegurança, a infelicidade, o abuso de drogas, o aumento de criminalidade e etc. Por isso a importância da responsabilização dos pais pelas omissões de deveres inerentes ao exercício das funções inerentes [sic] ao Poder Familiar. E a omissão do afeto é de extrema gravidade pelos danos que causa à formação dos filhos. Assim, a observância do princípio da afetividade nada mais é do que o respeito a uma nova ordem jurídica em que o afeto é elemento agregador da família.²¹

Também é reputada à ausência das funções paternas/maternas uma significativa contribuição para o aumento alarmante do fenômeno social conhecido como “delinquência juvenil”²², que nada mais é do que a demonstração visível e palpável de menores infratores resultantes de famílias desestruturadas, nas quais houve pouca ou nenhuma orientação e afetividade.

²¹ Costa, 2008, p. 53.

²² GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise rumo à nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2004. p. 225.

3 ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR E SUA APLICAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO

A indenização pelo abandono afetivo é uma construção doutrinária; não tem previsão expressa no Código Civil. No entanto, esta possibilidade de reparação está fundamentada no fato de o genitor ter, voluntariamente, descumprido com deveres legais que causaram dano ao filho, em uma fase da vida em que o afeto é essencial para a sua formação plena e saudável.

A responsabilidade pelo abandono afetivo deve ser analisada e mensurada pelos critérios definidores da responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a responsabilidade civil se caracteriza pelo dever de reparar os danos causados a outrem, quer por omissões voluntárias, negligentes ou imprudentes. Sérgio Cavalieri Filho²³ define que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

A responsabilidade prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil é chamada “responsabilidade extracontratual” ou “aquiliana”, pois se trata de uma ação ou omissão do ofensor que dá origem ao dano sofrido pela vítima²⁴. São duas as modalidades de responsabilidade extracontratual quanto ao fundamento: subjetiva, se fundada na culpa, e objetiva, se ligada ao risco²⁵.

“Quando ocorre a prática de um ato ilícito, ocorre a violação de um dever jurídico e, em geral, a causação de um dano a outrem”²⁶. O ato ilícito que impede o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa humana quando causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, por analogia se enquadra ao disposto no art. 186 do Código Civil e deve ser reparado, ainda que o dano seja exclusivamente moral (art. 927 do Código Civil).

Uma vez que a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito ou interesse lesado, mas sim da repercussão da lesão sobre o lesado, configura-se como moral o dano causado nas relações paterno-

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

²⁴ ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.intertermas.unitoledo.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 525.

²⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 58.

-filiais pelo abandono afetivo²⁷. Segundo Silvio de Salvo Venosa²⁸, “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.

Maria Celina Bodin de Moraes considera que o dano moral se revela na violação de cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando um prejuízo material ou extrapatrimonial em relação à dignidade, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica; a lesão à dignidade humana deve ser medida pelas consequências que gera²⁹.

O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo deve encontrar os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, já que estas devem priorizar a realização da personalidade de seus membros³⁰.

3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A maioria dos doutrinadores, defensores da responsabilização por abandono afetivo, consideram como “implausível admitir que os pais não tenham ciência das consequências do comportamento adotado”³¹, considerando como pressupostos desta responsabilidade a conduta, o dano e o nexo causal.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua a conduta como um comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas³². A conduta é o ato humano positivo (ação) ou negativo (omissão) do qual decorreu o dano, e a voluntariedade é o principal elemento da conduta humana caracterizador da ação, pois resulta da liberdade de escolha do agente imputável, com o discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz³³.

²⁷ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 156.

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 183 e 184.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material, p. 9. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/impressão/.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

³¹ VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade frente ao afeto. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/direito/graduação/tc/tc11/trabalho2007.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

³² Cavalieri Filho, 2010, p. 24.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2010. p. 69.

Para que a conduta humana acarrete a responsabilidade civil do agente, é imprescindível a comprovação do dano dela decorrente³⁴. Sem a ocorrência do dano, não existe a indenização. Mas há necessidade de se estabelecer o dano de forma cuidadosa, utilizando uma metodologia própria na qual se deve estabelecer o nexo de causalidade essencial, que é a “consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho”³⁵, mensurada por meio de laudos psicológicos para que se possa apurar a extensão dos danos sofridos pelo abandonado.

Considerando que o dano ocasionado pelo abandono afetivo é extrapatrimonial, configurando, portanto, dano moral, deve-se verificar a abrangência das consequências do abandono. No entendimento de Sérgio Cavaliere Filho, só deve ser considerado como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar³⁶.

A ênfase da responsabilização civil repousa sobre a consequência da ação ou omissão muito mais do que na conduta em si.

A doutrina brasileira aponta uma extensa ampliação do rol de hipóteses de dano moral reconhecidas jurisprudencialmente, garantindo o direito à integridade moral e protegendo os atributos psicológicos relacionados à pessoa, como: a honra, a imagem, o recato, a vida privada e o nome. “Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana”³⁷.

Para que a responsabilidade civil seja evidenciada, não é suficiente que haja o dano nascido de um ato ilícito, mas é necessário que o ato ilícito tenha sido o causador do dano, existindo um laço de causalidade entre ambos. A despeito da existência do dano, se a sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, não haverá que se falar em relação de causalidade e, obviamente, em obrigação de indenizar³⁸.

³⁴ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/artigos/>>. Acesso em: 4 mar. 2012.

³⁵ Hironaka, loc. cit.

³⁶ Cavaliere Filho, op. cit., p. 87.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.

³⁸ Britto, 2012, p. 10.

O nexó de causalidade da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo deve ser cuidadosamente examinado, a fim de se estabelecer não apenas a existência do dano, mas também a sua causa. Importante verificar em caráter retrospectivo se os sintomas dos danos sofridos pelo filho começaram a se manifestar com a efetiva ausência física do genitor³⁹.

Não se pode desprezar a relevância do estudo da culpa na responsabilidade civil. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, diante de circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa⁴⁰.

Na conduta omissiva do pai ou da mãe, estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar se também estiver presente a voluntariedade de tal omissão⁴¹.

Embora a opinião majoritária dos doutrinadores seja no sentido de caracterizar a responsabilidade nos casos de abandono afetivo como subjetiva, fundada na culpa, não se pode ignorar que há situações em que o dolo dos pais é evidente. É o que ocorre nos casos em que o genitor finge que o filho não existe, apresentando uma recusa em reconhecer a paternidade ou colaborar financeiramente com o sustento da criança, muitas vezes resultante de um relacionamento rápido e inconsequente. E nestes episódios em que o apoio financeiro só é obtido por meios judiciais, em geral, o pai não admite estabelecer qualquer vínculo afetivo, pouco se importando com as consequências que a sua ação pode provocar no abandonado.

4 O OLHAR DOS TRIBUNAIS

Sob o fundamento de que a afetividade é o princípio de Direito de Família, como derivação implícita do princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal) e da dignidade da pessoa humana, começaram a surgir provocações ao Poder Judiciário pleiteando indenizações por dano moral em casos em que há abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. Os pedidos são fundamentados no presumido dano moral e psíquico sofrido em decorrência

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁴⁰ Diniz, 2009, p. 41.

⁴¹ Id.

da ausência ou do desprezo do ascendente sob a alegação de que a obrigação do genitor não se esgota no dever do sustento material, mas inclui o dever de cuidado e afeto⁴².

O assunto da responsabilidade civil por abandono afetivo não está pacificado nos Tribunais e muito menos entre os doutrinadores e juristas que, diante do crescimento dos pedidos de indenização, têm levantado alguns questionamentos a respeito dos desdobramentos do dano moral relacionado ao abandono afetivo. Há opiniões e teses divergentes que partem da premissa de que “a lei não impõe aos pais dever de dar amor, afeto, em função da educação ou convivência familiar”⁴³.

Alguns autores acreditam que a concessão da indenização por abandono moral enterra definitivamente a possibilidade de restabelecer a relação afetiva entre pais e filhos, seja no presente ou no futuro. Afirmam ainda que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a manter um relacionamento afetivo⁴⁴.

Em oposição aos que defendem a afetividade como dever dos pais, há o argumento de que, uma vez adimplidas as obrigações de alimentos e demais exigências materiais, não pode a lei impor a manutenção de laços sentimentais⁴⁵.

As divergências de opiniões têm alcançado também as decisões judiciais. Pode-se citar o Acórdão nº 757.411/MG (2005/0085464-3), do Superior Tribunal de Justiça, que tratou da reparação pelo abandono moral do filho em face do pai, fundamentado na responsabilidade civil, por ato ilícito, mas que, ao final, teve a improcedência pela impossibilidade jurídica do pedido⁴⁶.

O autor da ação, Alexandre Batista Fortes, manteve contato razoavelmente regular com o pai até os seis anos de idade, ocasião em que nasceu a sua irmã, fruto de um novo relacionamento conjugal do pai. Após o nascimento da irmã e

⁴² NASSARALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. *Boletim da Escola de Defensoria Pública*, n. 3, p. 30, jul./dez. 2011 (ISSN 1984-4875).

⁴³ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: filho-dano moram x pai-abandono afetivo. E a família? *Revista Direito & Justiça*, v. 35, p. 66, jan./jun. 2009.

⁴⁴ ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 50, out./dez. 2006.

⁴⁵ COSTA, Maria da Fé Bezerra da; DIAS, Bianca Gabriela Cardoso. Abandono afetivo nas ordens constitucional e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

⁴⁶ BRASIL. STJ. Documento 595269. Recurso Especial nº 757.411/MG (2005/0085464-3). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

durante quinze anos, o pai se manteve afastado e, mesmo com todas as tentativas de aproximação do filho, esteve ausente até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. Os laudos psicológicos constataram que o afastamento do pai foi uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem a sua identidade. Reconhecidos os danos, o Tribunal fixou a indenização por danos morais em R\$ 44.000,00⁴⁷.

A decisão do Tribunal foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE

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

O Ministro César Asfor Rocha, no mencionado recurso especial, justifica o seu voto favorável:

[...] Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influência de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, [...] sejam disciplinadas pelos princípios do Direito das Obrigações. [...] Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado [...].

O Ministro Barros Monteiro, contrariando o raciocínio dos demais colegas, proferiu em seu voto vencido:

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir com seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e dar-lhe o necessário afeto. Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. [...] O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o *quantum* devido, porque me parece que este aspecto não é objeto do recurso. Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e atual. Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.

O Relator Ministro Fernando Gonçalves fundamentou o voto, argumentando:

O pai, após condenado a indenizar o filho por não ter lhe atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem

sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo e amor do filho [...].

Inconformado com a decisão proferida em sede de recurso especial, Alexandre Batista Fortes recorreu, em 2009, ao Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário nº 567.164; no entanto, o mérito no recurso sequer foi analisado, uma vez que houve o arquivamento pela Ministra Ellen Grace, que alegou inexistência de ofensa direta à Constituição Federal. Em razão da alegação de ofensa aos arts. 1º e 5º, incisos V e X, e art. 229 da Constituição Federal, a Ministra salientou:

O apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário. Conforme o ato contestado, a legislação pertinente prevê punição específica, ou seja, perda do poder familiar, nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos.⁴⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu várias decisões denegatórias recentes, baseadas na inexistência de ato ilícito no campo obrigacional envolvendo o abandono afetivo, citando como exemplo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 757.411/MG⁴⁹.

Outra decisão judicial que alcançou destaque na mídia foi prolatada em São Paulo pelo Juiz de Direito Luis Fernando Cirillo no Processo nº 01.36747-0 da 31ª Vara Cível Central. A filha, autora da ação, conviveu com o pai durante poucos meses após o seu nascimento, ocasião em que o pai separou-se da mãe e constituiu nova família e teve três filhos.

Na decisão, publicada em 26 de junho de 2004, o magistrado fundamentou os motivos da sua convicção:

⁴⁸ BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

⁴⁹ SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art. 384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), *sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material.* [...] Vê-se, portanto, que não há fundamento jurídico para se concluir, primeiro, que não haja dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho e, em segundo lugar, que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento. *A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.*⁵⁰ (grifo acrescentado)

A decisão condenou o pai ao pagamento de R\$ 50.000,00 à sua filha a título de danos morais e o custeio de tratamento psicológico da mesma. O pai apelou da sentença ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

No Rio Grande do Sul, também houve outra decisão favorável ao pedido de indenização por abandono afetivo no Processo nº 141/1030012032-0, que tramitou na Comarca de Capão da Canoa. Neste caso, os pais são solteiros e nunca chegaram a conviver; a participação do pai se resumia a pagar mensalmente a pensão alimentícia no valor de R\$ 1.000,00.

⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

A seguir um trecho da sentença do Juiz Mario Romano Maggioni⁵¹:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles deriva de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai.

[...]

III - Face ao exposto, julgo procedente a ação de indenização proposta por D. J. A. contra D. V. A., forte no art. 330, II, e no art. 269, I, do CPC, c/c com o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e art. 22 da Lei nº 8.069/1990 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação. Condene o demandado ao pagamento das custas processuais e honorários do patrono da parte adversa que arbitro em 10% sobre o valor da condenação a teor do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, ponderado o valor da causa e ausência de contestação.

Em 2005, houve, na Argentina, um caso de grande repercussão. O filho italiano do jogador de futebol Diego Maradona denunciou o pai por falta de atenção familiar, difamação e danos morais. Em uma edição de seu programa “A Noite do 10”, exibido pela televisão argentina, Maradona disse que um juiz o

⁵¹ DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

obrigou a dar dinheiro ao filho, e enfatizou: “Mas não pode obrigar-me a sentir amor por ele”⁵².

A *Constitución de la Nación Argentina*, datada de 22 de agosto de 1994, não contém dispositivo específico à proteção da dignidade da pessoa humana, mesmo sabendo que esta proteção é perseguida quando se menciona a promoção do bem-estar geral e da liberdade para todas as pessoas. Da mesma forma, as demais codificações legais do país não explicitam a responsabilidade civil no que se refere à integridade físico-psíquica do cidadão abandonado por seus genitores. No entanto, a doutrina e a jurisprudência tratam satisfatoriamente do dano moral e dos desequilíbrios existenciais que excedem a emoção do ser humano. Por conseguinte, podem merecer ressarcimento indenizatório⁵³.

A seguir trecho do entendimento de um Tribunal argentino a respeito da reparação por dano moral:

*La reparación del daño moral no se limita al “dolor” y a “sufrimiento”, sino que debe abarcar el conjunto de repercusiones extrapatrimoniales desfavorables. [...] Todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral.*⁵⁴

A frase de Diego Maradona resume a limitação da lei, quer no Brasil ou na Argentina, diante deste assunto – tão delicado quanto difícil –, que é o da responsabilidade por abandono afetivo. A sociedade e a comunidade jurídica têm buscado olhar para o tema com grande cuidado. Assim ocorre também com o Judiciário: “É inegável e louvável a disposição e a seriedade com as quais o Poder Judiciário brasileiro tem se conduzido, nesse novo viés judicial, o qual tende a avolumar-se cada vez mais”⁵⁵.

⁵² CARBONE, Ângelo. Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2012.

⁵³ SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁵⁴ GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. Resarcimento de daños – Cúanto por daño moral (la indemnización em desequilíbrios existenciais). Buenos Aires: Hammurabi, t. 5, 2005. p. 33. In: SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina, p. 9 e 10. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

Et docuidado é de grande relevância quando se fala em não “monetização das ações de indenização” nas relações familiares. A quantificação do dinheiro não devolve o afeto perdido ou os relacionamentos rompidos, mas coloca o assunto “na pauta da sociedade, de modo a fazer que todos prestem atenção de alguma forma!”⁵⁶.

Este também foi o objetivo da famosa atriz francesa Brigitte Bardot, em 1960. Ela sofreu danos de natureza moral e requereu, na ação de indenização própria, que o causador da lesão fosse condenado a pagar “um franco” como reparação. Ao vencer a demanda, a atriz recebeu o único franco em sessão na qual os meios de comunicação estiveram presentes e fizeram ampla divulgação do fato. A decisão alcançou o caráter pedagógico e dissuasório da condenação⁵⁷.

4.1 DECISÕES JUDICIAIS INOVADORAS

A questão da responsabilidade civil no âmbito familiar tem causado grandes discussões e, como não poderia deixar de ser, também tem provocado grandes mudanças no sistema jurídico, tornando mais abrangente a interpretação das normas, a fim de atender a todas as situações juridicamente relevantes.

A jurisprudência internacional demonstra que as cortes de diversos países do mundo têm se deparado com situações novas no âmbito das relações familiares, que exigem também decisões inovadoras, a fim de atender às exigências da sociedade, a qual evolui mais rápido do que o próprio Direito.

O Tribunal de Milão reconheceu que a mulher abandonada no dia seguinte à notícia de sua gravidez sofreu um dano ressarcível representado pela “modificação prejudicial da sua esfera pessoal de sujeito, entendida como complexo de atividades, mas também de experiências afetivas, emocionais e relacionais, em que o sujeito explica sua própria personalidade, bem mais grave que o mero deságio normalmente resultante da ruptura da união conjugal”. O Tribunal ressaltou, ainda, que a conduta do cônjuge que deixa a mulher grávida representa violação dos deveres matrimoniais, cuja gravidade se torna ainda mais intensa diante das condições de “particular fragilidade e necessidade de assistência e suporte moral e afetivo” que decorrem da gravidez⁵⁸.

⁵⁶ Hironaka, loc. cit.

⁵⁷ Hironaka, loc. cit.

⁵⁸ MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Nova ética familiar: aplicação do princípio responsabilidade como fundamento da imputação civil dos danos no Direito de Famílias. *Revista UNIPAR*, Londrina, v. 12, n. 2, p. 36, set. 2011.

Em 1950, o Tribunal de Piacenza, também na Itália, julgou procedente a ação que imputava aos pais a responsabilidade por dano pré-concepcional causado à integridade física do filho, a quem transmitiram moléstia contagiosa⁵⁹.

Na jurisprudência americana, há o registro de uma ação intentada em 1980 contra a mãe por um filho, por danos causados à dentição da criança em consequência de ter a mãe ingerido medicamentos contendo a substância tetracycline. A Corte de Apelação de Michigan reconheceu neste caso, *Grodin v. Grodin*, a existência do dever legal da mãe em relação ao filho, desde a concepção; a Corte entendeu que ela deveria ter evitado qualquer comportamento abusivo ou negligente que pudesse causar dano ao filho em formação⁶⁰.

Um outro exemplo de decisão que visa à proteção dos direitos do nascituro ocorreu em 1981 e foi julgado pela Suprema Corte da Geórgia (*Jefferson v. Spalding County Hospital*), a qual ordenou à mãe grávida de trinta e nove semanas submeter-se, contra sua vontade, a uma cesariana para salvar a vida do bebê, ameaçada em razão de um problema da gestação. A Corte outorgou ao Estado a guarda provisória do nascituro⁶¹.

Mais recentemente aconteceu na França outro caso polêmico⁶². O Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000 pela Corte de Cassação francesa, confirmou o direito de uma criança nascida com deficiência figurar como autora, por representação, de uma ação judicial de reparação de danos proposta em face do médico de sua mãe, pelo fato de ter havido negligência no diagnóstico pré-natal, meio capaz de prever anomalia fetal, que provocou a perda da chance de Josette Perruche optar pela interrupção voluntária da gravidez de Nicolas Perruche. A criança nasceu cega, surda e com transtorno mental.

Ao ser concedida a indenização do Acórdão Perruche, a mais alta Corte da França deixou implícito o reconhecimento e a reparação de certo direito de não nascer. Houve, em consequência disso, um grande descontentamento com a decisão por parte da sociedade civil organizada e, dois anos depois, foi promulgada uma lei de cunho mais humanista, conhecida como lei anti-Perruche, que dispõe, em seu art. 1º, que não há dano decorrente do simples

⁵⁹ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 194.

⁶⁰ Berti, 2008, p. 194.

⁶¹ Id., p. 197.

⁶² GODOY, Gabriel Gualano. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. Tese de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

fato “nascimento”, pois uma vida nunca pode ser injusta; todas as “vidas” são preciosas e merecem ser tuteladas.

Na jurisprudência brasileira, causou grande repercussão na mídia e no mundo jurídico a recente decisão que julgou o Recurso Especial nº 1.159.242/SP⁶³. A ação tratou do pedido de indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada por Luciane Nunes de Oliveira Souza em face de seu pai, Antonio Carlos Jamas dos Santos, que recorreu da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 415.000,00. No voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi, a magistrada enfatizou:

Colhe-se tanto na manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

O recurso especial foi parcialmente provido pelo STJ, reduzindo apenas o valor da indenização de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00.

Esta decisão do STJ, prolatada em abril de 2012, foi totalmente contrária à decisão do mesmo Tribunal em novembro de 2005, que não reconheceu o pedido de indenização de Alexandre Fortes em face de seu pai. As ações são semelhantes, mas as decisões foram opostas.

Pelo estudo das decisões relativas ao abandono afetivo, conclui-se que as decisões são conflitantes e os entendimentos divergentes. E talvez esta divergência ocorra pelo fato de que o dever de cuidado e afeto não está explícito no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a lei não

⁶³ BRASIL. STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 1º jul. 2012.

obriga ninguém a amar, mas apenas é compulsória no que se refere às obrigações materiais de prover o sustento e a educação dos filhos.

O Projeto de Lei nº 4.294/1998, do deputado Carlos Bezerra, pretende preencher esta lacuna da lei, acrescentando parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil - e ao art. 3º da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso -, de maneira a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo dos filhos pelos pais e também dos idosos por seus filhos ou familiares diretos. O projeto tramita em caráter conclusivo e atualmente encontra-se sob a análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania⁶⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conta do dinamismo da instituição familiar, acontecimentos sociais ocorridos ao longo do tempo imprimiram novos conceitos na organização da família, os quais exigiram também significativas mudanças normativas. A família patriarcal e patrimonialista, constituída somente por meio do casamento, foi substituída por uma nova concepção que rompeu com a ideia tradicional e estabeleceu o eudemonismo como característica familiar predominante.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro de 2002 representam importante contribuição para a tutela das novas relações familiares, na medida em que de tais dispositivos emanaram direitos fundamentais imprescindíveis para o Estado Democrático de Direito, entre os quais se destaca o princípio da dignidade humana, considerado o núcleo axiológico constitucional.

A Carta Maior estabeleceu, de forma definitiva, a igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias à mulher e o reconhecimento do estado de filiação constituído como personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição.

Deve-se também à evolução legislativa a elevação do afeto a princípio constitucional, estendendo a proteção do Estado não só à família matrimonializada, mas a todas as uniões fundamentadas na afetividade, seja nas relações de parentalidade e de conjugalidade ou no companheirismo heterossexual ou homossexual. A manifestação do princípio da liberdade e da igualdade entre os diversos tipos de entidade familiar é evidenciada pelos

⁶⁴ ALMEIDA, Crislaine Maria Silva de; NORONHA, Fernanda Durães. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos - A paternidade responsável e o Projeto de Lei nº 4.294/2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

vínculos psicológico-afetivos que unem os indivíduos nas relações familiares e a prioridade de tais laços sentimentais em relação a valores patrimoniais.

Em que pese todo o progresso das normas legais, a fim de alcançar a adequação das novas formas de convívio familiar pautadas no afeto, há uma lacuna na legislação brasileira ao não dispor, de maneira explícita, a proteção dos filhos que sofrem o abandono afetivo parental. No entanto, não se pode dizer que a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo não seja, juridicamente, cabível.

A dignidade da pessoa da criança, expressa no direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à cultura e à convivência familiar deve estar a salvo de toda negligência e não pode estar dissociada do direito ao cuidado e afeto que fazem parte da responsabilidade paterna/materna. Tal dever não se reveste apenas em prover as necessidades materiais dos filhos, mas está diretamente vinculado ao conceito de paternidade responsável, que visa a garantir à criança um desenvolvimento pleno que alcance a dimensão física, mental e social. Desprezar o aspecto físico-psíquico significa ofensa à dignidade humana.

O objetivo da reparação por abandono afetivo parental não é obrigar o genitor a amar ou forçar o ressarcimento por um grave dano, mas sim exercer a função punitiva de comportamentos passados e, de forma pedagógica e persuasória, prevenir ou coibir a repetição de futuras condutas tão lesivas. Mas é prudente que a constatação da responsabilidade seja pautada em laudos psicológicos e análise minuciosa das circunstâncias fáticas, a fim de se verificar se realmente houve a culpa do genitor, já que no entendimento dos doutrinadores a responsabilidade é subjetiva.

Não há dúvida de que a essencialidade da afetividade nas relações e a questão da mensuração dos danos morais são hoje um desafio para a ciência jurídica, pois se revestem da complexidade inerente aos valores de caráter subjetivo. Ao julgar os casos em que se deparam valores tão delicados quanto complexos, o juiz contemporâneo, ao aplicar a lei, deve colocar a afetividade no âmago da personalidade humana e buscar socorro na interdisciplinaridade com a Psicologia, a Psiquiatria e as outras ciências afins.

Por isso é tão significativa a decisão do STJ que concedeu a Luciane Nunes de Oliveira Souza, já uma adulta, a indenização por abandono afetivo. O Poder Judiciário obrigou a reparação da conduta de um pai que durante anos tentou ignorar a existência da filha concebida fora do casamento e cuja paternidade foi também obrigado a reconhecer pelas vias judiciais.

A sociedade aguarda, com interesse, o parecer do STF, já que o pai de Luciane vai recorrer da decisão, mas espera-se que a mais alta Corte brasileira não fique alheia ao fato já constatado pelo STJ: não penalizar o abandono afetivo parental é “negar ao cuidado o status de obrigação legal; importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente”.

O Poder Judiciário se mostrou coerente ao acolher o pedido de uma filha magoada pela atitude de indiferença do pai e se revelou justo ao atribuir a responsabilidade a quem tem e dela se esquivava. Que esta seja apenas a primeira de muitas decisões no mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Crislaine Maria Silva de; NORONHA, Fernanda Durães. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos – A paternidade responsável e o Projeto de Lei nº 4.294/2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, abr./jun. 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do bem de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Constituição Federal, artigo 226. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Lei nº 12.318/2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. STJ. Documento 595269. Recurso Especial nº 757.411/MG (2005/0085464-3). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/artigos>>. Acesso em: 4 mar. 2012.

CARBONE, Ângelo. Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Maria da Fé Bezerra da; DIAS, Bianca Gabriela Cardoso. Abandono afetivo nas novas ordens constitucional e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 368, v. 56, jun. 2008.

DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 7 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODOY, Gabriel Gualano. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. Tese de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. Resarcimento de danos – Quanto por dano moral (la indemnización em desequilibrios existenciales). Buenos Aires: Hammurabi, t. 5, 2005. p. 33. In: SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável:

análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina, p. 9 e 10. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise rumo à nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

_____. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

MARÇAL, Isabel Maria Palma Esteves Rosinha. Abandono psicológico: estudo exploratório. Um contributo dos profissionais do centro de acolhimento temporário de menores em risco. Dissertação de Mestrado, 2004. 163 p. Disponível em: <<http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/632>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família? *Revista Direito & Justiça*, v. 35, jan./jun. 2009.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Nova ética familiar: aplicação do princípio responsabilidade como fundamento da imputação civil dos danos no Direito de Famílias. *Revista UNIPAR*, Londrina, v. 12, n. 2, set. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NASSRALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. *Boletim da Escola de Defensoria Pública*, n. 3, jul./dez. 2011.

O GLOBO. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/.../aumenta-numero-de-casais-com-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 8 set. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 4 mar. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. Novo Código Civil, família e sociedade contemporânea. Universidade Metodista de Piracicaba. Programa de Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Piracicaba, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos>>. Acesso em: 9 set. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade frente ao afeto. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/direito/graduação/tc/tccl/trabalho200.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

