



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: Contornos da
responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana

Rachel Veríssimo dos Santos Soares

Rio de Janeiro
2013

RACHEL VERÍSSIMO DOS SANTOS SOARES

**O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: Contornos da
responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana**

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2013

O ABANDONO AFETIVO E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

Rachel Veríssimo dos Santos Soares

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo: Como fenômeno biológico e social, é a família a estrutura básica de onde se inicia a formação da personalidade humana. Diferentemente da concepção tradicional, o modelo familiar contemporâneo tem por fim promover o aperfeiçoamento e o progresso humano, sendo, desta forma, regido pelos valores do afeto, da ética e da solidariedade recíproca que deve existir entre seus membros. Sendo a família um instrumento que visa possibilitar o desenvolvimento da pessoa humana, ganha o Direito das Famílias uma nova feição que se funda na proteção constitucional da dignidade. Diante desse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a repercussão jurídica do abandono afetivo nas relações de família, delimitando, assim, os contornos da responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana, princípio esse que norteia toda a Ordem Jurídica Brasileira.

Palavras-chave: Família. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Dignidade Humana.

Sumário: Introdução. 1. A Família e sua evolução na concepção jurídico-social. 2. Princípios Constitucionais que norteiam o Direito de Família. 3. A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo nas Relações de Família. 3.1. A responsabilidade civil no Direito das Famílias. 3.2. Valores que fundamentam a incidência de Dano Moral por Abandono Afetivo: o dever jurídico de cuidado e a relevância da convivência familiar. 3.3. A evolução da jurisprudência no âmbito do STJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Como estrutura básica social, é através da família que o ser humano inicia a formação de sua personalidade, começando, pois, a moldar o seu potencial para conviver em sociedade.

Institucionalmente, a família era compreendida como mera célula social, necessária à reprodução e à união de patrimônios, sendo, desta forma, concebida como simples unidade

produtiva e centralizadora que tinha por escopo, tão somente, promover a manutenção da sociedade.

Diferentemente da concepção tradicional, o modelo familiar contemporâneo tem por fim promover o aperfeiçoamento e o progresso humano, sendo, desta forma, regido pelos valores do afeto, da ética e da solidariedade recíproca que deve existir entre seus membros. Sendo a família um instrumento que visa possibilitar o desenvolvimento da pessoa humana, ganha o Direito das Famílias uma nova feição que se funda na proteção constitucional da dignidade e da isonomia substancial.

Nesse contexto, surge a grande polêmica sobre a possibilidade de reparação civil decorrente do abandono afetivo. Diante dos valores e deveres constitucionais que norteiam o Direito das Famílias e o exercício do poder familiar, verifica-se ampla controvérsia acerca da imposição de reparação pecuniária, em razão do descumprimento do dever jurídico de cuidado paterno-filial.

Com base na controvérsia acima destacada, o presente trabalho visa a analisar os limites da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo à luz do princípio da Dignidade Humana, identificando, assim, os valores e parâmetros que fundamentam a imposição do dever de indenizar.

Esse objeto de pesquisa assume relevância quando se tem em vista a tutela jurídica do dever de cuidado, valor objetivo que se encontra implicitamente incorporado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Seja pela concepção ou mesmo pela adoção, fato é que os pais assumem obrigações de ordem material e imaterial perante os filhos, não sendo suficiente, para a devida satisfação da responsabilidade paterno-filial, a mera provisão de necessidades básicas.

Para o exame do tema, o artigo em tela se valeu da análise de textos, periódicos, livros doutrinários e informativos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se, assim, da metodologia histórica e bibliográfica.

Em primeiro lugar, buscou-se analisar a evolução da família em sua concepção jurídico-social, para, em seguida, enumerar os princípios que norteiam o exercício do poder familiar na ordem constitucional vigente.

Adiante, foi examinada a responsabilidade civil e a sua incidência no Direito das Famílias, analisando-se, em seguida, os valores que fundamentam a reparação civil pelo abandono afetivo, e, por fim, identificando-se os contornos jurídicos que tem se formado no âmbito do STJ.

Importante salientar que o estudo em epígrafe não tem por finalidade traçar critérios definitivos para a fixação de indenização decorrente de abandono afetivo, mas, sim, verificar os valores que fundamentam a sua imposição, aferindo a evolução do tema no Superior Tribunal de Justiça e incitando o debate no campo acadêmico.

1 - A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO JURÍDICO-SOCIAL

A família é o fenômeno humano sobre o qual repousa toda a sociedade. Como estrutura primária social, a família constitui a base inicial para a formação da personalidade humana, fornecendo-nos modelos de condutas e suporte para lidar com os fatos elementares da vida.

A pluralidade das relações sociais não nos permite fixar um modelo familiar uniforme, devendo, portanto, ser a família compreendida conforme os movimentos sociais que se consagram ao longo do tempo. Bem como salienta Cynthia Sarti¹, a família “não é uma

¹ SARTI, Cynthia. A Família e individualidade: um problema moderno, in CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*, São Paulo: Cortez, 2000, p. 39.

totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas”, relações essas que se transformam conforme o fenômeno social de cada época.

Sem grandes digressões históricas, tradicionalmente, a família caracterizava-se pelo modelo patriarcal e hierarquizado, sendo mera unidade produtiva que tinha por real finalidade, tão somente, a formação de laços patrimoniais. Necessariamente matrimonializada, a família era uma instituição essencialmente heteroparental e centralizadora, que era compreendida, apenas, com base no critério biológico. Numa concepção transindividual, o núcleo familiar preponderava sobre seus componentes, sendo a família entidade que estava acima dos interesses pessoais dos indivíduos.

Os avanços tecnológicos e o surgimento de novos valores sociais romperam com a concepção institucional de família, criando, pois, um novo modelo familiar pautado na democracia e na igualdade substancial que deve existir entre seus membros². Se antes a família era uma simples unidade econômico-reprodutiva, hoje, ela é um verdadeiro instrumento multifacetário, que tem por finalidade precípua promover o desenvolvimento da personalidade e do progresso humano.

Na concepção contemporânea, a família representa um espaço aberto de comunicação entre seus membros, onde se objetiva a obtenção da confiança recíproca. É, assim, um núcleo privilegiado que visa promover e resguardar a dignidade de cada um de seus integrantes.

Trata-se, de fato, de um novo modelo familiar que tem como pilar a *especial proteção do ser humano*, de modo que a tutela da família não mais se justifica pelos interesses da entidade familiar em si, mas, sim, em razão dos seres humanos que a compõem.

² Ao abordar a democratização da família, Maria Celina Bodin, em palestra ministrada no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, destaca que “A autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (do filho), valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. No seio familiar, a educação deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pela negociação e pelo diálogo. Os pais, então, colocam-se na posição de ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente.” BODIN, Maria Celina. A família democrática. In: *Família e Dignidade Humana/V Congresso Brasileiro de Direito de Família*/Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: 2006, p. 619.

Ao delimitar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 orientou a compreensão da ordem constitucional pelo sistema dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana deixou de ser apenas uma mera manifestação conceitual do Direito Natural, adquirindo autonomia e se transformando no mais sublime valor que guia e inspira o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Com a nova hermenêutica constitucional trazida pela Carta de 1988, a proteção do núcleo familiar ganhou uma nova roupagem que se fundamenta, essencialmente, na tutela da pessoa humana, na solidariedade recíproca, na igualdade e no afeto.

Nos dias atuais, a entidade familiar adquire feição múltipla e plural, se sustentado, desta forma, nos valores do afeto, da ética e da dignidade humana, princípios esses que norteiam o sistema constitucional vigente³. A família deve ser compreendida como “um elemento de garantia do homem”⁴, sendo uma estrutura organizada fundamental para a busca da felicidade humana e para o alcance da realização pessoal de cada indivíduo.

³ Ao afirmar a validade da família anaparental quando constatada a presença de vínculos subjetivos que remetam à família, o STJ recentemente assentou que o conceito de núcleo familiar não pode simplesmente se restringir à noção tradicional de entidade, devendo, contudo, ser interpretado para abarcar uma noção plena de família, confirmando, por conseguinte, o modelo contemporâneo (plural) de núcleo familiar. Nesse sentido, destaca-se o Resp 1.217.415/RS, veiculado pelo Informativo 500 do STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. (...) A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. (...) Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. (REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012)

⁴ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil – Direito das Famílias*. 5.ed. Bahia: Jus Podivm, 2013, p. 42.

2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Federal de 1988 promoveu verdadeiro processo de reconstrução da dogmática jurídica, unificando todo o sistema normativo e atribuindo maior hierarquia axiológica à pessoa humana, que passou a ser o centro da ordem constitucional vigente.

Com o advento da Carta Fundamental de 1988, o Direito Civil passou a sofrer um forte processo de despatrimonialização, sendo-lhe atribuída uma grande carga solidarista, o que gerou, por sua vez, a necessidade de uma releitura de seus conceitos e institutos jurídicos clássicos, principalmente no Direito das Famílias.

Diante da nova ordem constitucional, os princípios, isto é, normas elementares que constituem o fundamento axiológico de todo o sistema normativo, ganham um novo relevo, presidindo, assim, o Ordenamento Jurídico em toda a sua extensão e substancialidade. Dotados de patente força normativa, são proposições genéricas, preceitos fundamentais para a prática e proteção dos Direitos. Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁵:

Princípios jurídicos são o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Diferentemente das regras, que possuem substrato fático determinado e fechado, sendo, ainda, aplicadas através da técnica da subsunção, os princípios consistem em verdadeiros valores fundamentais que orientam todo o sistema jurídico pátrio, atribuindo-lhe coerência, unidade e harmonia. Como bem assevera Paulo Bonavides, “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”⁶.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 817.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 281-282.

Com a irradiação das normas constitucionais, o Direito das Famílias passou a ser regido, particularmente, pela prevalência de valores humanitários e sociais, sendo, assim, interpretado e compreendido à luz de princípios expressos ou implícitos que derivam da legalidade constitucional⁷.

Entre esses princípios destaca-se a dignidade humana, postulado nuclear que dirige e determina toda a lógica do sistema normativo pátrio.

Conforme já assentado, ao delimitar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Carta de 1988 orientou a compreensão do Ordenamento Constitucional pelo sistema dos direitos e garantias fundamentais, atribuindo à dignidade humana verdadeira autonomia e transformando-a no valor primário da Ordem Jurídica Brasileira. Neste contexto, vale destacar as lições de Alexandre de Moraes⁸ ao versar sobre o tema:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das

⁷ Com fundamento nos princípios constitucionais, o STF reconheceu a pluralidade de entidades familiares, atribuindo proteção jurídica às uniões homoafetivas para equipará-las ao instituto da união estável, conforme se verifica na ADI 4277/DF, transcrita, em parte:

“[...] A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (...) Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. (ADI 4277, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011).

O entendimento do STF revela nitidamente a necessidade de interpretarmos o Direito Civil à luz da ordem constitucional. Com efeito, é o Direito das Famílias que deve ser compreendido e interpretado segundo as normas constitucionais e não o contrário.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 75.

demais pessoas, *constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.* [sem grifo no original]

A dignidade constitui um atributo próprio e distintivo de cada ser humano que confere a todos o direito de receber o mesmo valor e respeito por parte do Estado e da sociedade, importando, por conseguinte, um complexo de garantias individuais que, além de promover a preservação contra atos ofensivos, assegura a todos o mínimo existencial. De fato, a dignidade da pessoa humana representa o mais importante vetor interpretativo da ordem constitucional, traduzindo verdadeiro valor que guia, inspira e harmoniza todo o sistema normativo vigente.

No seio familiar, a dignidade humana assume relevância ao assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade e da dignidade de todos aqueles que integram o núcleo familiar, resguardando, portanto, a participação ativa de cada indivíduo na modulação de seu próprio destino, bem como na vida social⁹.

Ainda que haja uma pluralidade de entidades familiares, fato é que a família deve ser destinada a promover o desenvolvimento humano, sendo, assim, colocada em função e a serviço dos indivíduos que a compõem. As entidades familiares constitucionalizadas qualificam-se como uma família-instrumento, que nada mais representa do que um espaço para realizações pessoais e para a busca da felicidade.

Além da dignidade humana, com a constitucionalização do sistema jurídico, o Direito das Famílias passou a sofrer grande influência do princípio da solidariedade familiar, insculpido no artigo 3º, inciso I, da CRFB/88.

⁹ Invocando o princípio da dignidade humana nesta vertente apresentada, Guilherme Calmon Nogueira de Gama assevera, a exemplo, ser inconstitucional a imposição legal de regime de separação obrigatória de bens à pessoa que se casa com mais de 60 anos de idade conforme disposto no artigo 1641, II, do CC/02. Afirma que o fato de o indivíduo ter idade superior a 60 anos de idade não o torna incapaz para a prática de atos da vida civil, principalmente aqueles que dizem respeito à sua esfera existencial, tal como ocorre com o casamento. Assim, defende não ser constitucional a imposição de uma limitação ou restrição que não se fundamente em qualquer elemento de *díscrimen* que se caracterize pela razoabilidade. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 69-70.

Conforme salienta Guilherme Calmon Nogueira Gama¹⁰, o princípio da solidariedade está diretamente vinculado aos “valores éticos do ordenamento jurídico”, surgindo, assim, como categoria ética e moral que se projeta para o mundo jurídico através de uma relação que obriga à “oferta de ajuda ao outro e a todos”. A solidariedade busca afastar o individualismo jurídico, equilibrando-se, desta forma, interesses individuais com interesses coletivos. Conforme explicita Caio Mário da Silva Pereira¹¹,

O princípio da solidariedade representou, então, uma inovação substancial no ordenamento jurídico pátrio, devendo o mesmo ‘ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do direito’ (Maria Celina Bodin de Moraes). Em outras palavras, o princípio da solidariedade é um fato social – só 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.

No âmbito do Direito das Famílias, mostra-se muito comum a associação do princípio da solidariedade constitucional com a obrigação de prestar alimentos. Saliente-se, contudo, que a solidariedade não pode ser simplesmente encarada sob o ponto de vista patrimonial, incidindo, também, na esfera afetiva e psicológica. Na seara familiar, a solidariedade exige respeito e consideração entre todos os integrantes da família.

A despeito da solidariedade familiar, o princípio da igualdade entre os filhos foi expressamente insculpido na Constituição Federal de 1988, conforme previsto em seu artigo 227, parágrafo 6º.

A igualdade entre filhos produz efeitos nos campos patrimonial, assegurando-lhes os mesmos direitos sucessórios, e existencial, vedando a realização de qualquer tipo de qualificação em virtude de sua origem biológica ou afetiva.

Com fundamento na paternidade socioafetiva e no mandamento constitucional de igualdade substancial entre os filhos de qualquer origem, o STJ, no julgamento do Recurso

¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil– Volume V – Direito de Família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional e Editora Forense, 2012, p. 57.

Especial 922.462/SP, negou a pretensão de repetição de valores pagos a título de alimentos fornecidos por pai, a filho originário de relação extraconjugal entre sua esposa e outro homem, conforme se infere do Informativo n.º. 522, a seguir transcrito:

DIREITO CIVIL. ALIMENTOS NA HIPÓTESE DE FORMAÇÃO DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. A esposa infiel não tem o dever de restituir ao marido traído os alimentos pagos por ele em favor de filho criado com estreitos laços de afeto pelo casal, ainda que a adúltera tenha ocultado do marido o fato de que a referida criança seria filha biológica sua e de seu “cúmplice”. Isso porque, se o marido, ainda que enganado por sua esposa, cria como seu o filho biológico de outrem, tem-se por configurada verdadeira relação de paternidade socioafetiva, a qual, por si mesma, impede a repetição da verba alimentar, haja vista que, a fim de preservar o elo da afetividade, deve-se considerar secundária a verdade biológica, porquanto a CF e o próprio CC garantem a igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem (biológica ou não biológica). Além do mais, o dever de fidelidade recíproca dos cônjuges, atributo básico do casamento, em nada se comunica com a relação paternal gerada, mostrando-se desarrazoado transferir o ônus por suposto insucesso da relação à criança alimentada. Ademais, o STJ já firmou o entendimento de que a mulher não está obrigada a restituir ao marido o valor dos alimentos pagos por ele em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem (REsp 412.684-SP, Quarta Turma, DJ 25/11/2002). De mais a mais, quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante estarão cobertos pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos, justificado pelo dever de solidariedade entre os seres humanos, uma vez que, em última análise, os alimentos garantem a própria existência do alimentando. REsp 922.462-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4/4/2013.¹²

O princípio da isonomia entre filhos representa a concretização da dignidade humana e tem como consequência a adoção precípua do princípio do melhor interesse como critério utilizado para solucionar demandas que envolvam crianças e adolescentes, possibilitando,

¹² EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corrê parcialmente provido e do segundo corrê provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (REsp 922462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013)

inclusive, a modificação do conteúdo do poder familiar em atendimento à doutrina da Proteção Integral¹³.

Não menos importante, vale ressaltar o princípio da afetividade, que se revela como postulado constitucional implícito que pode ser extraído dos artigos 226, parágrafos 3º e 6º, e 227, caput e parágrafo 1º, ambos da Carta Constitucional de 1988¹⁴.

Segundo a doutrina, o princípio da afetividade é aquele que insere, na esfera familiar, a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida¹⁵, atribuindo, desta forma, prevalência do elemento anímico da *affectio* sobre questões patrimoniais ou mesmo biológicas. Em recente decisão exarada no Recurso Especial 1.199.465/DF, a Terceira Turma do STJ assentou a preponderância do princípio da afetividade sobre a paternidade biológica, conforme pode ser visto na decisão abaixo:

CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser assegurada condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes. 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo - 09 anos -, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido. (REsp 1199465/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011)

¹³ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil – Direito das Famílias*. 5. ed. Bahia: Jus Podivm, 2013, p. 134

¹⁴ O princípio em tela também se faz presente no artigo 28, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que, ao dispor sobre a colocação do menor em família substituta assim determina: “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

¹⁵ GAMA, op. cit., p. 82.

Por se tratar de tema fundamental ao presente estudo, o princípio da afetividade será abordado com maior profundidade em tópico próprio, razão pela qual se buscou tecer, apenas, algumas linhas gerais no item em apreço.

Por fim, vale ressaltar o princípio da responsabilidade parental (artigo 226, parágrafo 7º e 229, ambos da CF/88), que atribui a ambos os pais, isto é, à genitora e ao genitor, a incumbência de criar e cuidar dos filhos, propiciando-lhes assistência moral, psíquica, espiritual e educacional. Em recente julgado, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF já teve a oportunidade de consolidar o princípio da responsabilidade parental, conforme se verifica abaixo:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011)

Trata-se de uma vinculação não apenas relacionada a aspectos patrimoniais, mas, também, existenciais. A responsabilidade parental materializa-se pela presença construtiva dos genitores na vida da prole, manifestando-se, desta forma, pelo adequado e concreto

exercício do poder familiar. Havendo, ou não, satisfação pessoal com a procriação, o nascimento de um ser humano sempre acarretará, para seus pais, o cumprimento de uma série de deveres, sejam de ordem material, sejam de ordem imaterial.

A responsabilidade parental visa, assim, à plena formação dos filhos como sujeitos em desenvolvimento, o que abrange aspectos financeiros e, sobretudo, o direito constitucional à convivência familiar, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Sendo tema intimamente ligado ao abandono afetivo, por ora, busca-se, apenas, traçar linhas gerais, de modo que o princípio da responsabilidade parental será abordado com maior profundidade quando da análise do ao dever jurídico de cuidado, no tópico que versa sobre responsabilidade civil.

3 – RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

3.1) A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Com a finalidade de resguardar a adequada convivência social, o Direito Positivo impôs, à sociedade, o dever jurídico de não lesar outrem¹⁶ criando, assim, a consequente obrigação de recompor o dano causado por uma conduta humana.

Conforme bem leciona Sérgio Cavalieri Filho¹⁷, a violação de um dever jurídico caracteriza o ilícito que, ao acarretar prejuízo para outrem, gera um novo dever jurídico, isto é, o de compensar o dano. Há desta forma, um dever jurídico originário que, ao ser violado, gera um dever jurídico sucessivo, que se traduz, por sua vez, na obrigação de reparar o dano causado. É exatamente aqui que se enquadra a noção de responsabilidade civil, que nada mais

¹⁶ O dever geral de não gerar dano a ninguém se encontra presente no Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

é do que o *dever jurídico sucessivo* que tem por fim ressarcir um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

A responsabilidade é, de fato, uma consequência que decorre do descumprimento de uma obrigação, seja esta contratual, extracontratual ou legal¹⁸. Tem por finalidade restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico antes existente entre o ofensor e a vítima, recolocando-a, desta forma, no *statu quo ante*, isto é, na situação em que estaria caso o evento danoso não tivesse ocorrido (princípio da *restitutio in integrum*).

Há inúmeras causas capazes de ensejar o dever de indenizar. Nas relações de família, contudo, a responsabilidade civil incide, em regra, a partir da prática de um ato ilícito, ou seja, a partir de um comportamento voluntário que infringe um dever imposto pela ordem jurídica, provocando danos a outrem e ensejando o consequente dever de indenização¹⁹.

A grande controvérsia que se destaca no Direito das Famílias é, de fato, quanto ao alcance da ilicitude nas relações familiares, vale dizer, se a violação a um dever familiar específico, por si só, já é suficiente para configurar o dever de indenizar.

De um lado, autores como Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos²⁰ e Inácio de Carvalho Neto²¹, defendem restar caracterizada a responsabilidade civil tanto nos casos em que há uma violação geral da cláusula de ilicitude (artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002), como nos casos em que há uma violação a deveres familiares específicos, tal como

¹⁸ Citando Alois Brinz, Arnold Wald menciona dois momentos existentes na relação obrigacional, isto é, o do débito (Shuld), que se traduz no adimplemento da obrigação, e o da responsabilidade (Haftung), na qual pode o credor adentrar no patrimônio do devedor a fim de obter a reparação pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento da obrigação originária. WALD, Arnold. *Direitos das Obrigações*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35.

¹⁹ A despeito dos diferentes critérios utilizados para classificar a responsabilidade civil, no Direito das Famílias, a responsabilidade é extracontratual, correspondendo, assim, à transgressão de um dever jurídico estabelecido pela própria ordem legal. Diferentemente da responsabilidade contratual, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana não deriva de um mero inadimplemento contratual, mas, sim, de um comportamento que, ao ser praticado, infringe um dever legal de conduta.

²⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 153-175.

²¹ CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 253-184.

ocorre quando um dos cônjuges deixa de observar deveres matrimoniais estabelecidos no artigo 1.566 do Diploma Civil.

De outro lado, restringindo a incidência da responsabilização civil no âmbito familiar, parte da doutrina representada por Gustavo Tepedino²² e Aparecida Amarante²³, entende que a caracterização do dever de indenizar, nas relações de família, está necessariamente atrelada à presença da cláusula geral de ilicitude constante dos artigos 186 e 187 do *Codex*, não sendo possível a sua incidência com a mera violação de deveres familiares específicos, apenas.

Ao versar sobre o tema Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias²⁴ entendem que a simples ofensa a um dever jurídico familiar não é suficiente para ensejar a responsabilidade civil no Direito das Famílias, sendo, assim, indispensável a presença efetiva de um ato ilícito nos termos dos artigos 186 e 187 do Diploma Civil.

Esclarecem que a incidência pura e simples das regras gerais da responsabilidade civil no Direito das Famílias poderia desvirtuar a natureza peculiar e existencial do vínculo familiar. Contudo, adotando posição favorável à segunda corrente supramencionada, sustentam que o mero descumprimento de um dever de família não é capaz de ensejar, por si só, o dever de indenizar um eventual dano, de modo que a aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar depende da efetiva prática de um ato ilícito.

Nesse sentido, explicam que a infidelidade, por si só, não é suficiente para caracterizar o dano moral indenizável, sendo necessário para a responsabilização civil, que o adultério fosse praticado, a título de exemplo, em local público, de modo a ferir a honra do cônjuge. Partilhando do mesmo entendimento destaca-se a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme se verifica a seguir:

²² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 367-388.

²³ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 35.

²⁴ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Bahia: Jus Podvm, 2013, p. 163-164.

TJRJ: 0011731-62.2008.8.19.0210 - APELAÇÃO - DES. MARIO ROBERT MANNHEIMER - Julgamento: 20/04/2010 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL
 Apelação. Ação Indenizatória. Separação judicial. Danos morais. Inocorrência. A violação dos deveres conjugais, por si só, não é causa suficiente a gerar indenização por danos morais. É preciso que se extraia da violação efeito na esfera íntima da pessoa que exceda os limites do que razoavelmente se poderia esperar da situação jurídica. Hipótese em que a infidelidade do ex-cônjuge era fato comum e perdoado pela Autora, que todavia se sentiu ofendida por divulgação de fotografia no site de relacionamentos "Orkut". Todavia, a página foi acessada quando os cônjuges já se encontravam separados de fato, não sendo a mensagem de texto suficiente para materializar o adultério ou configurar injúria grave, mesmo porque não foi o Réu autor da mensagem, nem quem a divulgou, não se podendo a ele atribuir qualquer responsabilidade pela exposição da aludida fotografia ou da veracidade das afirmações nela contidas. Ausência de situação excepcional ou comportamento aberrante, aviltante ou ilícito do cônjuge a configurar dano moral. Sentença de improcedência que se mantém. Improcedência das alegações de prescrição e de litigância de má-fé suscitadas pelo Réu. Conhecimento e desprovimento do recurso.

Outrossim, afirmam inexistir dano moral indenizável decorrente do mero abandono do lar, ou mesmo pelo simples rompimento da relação conjugal, posição esta que também tem se manifestado nos Tribunais de Justiça:

TJSC: Apelação Cível 488535 SC 2007.048853-5 – DES. RELATOR: NELSON SCHAEFER MARTINS, Data de Julgamento: 19/05/2010, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Ação de Separação Judicial Litigiosa. Pretensão de Reparação por Danos Morais. Pleito com relação à indenização por danos materiais que não fora especificado nas razões de apelo e tampouco na inicial da reconvenção. Alegação de abandono de lar em ofensa aos deveres do casamento insculpidos no art. 1.566 do código civil de 2002. Danos morais não configurados. Ausência de indício de prova a corroborar a pretensão. Depoimentos testemunhais que não permitem a formação de convicção acerca de qualquer excepcionalidade na ruptura do casamento. Condenação admitida apenas em situações excepcionais em que esteja evidenciado o grave desrespeito ao cônjuge com violação da intimidade honra ou imagem. Recurso desprovido.²⁵

²⁵ Em sentido contrário ao presente julgado, o TJDFT admitiu, excepcionalmente, a incidência de dano moral na hipótese em que o companheiro abandonou o lar, deixando sua companheira quando esta se encontrava em estado de saúde debilitado. Observe-se que o caso trouxe uma circunstância peculiar, de modo que o dano moral não foi admitido pelo simples abandono do lar, confirmando assim a jurisprudência que tem se consagrado em nossos Tribunais.

TJDFT - ACJ: 1392388420088070001 DF 0139238-84.2008.807.0001, Relator: ASIEL HENRIQUE, data de julgamento: 20/10/2009, SEGUNDA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, data de publicação: 14/01/2010

Danos morais. Adultério. Preliminar de incompetência do juizado especial cível afastada. Separação de casal. Abandono de lar. Doença da ex-esposa. Falta de assistência. Valor da indenização. 1. o ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família, conforme lei de organização judiciária do distrito federal e territórios. 2. o dano moral indenizável é aquele que afeta os direitos da personalidade, assim considerados os relacionados com a esfera íntima da pessoa, cuja violação causa humilhação, vexame, constrangimento, frustração, dor e outros sentimentos negativos. 3. o abandono do lar em momento em que a companheira mostra-se com a saúde debilitada, sem prestar-lhe a devida assistência, gera transtornos íntimos que merecem ser compensados. 4. o valor da indenização deve ser fixado considerando-

TJRJ: 0025602-73.2005.8.19.0014 (2009.001.64505) – APELAÇÃO - DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 16/03/2010 – QUARTA CÂMARA CÍVEL

PEDIDO DE INDENIZACAO. ACAO PROPOSTA POR EX-CONJUGE. DANO MATERIAL. OBRIGACAO DE INDENIZAR. DANO MORAL. AUSENCIA DE COMPROVACAO.

Apelação Cível. Direito de Família. Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pela ex-mulher em face do seu ex-marido. Alegação de que o ex-marido trouxe verdadeira desordem na vida financeira e sentimental da ex-mulher. Sentença procedente, remetendo o dano material para liquidação e, quanto ao dano moral, fixou em R\$ 50.000,00. Reforma parcial. No que se refere ao dano material, a prova documental não se mostra suficiente para se apurar a existência ou não de dívida (*an debeatur*), bem como o que seria devido (*quid debeatur*). Apenas alguns documentos comprovam o alegado mútuo e o inadimplemento das obrigações pelo seu ex-marido. Portanto, o dano material deve se restringir aos valores confessados pelo próprio apelado, na ordem de R\$ 8.000,00. Em relação ao dano moral, o casamento frustrante que não proporciona plena felicidade a um dos cônjuges e que não corresponde às expectativas de uma plena comunhão de vida emocional e patrimonial não configura, por si só, a prática de ato ilícito ou o dano moralmente indenizável. Não houve violação dos deveres conjugais ou a prática de ato grave capaz de impor intenso sofrimento à ex-mulher. Transtorno, aborrecimento e infelicidade decorrem naturalmente do rompimento de uma relação. Reforma parcial da sentença apenas para condená-lo ao pagamento de dano material comprovado às fls. 42/44. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Provimento parcial do recurso. Vencido o Des. Sidney Hartung.

Com efeito, a incidência de dano moral nas relações familiares ainda é tema muito controvertido, sendo alvo de intensas discussões, seja na esfera doutrinária ou mesmo em sede jurisprudencial.

O rompimento com a concepção tradicional de família e o surgimento de novos valores sociais geraram um novo modelo familiar complexo e pluralista que acabou trazendo novos desafios a serem enfrentados pelo Ordenamento Jurídico. Atualmente, a jurisprudência brasileira tem se confrontado com temas extremamente polêmicos que requerem não apenas uma análise jurídica, mas, também, um exame interdisciplinar, tal como ocorre com o abandono afetivo, questão a seguir abordada.

se a lesão sofrida, a condição financeira do réu e o caráter pedagógico e punitivo da medida. 5. recurso conhecido e negado provimento.

3.2. VALORES QUE FUNDAMENTAM A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO: A AFETIVIDADE COMO DEVER JURÍDICO E A RELEVÂNCIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Conforme já ressaltado, com a finalidade de promover o adequado desenvolvimento humano, a entidade familiar ganhou uma nova feição que se pauta nos valores da ética, da solidariedade e do *afeto*²⁶.

A afetividade é a essência da família, sendo, assim, elemento que integra e que determina a própria existência da entidade familiar. Segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias²⁷,

O afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, *preservando a imprescindível dignidade de todos*.

A Responsabilidade Parental faz com que o exercício da paternidade/maternidade não fique adstrito a um mero conjunto de atributos conferidos aos genitores, consubstanciando, efetivamente, um conjunto de *deveres* que tem por finalidade precípua atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, promovendo o adequado desenvolvimento de sua personalidade.

Exercer a paternidade/maternidade supera a simples ideia de convivência diária, traduzindo-se, de fato, na educação, na imposição de limites, na cumplicidade e no

²⁶ Maria Berenice afirma que houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Há uma consagração do afeto, como direito fundamental, como forma de garantir a dignidade de todos.

São quatro fundamentos constitutivos do princípio da afetividade, quais sejam:

- a) A igualdade de todos os filhos independente da origem;
- b) A adoção, como escolha afetiva da igualdade de direitos;
- c) A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família; e
- d) O direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 67

²⁷ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Bahia: Jus Podvm, 2013, p. 154.

companheirismo que deve existir na entidade familiar, principalmente no vínculo parental-filial. Não é simplesmente prestar assistência econômica à prole. Ser pai/mãe significa estar presente na vida dos filhos, significa ter comprometimento não apenas com os filhos, mas, também, com a sociedade e com si próprio.

É exatamente nesse contexto que a afetividade se destaca como verdadeiro dever jurídico de cuidado, que, por sua vez, nada mais é do que uma decorrência da liberdade de gerar ou adotar filhos.

Conforme expressamente previsto no artigo 227 da Carta Constitucional e no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aos pais cabe o *dever* de assegurar a dignidade e a convivência familiar à criança e ao adolescente.

A base psicológica da criança nasce de uma boa relação entre pais e filhos. Nesse sentido, verifica-se o abandono afetivo quando o genitor/genitora deixa de prestar assistência moral, afetiva ou psíquica a seu filho, omitindo-se, desta forma, no cumprimento das funções e deveres parentais. Tal omissão acarreta à criança/adolescente uma dor muito intensa, capaz de causar prejuízo a sua vida social ou escolar, podendo, até mesmo, influenciar na sua vida profissional. Conforme salienta o psicanalista Sergio Nick²⁸, ao serem abandonadas,

Estas crianças apresentam um núcleo depressivo que pode levá-las a sentimentos de baixa auto-estima, de não serem merecedoras de amor. Além de gerar sentimentos de ódio e de inveja de difícil manejo. A mãe mais madura emocionalmente ajuda os filhos a superar a ausência do pai e evita que as fantasias de abandono predominem.

A despeito do abalo psicológico gerado pelo abandono afetivo, o TJRS já se manifestou contrariamente à fixação de dano moral pelo abandono afetivo, em razão da impossibilidade de se aferir a culpa, elemento esse necessário à configuração da responsabilidade civil:

²⁸ NICK, Sérgio. *Danos provocados pela ausência do pai*. Jornal do Commercio. Recife. 1999. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/JC/_1999/2609/fa2609b.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

TJRS: 70050203751 - APELAÇÃO CÍVEL. – DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ –
 Julgamento: 22/11/2012 – OITAVA CÂMARA CÍVEL
 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE
 ALIMENTOS. ABANDONO AFETIVO. ALIMENTOS. Ainda que comprovado o
 vínculo de pai e filha entre as partes, os alimentos às pessoas maiores de idade e
 capazes somente são reconhecidos quando comprovada a imperiosa necessidade.
 DANO MORAL. Os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais
 ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, não são
 indenizáveis por impossibilidade de aferição da culpa. NEGARAM PROVIMENTO
 AO APELO.

No mesmo sentido segue decisão do TJDFT:

TJDFT: Processo: 20080710316235 - APELAÇÃO CÍVEL – Relator (a):
 SANDOVAL OLIVEIRA – Julgamento: 06/09/2011 – QUARTA TURMA
 CÍVEL
 DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO
 AFETIVO PELO GENITOR. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ATO
 ILÍCITO. MEIO NÃO CABÍVEL PARA COMPENSAR OU SANCIONAR A
 AUSÊNCIA DE SUPORTE MATERIAL OU AFETIVO.
 1. INCABÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES
 DE ABANDONO AFETIVO QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL AFERIR-SE A
 EFETIVA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO MORAL CAUSADO PELA
 AUSÊNCIA DO PAI OU NÃO COMPROVADO ATO ILÍCITO,
 NOTADAMENTE PORQUE NÃO RESTARAM VIOLADOS QUAISQUER
 DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRECEDENTES DO TJDFT E DO STJ.
 2. O ORDENAMENTO JURÍDICO, CONQUANTO POSSA GARANTIR À
 AUTORA OS DIREITOS DECORRENTES DA FILIAÇÃO, TAIS COMO
 PENSÃO ALIMENTÍCIA, NOME, DIREITOS SUCESSÓRIOS - PASSÍVEIS
 DE OBTENÇÃO PELAS VIAS ADEQUADAS, NÃO EXIGE DO GENITOR
 A OBRIGAÇÃO DE AMOR, CARINHO E AFETO, QUE SÃO
 SENTIMENTOS QUE SOMENTE SE DESENVOLVEM COM O CONVÍVIO
 NO SEIO FAMILIAR, MORMENTE PORQUE A SITUAÇÃO DELINEADA
 NOS AUTOS APONTA EXATAMENTE A DIFICULDADE DE
 APROXIMAÇÃO DE AMBOS. 3. RECURSO CONHECIDO E
 DESPROVIDO.

Em contrapartida, destaca-se a decisão do Tribunal de Alçada Cível de Minas Gerais,
 decisão que marcou a incidência do dano moral em razão do abandono afetivo:

TAMG: Apelação Cível 408.555-5 - REL. UNIAS SILVA – Julgamento:
 01/04/2004 - SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
 INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL –
 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA
 AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o
 privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser
 indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme se verificará no tópico a seguir, a questão ainda é muito polêmica, existindo divergência, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça.

3.3. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DO STJ

O tema em apreço já foi alvo de discussão no Superior Tribunal de Justiça, destacando-se como seus precedentes o REsp 757.411/MG e o REsp 1.159.242/SP, que serão, a seguir, analisados.

Conforme afirmado no tópico anterior, o julgamento da Apelação Cível 408.55-5, pelo extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, em 2004, representou um dos mais notórios casos em que se discutiu a possibilidade de incidência de danos morais em razão do abandono afetivo. Como bem salientado, ao se manifestar sobre o tema, o referido Tribunal condenou o pai a pagar, ao filho, indenização por dano moral, com fundamento na dignidade humana, assentando, nesse sentido, a existência de violação ao direito de convivência familiar e ao amparo afetivo, moral e psíquico.

Ao julgar o REsp nº. 757.411/MG, no entanto, a referida decisão veio a ser reformada pelo STJ, que ao dispor sobre a matéria em questão, afirmou, em 29/11/2005, não haver, na hipótese, ato ilícito capaz de ensejar a fixação de danos morais, sendo o abandono afetivo insuscetível de qualquer reparação financeira, conforme se verifica no acórdão a seguir transcrito.

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

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006)

Ao julgar o Recurso Especial acima destacado, o Relator Ministro Fernando Gonçalves ressaltou que a noção de dano se altera de acordo com a dinâmica social. Ao expor sua posição, o Ministro assentou que, no caso de abandono ou de descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação da prole, a legislação ordinária estabelece, como medida repressiva, a perda do poder familiar, sanção esta que já se encarregaria, eficientemente, de alcançar a função punitiva e dissuasória, demonstrando, assim, que a sociedade não se compadece com a conduta daquele que deixa de prestar assistência material e moral aos filhos.

Argumenta que, a condenação do genitor ao pagamento de indenização pecuniária ao filho, em razão do abandono afetivo, poderia, de fato, acarretar no afastamento definitivo das partes, já que o conflito existente durante todo o processo litigioso poderia prejudicar ou mesmo impedir, definitivamente, a reconstrução da relação paterno-filial. Ao se manifestar sobre a questão, o Ministro assenta que²⁹:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil (...). [grifo nosso]

Assim sendo, salientando não caber ao Judiciário compelir alguém a amar ou a manter relacionamento afetivo com outrem, e inexistindo finalidade positiva a ser almejada com a reparação pecuniária, o Relator Min. Fernando Gonçalves não reconheceu o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Em voto divergente, o Ministro Barros Monteiro entendeu que, ao deixar de cumprir o dever de convívio familiar com o filho, o pai praticou uma conduta ilícita, destacando, nesse

²⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial nº 757.411-MG*. Rel. Min. Fernando Gonçalves. J. 27.2.2006. p. 09.

sentido, que ao lado do dever de assistência material, há o dever de assistência moral à prole, devendo o seu genitor acompanhá-la e dar-lhe o afeto necessário ao seu desenvolvimento.

Afirma que a responsabilidade do réu, no caso o progenitor, somente poderia ser elidida através da demonstração efetiva da ocorrência de força maior, excludente essa que, nem ao menos, teria sido cogitada nas instâncias inferiores.

Destaca, por fim, que a destituição do poder familiar não interfere na indenização por dano moral, sendo esta devida juntamente com aplicação da sanção civil da destituição do *pater familias*. Sustenta, nessa esteira, que a destituição do poder familiar é uma sanção do Direito de Família que não guarda relação com a reparação por danos morais, podendo ser com esta perfeitamente cumulada.

Assim, restando evidenciado o ato ilícito de abandono, o nexó de causalidade e o dano, traduzindo-se esse no abalo psíquico suportado pelo filho durante todo o tempo em que se vira privado do convívio familiar paterno, o Ministro Barros Monteiro considerou devida a reparação pelo dano moral sofrido.

Contudo, em consonância com o voto do Relator Min. Fernando Gonçalves e reafirmando inexistir ato ilícito capaz de ensejar dano moral, manifestaram-se os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha³⁰, prevalecendo, assim, o entendimento de que o abandono afetivo não seria suscetível de gerar qualquer reparação pecuniária.

³⁰ Em seu voto, o Min. Cesar Asfor Rocha defende que “(...) o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências 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, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito à pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. (...)” Destaca, ao fim, repudiar a tentativa de se quantificar o preço do amor.

Diferentemente do acórdão anterior, em 24/04/2012, ao julgar o REsp nº. 1.159.242/SP³¹, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, a Terceira Turma do STJ, por maioria, reconheceu que o descumprimento do dever legal de cuidado da prole configura ilícito civil, admitindo, desta forma, a incidência de danos morais em razão do abandono afetivo, conforme se extrai da ementa a seguir transcrita:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Conforme ressaltado pela Min. Relatora Nancy Andrigui, a imposição de dano moral, nas hipóteses de abandono afetivo, se fundamenta na obrigação legal dos pais de darem assistência psicológica aos filhos, sendo o cuidado verdadeiro valor jurídico que não pode ser afastado.

Não obstante tenha o Ministro Massami Uyeda divergido da posição da Relatora Min. Nancy Andrigui, os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas

³¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 1.159.242*. Rel. Min. Nancy Andrigui. J. 24.4.2012.

Bôas Cueva aderiram ao entendimento da Min. Relatora, confirmando, deste modo, a incidência de danos morais em virtude do abandono afetivo e da quebra do dever jurídico de cuidado.

Recentemente, houve a interposição de Embargos de Divergência contra a decisão emanada pela Terceira Turma, de modo que a questão ainda será definitivamente assentada no âmbito do STJ.

CONCLUSÃO

Ao estabelecer os objetivos da República Federativa do Brasil, a Carta Constitucional de 1988 orientou a compreensão do ordenamento jurídico pátrio pelo sistema de direitos e garantias fundamentais, atribuído, à dignidade da pessoa humana, patente força normativa e transformando-a no mais elevado valor que guia e inspira a Ordem Constitucional vigente.

A nova hermenêutica constitucional e os novos valores trazidos pela Carta de 1988 atribuíram, ao núcleo familiar, uma nova percepção que tem traz, em sua essência, a tutela da pessoa humana, da solidariedade recíproca, da isonomia e do afeto.

Diferentemente da entidade familiar tradicional, a família contemporânea deve ser compreendida como um espaço democrático e igualitário que tem por finalidade precípua promover o desenvolvimento de cada um de seus membros, permitindo que eles busquem a felicidade e alcancem a sua realização pessoal.

Nesse contexto, destaca-se o cuidado como valor jurídico apreciável e de fundamental relevância para a adequada formação psíquico-social do infante. Sendo o cuidado ingrediente essencial ao desenvolvimento da personalidade/identidade humana, surge a grande controvérsia acerca da possibilidade de reparação civil em razão do abandono afetivo.

Suscitado a se manifestar sobre o tema, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº. 1.159.242/SP, em 24/04/2012, admitiu, por maioria, a incidência de dano moral decorrente de abandono afetivo com base na violação ao dever jurídico de cuidado e na omissão paterna. Essa decisão, contudo, se contrapõe ao Recurso Especial nº. 757.411/MG, julgado pela Quarta Turma, em 29/11/2005, de modo que o STJ ainda deverá se manifestar definitivamente acerca da presente questão.

Apesar da decisão recentemente exarada no Recurso Especial nº. 1.159.242/SP, seria precoce consagrar, de modo absoluto, a incidência de reparação por dano moral em toda e qualquer hipótese de abandono afetivo. O afeto, o dever de cuidado e o direito à convivência familiar são fundamentais para a criação e o crescimento humano. No entanto, os transtornos psíquicos que decorrem da falha ou mesmo da ausência do dever jurídico de cuidado devem ser analisados conforme as peculiaridades de cada caso concreto, examinando-se com prudência as circunstâncias que norteiam a relação familiar de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BODIN, Maria Celina. A família democrática. In: *Família e Dignidade Humana/V Congresso Brasileiro de Direito de Família*/Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 16ª Ed., São Paulo: Malheiros. 2005.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set 2013.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Lei nº. 8.069, de 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Tribunal de Alçada Cível de Minas Gerais. 7ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº. 408.555-5*. Rel. Unias Silva. J. 01/04/2004.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. *Processo nº. 0139238-84.2008.807.0001*. Rel. Asiel Henrique. J. 14/01/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 4ª Turma Cível. *Apelação nº. 20080710316235*. Rel. Sandoval Oliveira. J. 06/09/2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Cível. *Apelação nº. 0025602-73.2005.8.19.0014*. Des. Monica Tolledo de Oliveira. J. 16/03/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 16ª Câmara Cível. *Apelação nº. 0011731-62.2008.8.19.0212*. Des. Mario Robert Mannheimer. J. 20/04/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. *Apelação nº. 70050203751*. Des. Alzir Felipe Schmitz. J. 22/11/2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2ª Câmara de Direito Civil. *Apelação nº. 488535*. Des. Nelson Schaefer Martins. J. 19/05/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial nº 757.411-MG*. Rel. Min. Fernando Gonçalves. J. 27.2.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial 1.199.465-DF*. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 14/06/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 1.159.242*. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 24.4.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial 1.217.415 – DF*. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 28/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial nº. 922.462-SP*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. 04/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI 4277-DF*. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05/05/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *RE 363889*. Rel. Min. Dias Toffoli. J. 2/06/2011.

CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2002.

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NICK, Sérgio. *Danos provocados pela ausência do pai*. Jornal do Commercio. Recife. 1999. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/JC/_1999/2609/fa2609b.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil– Volume V – Direito de Família*. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional e Editora Forense, 2012.
- ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil – Direito das Famílias*. 5. ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARTI, Cynthia. A Família e individualidade: um problema moderno, in CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*, São Paulo: Cortez, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WALD, Arnold. *Direitos das Obrigações*. São Paulo: Malheiros, 2001.