

MULTA AFETIVA: Deveres parentais extrapatrimoniais e responsabilidade civil.

Ana Elisa Monteiro Costa¹

RESUMO

A veia principal do presente trabalho é demonstrar até que ponto a responsabilidade civil afeta na relação paterno-filial. Através de um estudo sobre o novo conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da importância do afeto e sua consequente valorização jurídica, busca-se compreender os danos gerados por um eventual abandono afetivo. Neste contexto, ressalta-se que o tema é controverso e não foi pacificado pela jurisprudência, motivo pelo qual se torna imprescindível uma análise crítica das decisões já proferidas, buscando-se, a todo momento, demonstrar a possibilidade de condenação do genitor que não se atenta aos deveres parentais, não cuidando de forma responsável da prole. O estudo aqui proposto busca ainda analisar os pressupostos da responsabilidade civil, aplicando-os à indenização por abandono afetivo para, posteriormente, se fundamentar a solução da emblemática proposta.

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA. VALORIZAÇÃO JURÍDICA DO AFETO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO.

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Juiz de Fora – MG. Advogada inscrita no quadro da Ordem de Advogados do Brasil sob o número 157.938 OAB/MG.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui por escopo discorrer a respeito da Responsabilidade Civil no Direito de Família e, com maior especificidade, adentrar na possibilidade de condenação por danos morais do genitor que abandona afetivamente o filho, explanando de modo crítico e construtivo a necessidade de se atentar aos requisitos da responsabilidade civil e às situações concretas que dão margem a efetivos prejuízos psicológicos, os quais maculam o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, vítima do abandono.

Para desenhar uma breve introdução ao tema e resumir seu objeto, parte-se do pressuposto de que, a família ganhou novos contornos e, juntamente com as cláusulas gerais estabelecidas no ordenamento jurídico, o abandono afetivo ganha espaço, passando a surgir entendimentos favoráveis da responsabilização do genitor negligente.

É certo que, ante a legislação brasileira, as crianças e adolescentes foram, de modo expresso, colocados a salvo de toda forma de negligência além de terem sido transformados em sujeitos de direito e contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas.

Ressalta-se ainda que, o atual conceito de família está pautado no afeto como elemento essencial e agregador e, assim sendo, aos pais é atribuído o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação de sua personalidade e, sem, é claro, que nenhum prejuízo psicopedagógico lhe seja gerado. Tudo isto é o que chamaremos no presente trabalho de “paternidade responsável”; até mesmo porque, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção, quais sejam: o afeto, o cuidado, a proteção, a guarda e a educação, são impostos aos pais, como decorrência do poder familiar

Destarte, o que será colocado em pauta, é o momento em que se extingue a responsabilidade paterna/materna, seja com a obrigação de prestar alimentos ou com o dever de cuidar, além, por óbvio, da possibilidade de responsabilização civil por eventual abandono afetivo.

1 FAMÍLIAS

1.1 Conceito contemporâneo de família

De início, destaca-se que uma nova concepção de família se constrói em nossos dias, haja vista a afeição moderna que se tem atribuído à mesma.

A sociedade contemporânea é baseada em novos valores, os quais afastam a concepção tradicional de família, ou seja, aquela organização patriarcal do século XX, por meio da qual o pai exercia autoridade plena sobre os filhos.

Hoje, o caráter absoluto do instituto foi afastado diante da preponderância concedida aos interesses e direitos dos filhos. Verifica-se claramente que o poder familiar recebeu uma característica eminentemente protetiva, visando, acima de tudo, a realização e observância aos interesses dos filhos e da família em desfavor dos genitores.

Neste sentido, ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 04):

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e despatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto como mola propulsora.

Tem-se que a mencionada evolução está ligada ao próprio avanço do homem e da sociedade, isso porque o conceito de família é mutável e depende das novas conquistas humanas e científicas, não estando, é claro, paralisado e enraizado a antigos valores, nem mesmo conectado a um futuro longínquo. Trata-se de uma realidade palpável e amoldada a conceitos, valores e fundamentos atuais, sendo que estes variam conforme os ideais predominantes em cada momento histórico.

Acrescenta-se ainda que, Giselda Hironaka (apud, FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 05) considera a família a partir de uma entidade “ancestral como a história, interligada aos rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através do tempo.”

O abandono dos objetivos tradicionais faz com que a família moderna alcance a funcionalidade, tornando-se assim, um meio em que cada um dos seus membros seja capaz de desenvolver a sua personalidade, potencialidade e individualidade pautados, acima de tudo, no respeito, na dignidade e na igualdade. Não há, nos dias atuais, que se falar em interesses individuais no ambiente familiar, visto que os mesmos foram substituídos pelos interesses únicos e exclusivos do grupo familiar.

Pelo exposto, pode-se observar que a família “repersonalizou-se” porquanto, desde a sua concepção, passou por um processo de reciclagem, buscando a todo momento proteger o ser humano, sob uma perspectiva geral.

Hoje, o conceito de família assume uma concepção múltipla, plural, sendo os seus indivíduos ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, visando estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Tais mudanças estão materializadas no artigo 226 e parágrafos seguintes da Constituição Federal de 1988, ressaltando, inclusive, a possibilidade de formação da família por meios alternativos, que não o casamento, sendo tal ideia devidamente expressa nos parágrafos 3º e 4º do mencionado artigo.

Sobre a mencionada evolução, ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p. 04):

A família tradicional apresenta-se como triplamente desigual: nela, os homens têm mais valor que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais. Em contraposição ao modelo tradicional propõe-se atualmente o modelo da família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o *slogan* outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade.

Dessa forma, conclui-se que vigora nos dias atuais uma família democrática, por meio da qual as decisões são tomadas em conjunto, respeitando, acima de tudo, a dignidade das pessoas que a compõem.

Ademais, esta mudança de perfil social acima mencionada, foi capaz de atingir o mundo jurídico, uma vez que houve a formalização desta nova tendência, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, explicita, de forma ampla, direitos fundamentais, os quais devem ser observados na vida em comunidade. (KAROW, 2012).

1.2 A constitucionalização do direito de família

De início, cumpre destacar que grande parte do direito civil está na Constituição Federal, a qual se preocupou com ideais sociais juridicamente relevantes para assim, conferir efetividade ao ordenamento. Tem-se ainda que o revigoramento das instituições de direito civil se dá por meio da intervenção do Estado nas relações de direito privado, o que faz com que o intérprete redesenhe o direito civil à luz da Constituição de 88.

Com o novo norte constitucional, tem-se a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), a solidariedade social, a erradicação da pobreza (art. 3º, CF/88) e igualdade substancial (arts. 3º e 5º) como principais pilares da órbita jurídica.

Posto isto, é garantido ao núcleo familiar uma proteção integral no que se refere à pessoa humana, sendo descabida e inconstitucional qualquer tipo de violação da dignidade do homem, sob o argumento de proteger a família. Torna-se juridicamente inegável que o núcleo familiar é o espaço privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana. É a chamada Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

Na lição de Gustavo Tepedino (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 11), a preocupação central do ordenamento é com a pessoa em si, conforme se colaciona:

“a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização deve convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”.

Desse modo, afirma-se que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, cabendo a esta servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

É certo que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico; certo também é que a CF/88 alterou a estrutura de vários institutos a partir da disciplina e dos valores insertos em si, trazendo acima de tudo, uma elevada carga social ao sistema jurídico brasileiro. E são estes novos valores constitucionais que guiam as

escolhas legislativas e interpretativas no que se refere à adequação da norma ao caso concreto.

No que tange a constitucionalização do direito de família brasileiro, ensina Aline Karow (2012, p. 66):

No Brasil, estabeleceu-se o Estado Social através da Constituição Federal, que inseriu os novos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito. Primeiro, fixou os direitos e garantias fundamentais para só depois traçar as estruturas básicas do Estado, dando amostra evidente de que este é um instrumento para concretização de uma ordem democrática a serviço da sociedade.

Não restam dúvidas de que a CF/88 inaugurou uma nova etapa no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo se observada a interpretação civil constitucional permitindo o renovar constante das matérias.

Quanto ao Direito de Família, a transformação foi considerável, isto desde a inversão patrimonial em favor da tutela da pessoa até a inusitada possibilidade de encontrar na Constituição os novos princípios para o direito de família brasileiro.

Nesta toada, salienta-se a que CF/88 colocou os filhos em par de igualdade, lhes garantindo a não atribuição das consequências das ações praticadas por seus pais. Portanto, a parentalidade e a proteção dos filhos tornou-se o cerne da família contemporânea. (MORAES, 2005).

No julgamento dos Embargos de Divergência em Resp. nº 1.158.242 – SP, o Ministro Relator Marco Buzzi explicita quais as modificações trazidas pela nova constituição, conforme abaixo colacionado (STJ. Segunda Seção. EResp. nº 1.158.242 – SP. Relator p/ acórdão Ministro Marco Buzzi. Dje 25/05/2014. SPTJ. p. 14):

As substanciais alterações concernem a um novo conceito e definição do modelo de família, como célula-base da sociedade, protegidas, assim, as famílias monoparental, as uniões estáveis (art. 226, §§3º e 4º); vislumbrando-se o princípio de reciprocidade de direitos e deveres entre cônjuges, no casamento (art. 226, §5º); o princípio de igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos art. 5º, inc. I); reconhecido, ainda, entre outros, o princípio da isonomia jurídica entre os filhos de qualquer natureza e origem, havidos ou não no matrimônio, bem como os adotivos (art. 227, §6º), (...).

Neste contexto, o núcleo familiar tem o objetivo de realização pessoal de seus membros, na dignidade destes, deixando de ser instrumento de dominação e controle estatal garantindo que os membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.

1.3 Princípios do direito de família

1.3.1 Princípio da Solidariedade

Previsto no artigo 3º, I da CF88, o Princípio da Solidariedade constitui uma inovação substancial no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser observado tanto no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, quanto nos momentos de interpretação-aplicação do Direito.

Neste sentido preconiza Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 54):

[...] o princípio da solidariedade é um fato social – se pode pensar no indivíduo inserido em uma sociedade. É a partir desta concepção que se fala em solidariedade objetiva, que traduziria a necessidade imprescindível da coexistência humana.

Este sentido de coexistência que se refere o autor, nos remete à ideia de solidariedade no que tange a proteção dos grupos familiares (art. 226, CF), a proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227, CF) e a proteção dos idosos (art. 230, CF).

Destarte, o referido princípio, uma vez visualizado no âmbito do Direito de Família, não pode se resumir ao artigo 3º, I da CF, mas sim, deve ser interpretado sistematicamente junto à Constituição, de forma geral; ou seja, há que considerá-lo como o norteador da família contemporânea, isto porque implica respeito e considerações mútuas em relação aos membros da família.

1.3.2 Princípio da afetividade

Embora o princípio da afetividade não esteja positivado no texto constitucional, é elevado a princípio jurídico, uma vez que seu conceito é formado através de uma sistemática da Constituição Federal (art. 5º, §2º), sendo este princípio uma grande conquista advinda da família contemporânea.

Nesta toada, cumpre destacar que a CF/88 explicita três fundamentos essenciais do princípio em questão, quais sejam: i) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); ii) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e

6º); iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Ou seja, resta evidente que a Carta Magna garantiu uma relação afetiva no núcleo familiar, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais.

Outro ponto que merece destaque, é a importância do Estado na aplicação do princípio estudado, neste sentido ensina Maria Berenice Dias (2011, p. 70):

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro a assegurar afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

Portanto, inegável a participação ativa do ente estatal neste contexto, haja vista que somente com uma base sólida de garantias fundamentais é que o princípio da afetividade tem espaço.

1.3.3 Princípio do livre desenvolvimento da personalidade

O princípio ora em análise, garante ao ordenamento jurídico uma maximização da eficácia de todos os direitos fundamentais, visto que é imprescindível uma compreensão protetiva destes direitos, levando-se em consideração uma nova acepção de pessoa humana a partir de seu livre desenvolvimento da personalidade.

Posto isto, há que se considerar pessoa humana não apenas como sujeito de direito, mas sim como um ser humano, pessoa concreta, com suas possibilidades, aptidões, necessidades e singularidades. É a partir daí que o princípio do livre desenvolvimento da personalidade passa a atuar.

Ademais, o princípio em comento, sem dúvida, confere uma espécie de “tutela geral” que procura se adequar da melhor forma possível à complexidade da personalidade humana, além de permitir a tutela de novos bens, face às renovadas ameaças à pessoa humana.

1.3.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

Pode-se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais amplo e universal dos princípios, ou seja, trata-se de um macroprincípio, por meio do qual surgem vários outros, como: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, consoante autoriza o artigo 5º, §2º da Carta Magna.

Positivado no artigo 1º, III da CF/88, este princípio confere aos seus titulares a pretensão a que se comporte de uma ou outra maneira e, objetivamente, compõe a base da ordem jurídica. Ademais, no mundo contemporâneo, a afirmação e asseguramento dos direitos fundamentais, com ênfase na dignidade da pessoa humana, é condição de legitimação da base do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2010).

No que tange a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, colaciona-se o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 63):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum - , permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de casa partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Dessa forma, passou a nortear os demais caminhos do direito em geral, de modo que, tanto na seara da responsabilidade civil quanto na familiar, a dignidade da pessoa humana se aplica indiscriminadamente, sendo assim, um princípio verdadeiramente norteador.

2 ABANDONO AFETIVO

2.1 A valorização jurídica do afeto

Como já destacado no presente trabalho, a família contemporânea tem priorizado o indivíduo dentro do grupo familiar, buscando sempre uma harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, outras mudanças comportamentais são claramente observadas, como, por exemplo, o casamento que deixou de ter interesses exclusivamente patrimoniais, casais que se divorciam por inexistir afeto entre eles, crianças demonstrando seu desejo no que se refere à guarda da mesma, com base nos seus laços de afeto, bem como o deferimento de adoções levando em consideração o vínculo afetivo preestabelecido e anulação de registro por falta de afetividade.

Portanto, indiscutivelmente, as relações familiares têm como pilar os laços de afeto, além de ser um espaço para o desenvolvimento destes.

Neste sentido, merece colacionar o entendimento de Aline Karow (2012, p. 126):

Assim afeto e família passa a ser uma dupla salutar e estreita, desejada por todos aqueles que buscam como projeto de vida a construção de uma 'verdadeira família'. Onde há o afeto inevitavelmente há autenticidade das relações e a família firmada torna-se o santuário almejado por todos os seus integrantes.

O valor jurídico do afeto já é objeto de muitas decisões dos Tribunais do nosso país, os quais têm derogado o vínculo sanguíneo em favor do vínculo afetivo, ou até mesmo, primado pela manutenção tanto do vínculo sanguíneo como o

afetivo, sempre em observância ao melhor interesse do menor. Sendo que, de forma unânime, tais decisões consideram o afeto como uma realidade digna de tutela.

Em tese conclusiva, há que se salientar que a jurisdição do afeto é de extrema importância no que se refere ao presente estudo, isto porque a responsabilização civil por abandono afetivo tem como um de seus elementos, o afeto e seu valor jurídico. Tal elemento ganha ainda mais relevância, momento em que aqueles contrários à possibilidade de indenização moral nestes casos, se atêm justamente à ideia de que o afeto é um elemento externo ao sistema jurídico.

A Ministra Nancy Andrigh, também se manifesta neste sentido (STJ. EResp. nº1.159.242 – SP. Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrigh. Dje 10/05/2012. SPTJ. p. 8):

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

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

Portanto, não elevar o afeto ao *status* de valor jurídico significa não se atentar aos preceitos constitucionais, momento em que a CF/88 protege de forma ampla o menor e o adolescente, consoante se verifica na parte final do art. 227: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

2.2 A Importância do afeto da relação paterno-filial

De início, destaca-se que o direito de convivência dos filhos com os pais é garantido juridicamente, tanto na CF/88 em seu artigo 227, como no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19.

Assim, destaca-se que somente com os ensinamentos paternos/maternos é que se é capaz de formar uma pessoa equilibrada e preparada para a vida, isto

porque compete aos pais os ensinamentos de limites da vida, bem como a transmissão de valores éticos e familiares. Assim, não restam dúvidas que a convivência efetiva e ativa dos genitores com seus respectivos filhos, se revela extremamente necessária para um crescimento equilibrado destes (CALDERAN, 2012).

O Ministro Marco Buzzi também se manifestou neste sentido (STJ. Segunda Seção. EResp. nº 1.158.242 – SP. Relator p/ acórdão Ministro Marco Buzzi. Dje 25/05/2014. SPTJ. p. 21):

[...] o sistema normativo traz 'o cuidado', em mira, como verdadeira cláusula geral que incide sobre diversos preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico, como ocorre na hipótese em que obriga o pai ou a mãe, ainda que não detentor da guarda do filho, a supervisionar (cuidar) os interesses da prole (CC1.583, §3º) e, do mesmo modo, nos casos em que a guarda é estabelecida pelo juiz, mas em atenção as necessidades específicas (CC 1.584, II), inclusive atribuindo-a a terceiros, quando a providência for a que melhor atender ao bem estar e interesse dos filhos (CC 1.584, §5º).

A falta de convívio com um dos genitores pode gerar a quebra do elo de afetividade para com o filho e, conseqüentemente, compromete o desenvolvimento saudável e digno da prole. Ademais, tal omissão poderá resultar sérios danos emocionais porquanto é de extrema importância a companhia dos genitores junto aos filhos, cumprindo assim, os encargos decorrentes do poder familiar com responsabilidade, sob pena de comprometimento de toda existência destes.

3 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL

3.1 Elementos que compõem a responsabilidade civil segundo o paradigma do abandono afetivo

Neste tópico, insta ressaltar que a ideia de responsabilização por abandono afetivo está intimamente ligada aos elementos essenciais da responsabilidade civil (dano, culpa e nexa causal), porquanto estes são imprescindíveis na funcionalização

das entidades familiares, ou seja, com base em tais elementos, há que se observar a formação adequada da personalidade de cada membro do núcleo familiar.

O dano fruto do abandono afetivo é, a princípio, um dano à personalidade do indivíduo, de maneira a maculá-lo enquanto pessoa, visto que sem o grupo familiar completo, a criança, no caso, se vê impossibilitada de manifestar sua personalidade, de maneira a encontrar dificuldades em inculcar o sentimento de responsabilidade social.

No que se refere aos danos e prejuízos do abandono afetivo, Giselda Hironaka (2014, p. 07) se manifesta no seguinte sentido:

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.

Assim, para que a responsabilidade pelo abandono afetivo seja afastada por falta de prejuízo ao indivíduo, é necessário que o mesmo conte com o mínimo de dignidade para que possa se desenvolver plenamente em sua personalidade, conferindo ainda, além do sustento, a educação, o apoio moral, afetivo e emocional, com o intuito de formar um cidadão completo (KAROW, 2012).

Neste diapasão, além da configuração do dano, há que se ater ainda à comprovação da culpa do genitor não-guardião, quem privou o filho de sua convivência, tendo ainda se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, resta patente o descumprimento aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como consequência do poder familiar (HIRONAKA, 2014).

O último elemento, é o nexo causal, haja vista que não basta a comprovação da culpa do genitor e a demonstração dos danos sofridos pelo indivíduo abandonado

porquanto há ainda que se estabelecer o nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado.

Assim, salienta-se a importância da perícia nestes casos, para que a mesma identifique tanto o dano gerado, como sua causa, uma vez que não poderá haver imputação de um dano manifestado anteriormente ao abandono, ou seja, a conduta do genitor há de ser capaz de causar os danos alegados, quais sejam, as máculas na personalidade e ou psicopatias.

3.2 Responsabilidade Civil e Abandono Afetivo, Sob a Perspectiva dos Tribunais

3.2.1 Impossibilidade de indenização por danos morais pelo abandono afetivo: uma análise do Resp. nº 757.411 - MG

De início, há que se ressaltar que o tema em análise, embora tenha ganhado novos contornos nos últimos anos, é até os dias de hoje objeto de grandes discussões e gerador de vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Portanto, é imperioso destacar que, até pouco tempo atrás, parte dos estudiosos do Direito de Família entendiam pela impossibilidade de condenação do genitor ou genitora que abandona afetivamente o filho.

Dentre os argumentos apontados, está o de que o afeto, o carinho, o amor, por exemplo, são valores os quais não podem ser mensurados, visto que estão no plano espiritual e, somente por vontade pessoal é que se poderia oferecê-los e não por uma imposição jurídica.

Posto isto, merece destaque o caso do menino Alexandre, quem, desde a separação dos genitores não pôde desfrutar da presença do pai, tendo a situação se agravado a partir do momento em que o genitor constituiu nova família. Desde então, o filho teve ignorada todas as suas tentativas de reaproximação, se furtando o genitor de participar dos momentos importantes da vida do filho.

No caso em questão, embora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tenha reformado a sentença de primeira e instância e ter condenado ao genitor ao pagamento de danos morais ao filho Alexandre, o Recurso Especial interposto pelo réu foi conhecido e provido pelo STJ, sob o argumento de não comprovação de ilícito. Cabendo assim, colacionar a ementa de tal decisão (STJ. EResp. nº757.411 – MG. Relator p/ acórdão Ministro Fernando Gonçalves. Dje 27/03/2006. MGTJ. P. 01):

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso Especial conhecido e provido. (grifo nosso)

Este foi o primeiro caso a ser analisado por esta Corte, sendo que o Ministro relator reconheceu ser um tema polêmico e instigante da responsabilidade civil, além de destacar que a noção de dano altera-se com a dinâmica social, ampliando a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato.

3.2.2 Breve estudo do Resp. 1.159.242 – SP

No julgamento do o Resp. 1.159.242 – SP, em 24/04/2012, entendeu-se pela viabilidade da reparação civil por abandono afetivo à filha Luciane Nunes de Oliveira Souza em desfavor do pai Antonio Carlos Jamas dos Santos, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrichi.

O primeiro ponto analisado pela Ministra, é a “Existência do dano moral nas relações familiares”, ressaltando a mesma que não existem limitações legais no que tange aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar no Direito das Famílias, com enfoque ao artigo 186 do CC/02, como

cláusula geral (STJ. EResp. nº 1.159.242 – SP. Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi. Dje 10/05/2012. SPTJ. p. 03).

Outro ponto que merece ser destacado na decisão em comento, é o instituto do poder familiar e sua possibilidade de “perda”, visto que a relatora afirma que a perda do poder familiar é uma demonstração de sanção administrativa, mas não civil, a qual tem por objetivo reparar a vítima do *status quo*. Assim, não há o que se falar em poder familiar como a única punição cabível aos pais que não observam o dever a eles atribuído, ou seja, de educar e criar os filhos (STJ. EResp. nº 1.159.242 – SP. Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi. Dje 10/05/2012. SPTJ. p. 04).

No que tange o instituto da responsabilidade civil, o Tribunal demonstrou estar alinhado com os novos valores constitucionais de família, afirmando ser monótono o entendimento que inclui dentre os deveres inerentes do poder familiar, o de convívio, cuidado, proteção, criação e educação dos filhos.

Quanto à ilicitude e à culpa, a decisão destaca a importância do dever de cuidado, relatando ainda que a ilicitude não está no desamor e sim na falta de atendimento ao dever de cuidado, requisito mínimo que deve ser empreendido à vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento.

A Ministra, ao julgar o caso em comento, entendeu tratar-se de dano *in re ipsa*, visto que os reiterados atos de omissão são plenamente passíveis de indenização independente de prova dos prejuízos morais eventualmente sofridos.

3.2.3 Da possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo

O fato é que o Estado não pode obrigar ninguém a amar, todavia, deve chamar à responsabilidade aqueles que não cuidam de seus filhos através da reparação civil porquanto, conforme já exposto, a afetividade é fonte de obrigação jurídica, visto que traduz a ideia de atenção, imposição de limites, convivência e todos os demais cuidados imprescindíveis ao desenvolvimento saudável de um indivíduo.

Nesta toada, cumpre apontar os artigos 1634, I e II do Código Civil e 1º ao 6º, 20 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90), os quais servem de base para o princípio constitucional da Paternidade Responsável, além de garantir proteção integral à criança e ao adolescente, ou seja, assegura a estes, tanto as obrigações *necessarium vitae*, como a companhia dos genitores.

Posto isto, destaca-se o entendimento de Eddla Karina Gomes Pereira (2012, p. 71): “O dever de sustento corresponde, então, a uma obrigação de cunho eminentemente material. **Não exaure nem supre as obrigações afetivas que os pais assumem desde a concepção dos filhos.**” (grifo nosso)

Neste âmbito, cumpre esclarecer ainda que o cuidado ao qual se refere, é aquele estampado nos artigos 226 a 229 da CF/88, nos artigos 1º ao 6º, 20, 21, 28, §4º e 53 do ECA e os artigos 1.583, 1.596, 1.630 e 1.634 do CC/02, que preconizam deveres aos pais, cometendo-lhes a adoção de providências efetivas no que se refere a educação e formação da prole.

Destarte, o que se discute não é a impossível obrigação de amar, mas sim, o imprescindível dever de cuidar, o qual é vislumbrado em diversos preceitos, sejam eles advindos da Constituição ou mesmo das leis complementares. Dessa forma, se deve entender as expressões *afeto* e *amor* como referência ao conjunto de providências adotadas no zelo e proteção com relação aos filhos, tendo assim, o significado de cuidado e dever.

Conforme já foi exposto, há que se considerar o afeto como um valor jurídico objetivo, sendo que a omissão do genitor no seu dever de cuidar da prole fere um bem juridicamente tutelado, ou seja, o dever de cuidado (de criação, educação e companhia), tudo sob pena de responsabilização civil. Isto porque, repita-se, para que o ser humano tenha uma vida digna, não basta o mínimo para a sua manutenção, como alimento, abrigo e saúde, é preciso elementos imateriais como educação, lazer e regras de conduta, sendo o cuidado, portanto, requisito essencial à formação de um indivíduo íntegro.

E é justamente neste contexto que a ação de indenização por abandono afetivo ganha destaque, visto que, a mesma tem como objetivo a compensação dos danos extrapatrimoniais decorrentes do respectivo abandono.

Outro ponto que merece destaque, é que o ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de responsabilidade civil e dano ressarcível, apresenta duas cláusulas gerais referentes às modalidades de responsabilidade civil, quais sejam, o parágrafo único do artigo 927 do CC/02 – responsabilidade subjetiva e, o artigo 186 e *caput* do 927, do mesmo Diploma Legal – responsabilidade objetiva. Dessa maneira, atribuiu-se ao intérprete, a verificação dos interesses passíveis de tutela no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, a qual é aplicável ao caso *sub judice*; além, é claro, da dignidade da pessoa humana.

Superado este ponto, é imperioso destacar que, destarte a Ministra Nancy Andrigh tenha entendido tratar-se de dano *in re ipsa*, não é a esta vertente a qual o presente se filia. Afinal, o que acredita, é que o puro e simples abandono afetivo não ensejaria, por si só, a compensação, sendo preciso, portanto, a demonstração do dano psíquico efetivamente causado, ou seja, entende-se por razoável a exigência de comprovação das consequências advindas do abandono.

Assim, ao contrário do defendido pela Ministra Nancy Andrigh, entende-se que, para a configuração de responsabilidade civil por abandono afetivo, torna-se imprescindível a análise caso a caso, mediante os fatos específicos, observando-se ainda, complexa fase instrutória, com a produção de provas diversificadas e robustas, restando desta forma, cristalino o dano e o nexa causal.

Neste sentido, colaciona-se o entendimento de Aline Karow (2012, p. 225):

Os danos psicológicos, necessitam ser comprovados, por se entender que não se trata de dano *in re ipsa*. Tal demonstração poderá se dar de diversas maneiras, como por exemplo, prova pericial, a qual tem por escopo apontar se o menor efetivamente apresenta distúrbios na personalidade ou mesmo psicopatias, geradas pelo abandono; prova testemunhal, com a intenção de comprovar eventuais situações de desprezo, humilhação e rejeição.

Por todo o exposto até então, resta claro que o dano à dignidade humana do filho é passível de reparação, isto não somente para que a negligência ao dever de cuidado não fique impune, mas também e, principalmente, para que no futuro, qualquer inclinação ao abandono afetivo possa ser afastada pela firme posição do Judiciário, ao demonstrar que o afeto tem um preço muito alto na nova concepção de família. Afinal, se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo.

Ainda nesta toada, ressalta-se que, quanto à natureza jurídica da indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo, tem prevalecido na jurisprudência, aquela que preconiza um caráter principal reparatório e um caráter pedagógico ou disciplinador acessório. Dessa forma, o que se pretende é impedir novas condutas no mesmo sentido da que se pune (TARTUCE, 2010, p. 410). Essa dupla função, busca reparar o dano de maneira a diminuir a dor da vítima e punir o ofensor, para que este não reincida – caráter punitivo ou inibitório.

Por fim, conclui-se que o filho que opta por ajuizar uma demanda judicial neste sentido, já esgotou todas as suas tentativas de aproximação e já se cansou de esperar alguma demonstração de afeto do genitor, sendo o pedido de indenização, como preconiza Rodrigo da Cunha Pereira (2012), “seu grito de desespero, já que nada mais podia ser feito. Pelo menos ele pôde perguntar: Pai, por que me abandonaste?”.

CONCLUSÃO

Sem dúvida, o estudo da responsabilidade civil aplicada aos casos de abandono afetivo é um tema polêmico e ainda não pacificado pela jurisprudência, embora tenha ganhado destaque nos últimos anos.

A família moderna buscou funcionalizar-se em favor de seus membros e estes, por sua vez, não visam tão somente fins econômicos ao compô-las, ou seja, o

núcleo familiar transformou-se num espaço para a realização social. Assim, passou a conferir maior liberdade aos seus membros que optam pelo modelo de família que melhor lhes satisfaz e convêm.

Através da constitucionalização do direito de família, este passou a operar com uma nova técnica legislativa, como a cláusula geral, de maneira a conceder ao intérprete maior abertura para proferir decisões atualizadas e coerentes com a dinâmica social do momento, ou seja, trata-se de uma maleabilidade que confere oxigenação ao sistema.

Neste mesmo sentido, o afeto ganhou valorização jurídica e autonomia, sendo, inclusive, o principal fundamento em decisões que analisam o tema em questão, preponderando a todos os outros fatores, até mesmo à lei. A dignidade da pessoa humana, como cláusula aberta também tem tido maior aplicação jurídica na prática, visto que comporta inúmeras interpretações.

A responsabilidade civil enquanto instituto evoluiu e, para que esta venha a ter decisões arraigadas em fatos e fundamentos sólidos é preciso cada vez mais critérios, para que então, a decisão esteja pautada num caráter científico.

Pelo exposto no presente trabalho, verifica-se que o afeto é espécie do qual o amor é gênero e, portanto, não se fala em amar, mas sim em afetividade, que representa um vínculo entre duas pessoas, podendo ser traduzida como o dever de cuidado ou até mesmo mero apoio moral.

Concluiu-se que não se trata de puro ressarcimento pelo dano, é mais do que isso. O genitor que abandona o seu filho afetivamente no momento de formação da sua personalidade, poderá ser condenado ao pagamento de indenização de ordem moral, caso tal abandono gere danos psicológicos efetivos. E, é neste contexto que se entende que a natureza do dano moral em questão não é *in re ipsa*, porquanto devem ser analisados elementos específicos, ou seja, o dano deve ser provado, tratando-se de ônus que a parte não pode se desincumbir.

O dever do genitor de acompanhar o filho durante o seu desenvolvimento, de criar e de educar da melhor forma possível, está previsto na Constituição Federal, no

Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando a criança assim, a salvo de qualquer tipo de discriminação.

Em resumo, conclui-se que o viés jurídico em questão passa pela conscientização de que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A falta desses cuidados, ou melhor, o abandono afetivo, viola a integridade psicofísica dos filhos bem como o princípio da solidariedade familiar. Tal violação configura dano moral, com o conseqüente dever de indenizar.

Portanto, o dever de cuidado incorporado ao ordenamento jurídico, relaciona-se com o caráter predominantemente material. Repita-se: não se trata aqui de dever moral de amar, o qual, legalmente, é simples faculdade, todavia, o que se discute é o dever legal de cuidar, que é uma obrigação, imposta pelo Estado.

Por todo o exposto, cumpre finalizar o presente trabalho destacando a memorável frase da Ministra Nancy Andrigh (STJ. EResp. nº1.159.242 – SP. Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrigh. Dje 10/05/2012. SPTJ. p. 9): “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. Disponível: <www.planalto.gov.br>. Acesso: 15 ago. 2014.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível: <www.planalto.gov.br>. Acesso: 23 ago. 2014.

BRASIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. Disponível: <www.planalto.gov.br>. Acesso: 14 ago. 2014.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Abandono afetivo e suas conseqüências jurídica. n. 2, v. 40, 2012. Disponível: <<http://www.seer.ufu.br>>. Acesso em: 01 set. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível: <<http://www.egov.ufsc.br/>>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Porto Alegre: v. 31, 2005, p. 1-22.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Eddla Karina Gomes. A precificação do abandono afetivo: As consequências jurídicas à luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo: Escala. n. 75, p. 66-75, ago. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A afetividade como fonte de obrigação jurídica. CIDADE: **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12 set. 2014.

Superior Tribunal de Justiça. EResp. nº1.159.242 – SP. Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrigh. Dje 10/05/2012. SPTJ. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 25 jul.2014.

Superior Tribunal de Justiça. EResp. nº757.411 – MG. Relator p/ acórdão Ministro Fernando Gonçalves. Dje 27/03/2006. MGTJ. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 29 jul. 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. EResp. nº 1.158.242 – SP. Relator p/ acórdão Ministro Marco Buzzi. Dje 25/05/2014. SPTJ. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 17 ago. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.