



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Abandono afetivo: é possível conceder indenização sob esse fundamento?

Gisele Cristina Cunha de Oliveira

Rio de Janeiro
2012

GISELE CRISTINA CUNHA DE OLIVEIRA

Abandono afetivo: é possível conceder indenização sob esse fundamento?

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 Junior

Rio de Janeiro
2012

ABANDONO AFETIVO: É POSSÍVEL CONCEDER INDENIZAÇÃO SOB ESSE FUNDAMENTO?

Gisele Cristina Cunha de Oliveira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito. Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho.

Resumo: No Direito brasileiro, o conceito de família sofreu mudança em decorrência da nova estrutura social. A concepção tradicional de família está cada vez mais distante da realidade social. Essa alteração reflete diretamente nos valores morais, no papel em que cada integrante dessa instituição desempenha e até mesmo em suas obrigações e direitos. Vários são os problemas gerados por essa mudança, incluindo os aspectos psicológicos. Na tentativa de solucioná-los, o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre os questionamentos, a fim de pacificar os conflitos. Este trabalho se propõe a analisar, especificamente, a questão do abandono afetivo e a eficácia da intervenção judicial, que determina a reaproximação dos familiares.

Palavras-chave: Família. Relacionamentos. Abandono afetivo. Reparação.

Sumário: Introdução. 1. O conceito de família à luz da CRFB/88. 2. A nova doutrina do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.1. O afeto como direito e dever juridicamente tutelado. 3. A importância do papel do magistrado nos temas mais relevantes da sociedade. 4. Análise das decisões dos tribunais acerca da possibilidade de conceder indenização sob o argumento de abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda as repercussões do abandono afetivo, nos planos material e psicológico, e a possibilidade de o Judiciário condenar, como forma de reparação, indenização por prática dessa conduta omissiva do agente. A questão apresentada será analisada à luz da CRFB/88, já que, como fundamento de validade de todos os atos, inaugurou uma nova ordem jurídica, na qual o ser humano passou a ser o ponto nodal do sistema jurídico.

Nesse sentido, se dará a reflexão sobre o conceito de família, em que os deveres e direitos dos integrantes dessa instituição serão perquiridos, dentre os quais está incluído o afeto na categoria de direito-dever de uns para com os outros. Isso porque, segundo a psicologia o desequilíbrio emocional pode ser afetado diretamente pela falta de alguns sentimentos no decurso da vida humana, principalmente, na primeira e na segunda infâncias.

Dessa forma, o afeto, qualificado como um direito-dever, integra o rol de direitos fundamentais protegidos pelo manto da cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico, especificamente no que diz respeito ao direito à saúde, já que uma pessoa saudável deve ter equilíbrio entre a saúde física e a saúde mental. Infelizmente, na sociedade, esta é tratada com desprestígio em relação àquela.

Ocorre que muitas patologias da sociedade moderna vêm sendo desencadeada pelo péssimo estado de saúde psicológica das pessoas. O abandono afetivo é mais um fator relevante que desencadeia sofrimento e lesões psíquicas que, muito provavelmente, segundo especialistas, deixarão cicatrizes internas, mas com conseqüências desastrosas para o convívio social.

Na atual ordem constitucional na qual o princípio da dignidade humana, que é composta, entre outros elementos, pela integridade psicofísica, é inadmissível que lesões dessa categoria sejam ignoradas e não sejam os agressores punidos. Permiti-las é o mesmo que violar tal princípio norteador da interpretação constitucional.

As conseqüências psicológicas negativas da ausência de afeto geram dano psíquico e como tal deve ser reparado de acordo com a profundidade e gravidade da lesão, a qual deverá ser atestada pelos profissionais que detêm o conhecimento da psicologia, ciência auxiliar na resolução das demandas judiciais. Com base nessa análise, será possível aferir ser o dano foi causado por ato ilícito.

Caracterizado o abandono afetivo como dano originado de ato ilícito, o Direito brasileiro prevê a teoria da responsabilidade civil, a qual exige daquele que, por ação ou omissão, cometeu ato ilícito, reparação do dano.

A questão, diante do anseio social, chegou ao Judiciário que é instado a se manifestar e solucionar a lide. Nesse ponto, será analisada a posição do Judiciário nas demandas instauradas sob esse fundamento, diante da condenação em reparar, bem como a eficácia de tais decisões.

1.0 CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CRFB/88

A CRFB/88, ao inaugurar um novo sistema jurídico, deslocou para o centro do ordenamento a pessoa humana, estabelecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹. Essa mudança constitucional alterou toda a ótica sob a qual os institutos jurídicos são analisados e, conseqüentemente, ocorreu o fenômeno chamado de despatrimonialização do Direito Civil, isto é, o ponto nodal do sistema civil, igualmente, passou a ser a pessoa humana, posição essa antes ocupada pela propriedade e pelo contrato, conforme se evidencia no estudo do Código Civil de 1916, então revogado.

Assim é que o sistema jurídico atual privilegia os interesses existenciais em detrimento dos patrimoniais. Nesse espírito, a instituição familiar e suas relações internas devem ser analisadas pelo Estado, no exercício das funções legislativa, executiva e judiciária.

O conceito de família e a sua estrutura, incluindo deveres e direitos daqueles que a compõe, não poderiam deixar de sofrer as respectivas modificações, tendo em vista a nova

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 maio 2012.

ordem. E diante de sua importância social, a CRFB/88 tratou dessa instituição em seus artigos 226 a 230.

Fato é que a família é uma realidade pré-jurídica, ou seja, seu conceito se pauta na realidade social que antecede a ciência do Direito. Nesse ponto reside a sua complexidade.

No antigo sistema, sob a égide do Código Civil de 1916, o conceito de entidade familiar se pautava na celebração do casamento e nas relações dele originadas, o patriarcalismo e a hierarquia eram suas características². Não havia qualquer preocupação com os laços de sentimento e a dignidade dos membros da entidade, tampouco havia reconhecimento de novas estruturas familiares não originadas do casamento.

Tal sistema não se sustentou, diante da atual ordem jurídica. Em consonância com as diretrizes constitucionais, surgiu o Código Civil de 2002.

Contemporaneamente, a família se origina não apenas do casamento e sua função primordial é proporcionar a dignidade e realização pessoal de cada integrante.

Esse entendimento moderno decorre da Carta Magna de 1988, que, ao tratar da entidade familiar, editou o artigo 226³, que é considerado como cláusula geral de inclusão. Isso porque,

² Mas é inegável que o novo Diploma Civil trouxe avanços, notadamente ao trazer uma série de reformas sofridas pela família ao longo do século XX, “desde que editado o Código de 1916, o qual apresentava, originalmente, uma estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonatórias as pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação”. OLIVEIRA. Euclides e HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. “*Do Direito de Família*” in *Direito de Família e o novo Código Civil*. Coord.: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2a ed., 2002, p. 3.

³ Artigo 226 da CRFB: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010](#)) § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴, “o conceito trazido no caput do artigo 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos”.

Assim sendo, é notório que a CRFB/88 preocupou-se em proteger o núcleo familiar seja qual for a sua origem de formação.

Com base nos valores sociais e humanizadores inseridos no sistema jurídico pela Lei Maior de 1988, a instituição familiar tem como objetivo promover a realização digna das pessoas que a integram. Resta claro o papel do Estado em proteger a família nas mais variadas possibilidades de formação.

Conceituar família, em abstrato, é tarefa árdua, já que sua definição é totalmente fluida e casuística. Para tanto são estabelecidos alguns requisitos de ordem sentimental, tais como o afeto, a solidariedade e o perdão.

Com isso, fica evidenciado que o direito de família moderno não é unicamente jurídico, mas requer comunicação com outras ciências que tenham o homem como centro de estudos, conforme a sociologia e a psicologia.

Ao lado dessa interdisciplinaridade, estão presentes os princípios da igualdade e da liberdade, já que a Constituição, em momento algum, elencou um rol taxativo de entidades familiares. Isso acentua o trabalho estatal, no desempenho da função *judicanti*, já que deverá identificar e proteger toda e qualquer entidade familiar.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Famílias*. 4. ed. Ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 84.

Diante da lição de Gustavo Tepedino⁵, a Constituição da República promoveu um processo de democratização da família, trazendo uma valorização de seus membros. Nessa linha de entendimento, é revelada que a finalidade maior não é a preservação de vínculos formais, mas sim de manutenção de relações familiares que sejam prósperas emocionalmente.

2.A NOVA DOUTRINA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No panorama internacional, a Convenção internacional dos direitos da criança e do adolescente foi considerada um poderoso instrumento na proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes. Já no plano nacional, a CRFB/88 adotou a chamada doutrina da proteção integral, na qual crianças e adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direito com peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Assim é que, no artigo 227 da Carta Magna⁶, o constituinte positivou diversos direitos das crianças e adolescentes, estabeleceu deveres para sociedade, Estado e família e criou o, então denominado, sistema de garantias.

Diante da necessidade de uma legislação especial, em 1990, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA com o objetivo de efetivar o referido sistema de garantias com base na doutrina da proteção integral.

Essa doutrina é composta por diversos princípios, dentre os quais vale destacar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da prioridade absoluta que se

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 385.

⁶ Artigo 227, *caput*, da CRFB: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jun 2012.

colocam como “norte” para a resolução de quaisquer conflitos que venham a envolver crianças e adolescentes.

Fato é que o ECA, ao seguir os ditames constitucionais, acolheu a doutrina da proteção integral e rompeu com os paradigmas do Código de Menores (Lei nº 6697/79).

Cabe ressaltar que no Código de Menores, bem como no Código Melo Mattos vigia a doutrina do menor em situação irregular, que em muito se distanciava da doutrina ora vigente.

A doutrina do menor era voltada apenas à criança e ao adolescente em situação irregular, ou seja, àquele em que se encontrava em situação de delinquência ou pobreza. Nessa doutrina o menor não era tratado como sujeito de direitos, o que somente ocorreu com a adoção da doutrina da proteção integral, na qual Estado, sociedade e família são co-responsáveis pela implementação de todos os direitos infanto-juvenis, com absoluta prioridade.

É nesse contexto que surge o direito, constitucionalmente assegurado, à convivência familiar. Isso porque para que um ser humano possa ter equilíbrio e dignidade é necessário que ele se desenvolva em um ambiente familiar e acolhedor, capaz de lhe oferecer bases sólidas para a vida adulta. Nesse momento fica flagrante a qualidade de ciência humana que é atribuída ao Direito, que deve sim interferir nessas relações familiares a fim de garantir o bem maior – dignidade.

Diante da importância da convivência familiar, o legislador ordinário instituiu a Lei 12010/09, que prioriza a família natural e só permite a colocação em família substituta depois de esgotadas as tentativas de manter ou reintegrar a criança ou adolescente na família biológica.

Vale ressaltar ainda que o afeto e a afinidade são parâmetros para a colocação em família substituta, nos termos do ECA.

Assim é que os direitos desses novos sujeitos devem ser assegurados pela tríade – Estado, sociedade e família, conforme já afirmado.

No que se refere à família, essa, que também teve significativas mudanças no tratamento da CRFB/88, possui uma participação indispensável no desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. Para tanto, lhe foi atribuído o poder familiar, cujo os deveres a ele inerentes são tratados no Código Civil, artigo 1634, bem como sua suspensão e extinção, artigo 1635, sendo o tratamento complementados pelo ECA.

O dever dos pais para com os filhos menores é tão fortalecido pela legislação e pela jurisprudência que até mesmo após a perda ou suspensão do poder familiar é possível que os filhos menores requeiram alimentos a seus pais biológicos⁷. O STJ entendeu que tal pedido é possível até mesmo em caso de adoção, que tem como característica a irrevogabilidade.

No âmbito do poder familiar, encontra-se o afeto que não deve ser estudado como um sentimento, mas sim como um dever de cuidado inerente à condição de pais.

2.1.O AFETO COMO DIREITO E DEVER JURIDICAMENTE TUTELADO

A família, em seu conceito moderno, tem a finalidade de propiciar o desenvolvimento das pessoas que a compõe e, para tanto, é necessária a criação de uma teia de relações, em que a confiança é o fundamento. Assim é que o princípio da confiança traduz a presença da boa-fé objetiva e até mesmo da dignidade da pessoa humana nas relações familiares.

A confiança é um valor juridicamente tutelado nas relações privadas e não poderia ser afastada das relações entre os membros da família, pois a criação de vínculos, que são essenciais

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p.434.

à instituição familiar, depende de que seja depositada confiança recíproca entre os sujeitos dessa relação⁸.

No âmbito do direito de família, a doutrina afirma que a confiança traduz-se no afeto, sendo esse, portanto, passível de tutela pelo Estado. Nas palavras de Maria Berenice Dias⁹ “o afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela”.

Ultrapassado o modelo ortodoxo de família, com o advento da Constituição da República de 1988, o olhar lançado sobre a entidade familiar deve ser através das lentes do princípio da dignidade da pessoa humana, que trouxe, em seu conteúdo, novas diretrizes para o estudo do direito de família e tem como consectários os princípios da solidariedade, integridade psicofísica, igualdade e liberdade, os quais regem as relações familiares.

Maria Berenice Dias¹⁰ sustenta que o afeto é verdadeiro direito fundamental e esclarece que “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

Nessa perspectiva, surgem algumas decisões, ainda tímidas, dos Tribunais Regionais, em que se reconhece o afeto como valor juridicamente tutelado. Isso porque os deveres dos pais não se limitam à concessão de bens materiais, mas se estende ao dever de promover o desenvolvimento sólido das emoções e da saúde psicológica da criança. Esse ponto está situado

⁸ “Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas passa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente. E mais: 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 (...)”.(FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 153).

⁹ DIAS, Maria Berenice. Disponível em: < <http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/home.dept> > . Acesso em: 05 mai 2012.

¹⁰ Id. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p.68.

no direito á integridade psicofísica, acima mencionada como consectário da própria dignidade humana.

Assim é que, a Constituição da República de 1988, ao tratar da saúde como direito fundamental, refere-se também à saúde psicológica, o que leva a concluir que o afeto, como elemento fundamental para o desenvolvimento emocional saudável da pessoa humana, é garantido constitucionalmente¹¹.

O próprio artigo 227 da CRFB/88 impõe como dever da família, da sociedade e do Estado que seja assegurado o direito à saúde, com prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem. É possível depreender-se, ainda, da leitura da parte final do referido artigo, o dever de cuidado, dever esse inerente ao poder familiar, no qual o afeto é parte integrante.

O artigo 227 da CRFB é um verdadeiro marco principiológico. Isso porque o constituinte registrou como norma constitucional princípios traçados em tratados internacionais sobre a proteção às crianças e aos adolescentes, especialmente a Convenção sobre os Direitos das Crianças, que apenas foi efetivamente subscrita em 1989, mas já inspirava os pensamentos anteriormente.

Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança foi adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, quando, então, foram criados os princípios do melhor interesse da criança, da paternidade responsável, entre outros.

A legislação brasileira, ao seguir o caminho traçado pela Constituição Federal, Tratados e Convenções internacionais, no que diz respeito à proteção da família, é centrada especialmente no interesse dos filhos menores e tem como princípios norteadores o melhor interesse da criança

¹¹ Artigo 6º da CRFB: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jun 2012.

e a proteção integral, haja vista as medidas de proteção e as aplicáveis aos pais ou responsáveis, as quais estão elencadas no estatuto da criança e adolescente – ECA, instituído pela lei 8.069/90.

O princípio do melhor interesse da criança reflete que as pessoas em desenvolvimento demandam atenção especial da família, da sociedade e do Estado as suas necessidades peculiares. Isso porque elas são imaturas física e psicologicamente e precisam de guia moral e apoio físico.

Assim é que o referido princípio passa pelo suprimento material, moral, emocional e psicológico, do qual faz parte o afeto, como já afirmado. Merece destaque o fato de que todos os elementos do rol possuem o mesmo peso axiológico, que devem ser avaliados de acordo com a fase de desenvolvimento que cada pessoa esteja.

No que se refere ao princípio da proteção integral, a sua sistemática está assentada sobre o tripé composto pela titularidade de direitos próprios da pessoa em desenvolvimentos, pela criança e adolescente; o dever de todos em adimplir tais direitos e a prioridade absoluta destas pessoas em desenvolvimento. Em que pese a importância de todos os pilares, a análise será limitada aos dois primeiros.

Os direitos que compõem o primeiro pilar do referido princípio são os que possibilitam um bom desenvolvimento físico, moral, educacional e espiritual. Esse é um ponto de contato com a ciência da psicologia, já que a psique influencia diretamente no corpo humano, quando em desequilíbrio; e para o equilíbrio humano para ser atingido é necessária a coordenação de todos os elementos.

Dessa forma, na qualidade de direito fundamental, o desenvolvimento saudável da pessoa humana é indisponível e passível de exigência quando inadimplido.

Isso porque, da análise da norma constitucional esculpida no artigo 227, *caput*, da CRFB, é possível extrair da literalidade do texto que toda a forma de negligência é repudiada pelo constituinte originário e atribui a responsabilidade pela proteção à família, à sociedade e ao

Estado. Isso significa dizer que tais destinatários da norma não podem se esquivar de seus deveres.

Nesse ponto reside o fato de que o apoio moral e psicológico é um dever constitucional e como tal deve ser respeitado e garantido. A alegação de que o afeto não poderia ser imposto pelo ente Estatal não é fundada em uma interpretação à luz da Constituição.

Ademais, o segundo pilar é justamente o dever universal e solidário de observância dos direitos da pessoa em desenvolvimento, o que significa que a rede protetiva, a qual é formada pela família, sociedade e Estado, não pode omitir-se na árdua incumbência de formar pessoas equilibradas e capazes de no futuro compor uma sociedade equilibrada, minimizando os males sociais que implicam autodestruição, momento já vivenciado pela espécie humana e retratado pela história.

A criança é aqui citada com ênfase, pois ela é o embrião de um ser humano saudável e, nessa fase da vida, segundo a psicologia, são ocasionados os traumas mais determinantes para a vida. Assim é que quando se fala em afeto, psique, saúde psicológica, devem ser primordialmente analisadas a infância e a adolescência dessa pessoa, que, no seu desenvolvimento, não recebeu apoio necessário para capacitá-la a uma vida digna, dessa forma, não haverá respeito ao princípio basilar do ordenamento jurídico, qual seja, princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, aos pais incumbe o dever de acompanhar o desenvolvimento físico, psicológico e social da criança, do adolescente e do jovem, a fim de que atinjam a idade madura com formação sólida nas referidas áreas. Entretanto, esse dever é uma via de mão dupla, devendo os filhos, ao atingirem a maturidade, oferecer aos pais uma vida digna, adimplindo com todos os deveres aqui já relatados.

Dessa forma, o afeto é um direito e um dever dos membros da família, o qual deve, reciprocamente, ser ofertado uns aos outros.

Fato é que, apesar da importância do afeto nas relações interpessoais e até mesmo a sua previsão constitucional como direito fundamental, a discussão de sua adimplência chegou recentemente à seara jurídica, já que o local de destaque durante muito tempo foi ocupado pela propriedade. A visão patrimonial ainda é enraizada no pensamento jurídico¹².

O constituinte originário elegeu e elevou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹³ Como consectário desse princípio basilar norteador de todo o ordenamento jurídico, há o direito à saúde, que se decompõe em saúde física e psíquica, em que se localiza o afeto¹⁴.

Diante dessa ótica, de outra forma não pode ser interpretado o afeto senão como direito e dever juridicamente tutelada pela ordem jurídica instaurada com a CRFB/88.

¹² A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. A compreensão desse valor nas relações do Direito de Família leva à conclusão de que o envolvimento familiar não pode ser considerado somente do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade de ruptura dos paradigmas até agora existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto é elemento relevante, a ser observado na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A alteração na estrutura do modelo familiar relativizou a função de cada membro da família, pois não se prende mais àquela disposição tradicional: pai, mãe e filho, ao primeiro cabendo o comando e a gestão do lar. Outras e variadas configurações familiares rompem as correntes da família matrimonializada, que já não corresponde às relações de fato em que se envolvem as pessoas na época atual. ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 43-53, abr./jun. 2006.

¹³ Artigo 1º da CRFB – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jun 2012.

¹⁴ Cabe destacar que, nas palavras de Gustavo Tepedino, as relações de Direito Civil são postas, ainda, a partir de relações de afeto, amor e solidariedade (...). Ao contrário de desenvolvermos técnicas que possam parecer destinadas a superar a realidade cultural, em que vivemos, na verdade, temos técnicas terapêuticas para suprir deficiências humanas, para atender à pessoa para, excepcionalmente, prolongar e gerar vida, e não para suprir, pura e simplesmente, a falta de afeto e de amor que se dá no seio da família. Esta é a realidade em que vivemos: uma ordem jurídica constitucional que avocou para as relações de Direito Privado, em particular para as relações de família, a dignidade da pessoa humana como valor central, superando todos os outros interesses patrimoniais, institucionais, matrimoniais ou ideológicos que pudessem, por assim dizer, se sobrepor na escolha de princípios ou nas novas técnicas legislativas. TEPEDINO, Gustavo. Clonagem: pessoa e família nas relações do Direito Civil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 16, p. 49-52, jan./mar. 2002.

A família, em sua concepção moderna, recebeu uma especial proteção constitucional, nos termos do já mencionado artigo 226, *caput*, da CRFB.

Há ainda, a garantia do livre planejamento familiar, entretanto, esse deve ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, nos termos do parágrafo 7º do citado artigo.

Isso significa dizer que quando os pais não proporcionam o desenvolvimento físico, social e psicológico da pessoa humana, o Estado tem o dever de protegê-la e exigir de seus responsáveis atuação de forma a observar os direitos fundamentais inadimplidos.

A tutela jurídica do direito à manutenção material dos integrantes da instituição já está consolidada na doutrina e jurisprudência. Contudo, a jurisprudência ainda não está consolidada no sentido de que o afeto é elemento que compõe a dignidade da pessoa humana e de que há responsabilidade dos entes familiares, especialmente, dos pais a propiciar um ambiente saudável e apto para o desenvolvimento da personalidade humana.

3. A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DO MAGISTRADO NOS TEMAS MAIS RELEVANTES DA SOCIEDADE

Conforme já relatado, com o avanço das relações sociais, a doutrina entende que a família, que é uma entidade plural, é a base de formação do ser humano e a proteção que a Constituição Federal a esse núcleo visa, na verdade, proteger aqueles que o compõem, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

As modificações dos relacionamentos interpessoais impulsionam o Poder Legislativo a produzir leis que atendam o anseio social. Contudo, o processo legislativo, por ser lento, não consegue atender as necessidades imediatas e, conseqüentemente, para a resolução dos conflitos é

exigido do Poder Judiciário um exercício mais imponente e criativo, no sentido de criar norma no caso concreto, que ocorre muitas das vezes pela mudança na interpretação.

A tal fenômeno denominou-se ativismo judicial, em que o papel do juiz na atualidade se apresenta com grande relevância, já que a sociedade deposita, hoje, na atividade jurisdicional, credibilidade e confiança para a resolução dos embates de várias ordens.

A citada característica da criatividade se traduz no âmbito do direito das famílias de forma mais acentuada, já que o magistrado, denominado por Ronald Dworkin¹⁵ de juiz Hércules, cria norma no caso concreto para atender princípios como da solidariedade, dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e superior interesse do menor, que, segundo o pensador americano, se apresenta como uma figura possuidora de habilidade, sabedoria, paciência, perspicácia, conhecimento sobre-humano e consciente de suas responsabilidades constitucionais.

Assim é que, na tentativa de colocar em prática o núcleo central de cada princípio acima elencado, o magistrado busca, no caso concreto, adequá-los e, por vezes, ponderá-los.

No que se refere ao direito das famílias, de forma mais flagrante, a sociedade é quem dita as regras e a ciência do Direito as acomoda de forma a gerar uma convivência harmoniosa. Fato é que estamos vivenciando momento de mudanças de comportamento, afirmação, rupturas com dogmas do passado nem tão passado assim, mas ainda há resquícios que precisam ser superados. Um momento de transição social é sempre doloroso e difícil para o homem, já que o novo causa temor, e o Direito deve sempre ter suas posições passíveis de reflexão e mudança, a fim de conseguir regular as relações humanas¹⁶.

¹⁵ BOTELHO, Marcos César. *A lei em Ronald Dworkin. Breves considerações sobre a integridade no Direito*. Disponível em : <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

¹⁶ Segundo Ronald Dworkin o direito consiste em um fenômeno social complexo, e esta característica, aliada a sua função e conseqüências, passa a exigir uma característica especial de sua estrutura, a que o teórico vai atribuir ao caráter argumentativo do Direito.

Nesse sentido, veremos decisões do Superior Tribunal de Justiça e analisaremos os fundamentos que as embasaram bem como a mudança de paradigma no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

4. ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CONCEDER INDENIZAÇÃO SOB O ARGUMENTO DE ABANDONO AFETIVO

A questão trata, inicialmente, pelo Superior tribunal de Justiça – STJ como abandono moral é recente no ordenamento jurídico brasileiro. Poucas eram as ações que pleiteavam indenização por esse fundamento.

Somente no ano de 2006 o primeiro caso chegou à Corte Superior, que, ao argumento de que o dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, entendeu que o abandono afetivo é incapaz de gerar reparação pecuniária, em decisão proferida no Recurso Especial 757411¹⁷.

O Ministro Fernando Gonçalves, relator, acompanhando o entendimento do membro do Ministério Público que atuou no caso, afirmou que escapa do âmbito de atuação do Poder Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter algum tipo de relacionamento afetivo.

Prosseguiu na alegação de que a indenização pleiteada não alcançaria qualquer finalidade positiva, tendo em vista que não poderia criar laços de afeto entre as partes envolvidas.

Por fim, nos termos do artigo 24, do ECA e do artigo 1638, inciso II, do Código Civil, o ministro relator sustentou que o próprio ordenamento jurídico impõe a perda do poder familiar

¹⁷ RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3). EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo enseja 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. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2005/0085464-3&data=27/3/2006>. Acesso em: 13 set. 2012.

como forma de sanção àqueles que abandonarem ou descumprirem, injustificadamente, seus deveres para com seus filhos.

No julgamento do referido recurso especial, a quarta Turma, por maioria, decidiu no sentido do voto do relator acima exposto, ou seja, pela impossibilidade de se reconhecer o abandono afetivo como causa capaz de ensejar indenização.

Merece comentário o voto do Ministro Barros Monteiro, que, ao dissentir do voto do relator, entendeu ser possível a indenização por dano moral, tendo como fundamento o abandono afetivo. Isso porque entendeu que a conduta do genitor em não preservar os laços de paternidade e se omitir de assistência moral é ilícita, nos termos do artigo 186 do CC que dispõe que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Asseverou, ainda, que a sanção de perda do poder familiar, nos termos já descritos, não implica afastamento de responsabilidade civil, que deve ser apurada pelos elementos conduta ilícita, dano e nexos de causalidade. Para o referido ministro da Corte Superior, o abalo psíquico e o sofrimento experimentado pelo abandonado configuram dano.

Assim, verifica-se que, em que pese a tese vencedora ter sido pelo afastamento da reparação pecuniária por abandono afetivo, já havia entendimento em sentido contrário.

No Recurso Especial 514350¹⁸, no ano de 2009, o Ministro relator, Aldir Passarinho Junior, seguiu o entendimento da decisão proferida no REsp 757411.

¹⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3). EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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" II. Recurso especial não conhecido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200300209553&data=25/5/2009>. Acesso em: 13 set. 2012.

Nos argumentos, limitou-se a citar o entendimento já exposto no dito recurso especial, julgado no ano de 2006 e não conheceu do recurso interposto. Logo, não acrescentou nenhum argumento à tese que inviabiliza a indenização por abandono afetivo.

Contrariamente a essa posição do STJ, a doutrina moderna refuta os argumentos e afirma que, diante do novo conceito de família à luz da CRFB/88, houve a ascensão do princípio da afetividade que rege as relações intrafamiliares.

Segundo Maria Berenice Dias¹⁹, com a evolução das relações sociais, o direito das famílias, nos termos do que determina a Carta Magna de 1988, instalou uma nova ordem jurídica para a família, em que o afeto ganha destaque como valor jurídico. Diante do novo olhar jurídico sobre o tema, pode-se falar na concepção eudomonista da família, que nada mais é do que um novo perfil de família que se volta a realizar os interesses afetivos e existenciais de cada integrante da entidade familiar.

Com essa ascensão do afeto como valor jurídico, o princípio da afetividade passou a ser norteador para a interpretação e resolução das questões atinentes às relações familiares.

Nesse sentido, o STJ passou a se posicionar a favor dessa perspectiva e entender como relevante o princípio da afetividade para regular as relações intrafamiliares.

Atualmente, o STJ²⁰ tem utilizado tal princípio para resolução de diversas demandas tais como nas ações de nulidade de registro civil, em que tem sido reconhecida a paternidade socioafetiva, em que o afeto se sobrepõe ao vínculo puramente biológico.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: RT, 2012, p.71-72.

²⁰ Recurso especial 1.059.214. EMENTA: A Turma entendeu que o êxito em ação negatória de paternidade, consoante os princípios do CC/2002 e da CF/1988, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência da origem biológica e de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. No caso em comento, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva existente entre as partes há mais de trinta anos. Dessarte, apesar do resultado negativo do exame de DNA, não há como acolher o pedido de anulação do registro civil de nascimento por vício de vontade. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>. Acesso em: 13 set. 2012.

No Recurso especial 1.159.242²¹, a terceira Turma da Corte, por maioria, em emblemática decisão, entendeu que o abandono afetivo caracteriza conduta ilícita e, portanto, ao causar dano, é capaz de gerar reparação pecuniária.

A Ministra relatora, Nancy Andrighi, inicia seu voto se posicionando quanto à possibilidade de serem aplicadas as normas referentes ao dano moral às relações intrafamiliares. Prossegue afirmando que não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Isso porque, justifica, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Ao tratar efetivamente do abandono afetivo, a Ministra descarta a alegação de que não é possível impor o sentimento de amor entre as pessoas que compõem a entidade familiar, mas quando se fala de afeto, deve-se entender o dever de cuidado, o qual é imposto pela CRFB, em seu artigo 227, *caput*. O amar é de fato uma faculdade, mas o cuidar é uma imposição biológica e constitucional, revelando-se como dever jurídico.

²¹ RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9. EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/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, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 7. Recurso especial parcialmente provido.

A CRFB/88, ao estabelecer que é dever da família, ao lado da sociedade e do Estado, assegurar a dignidade e à convivência familiar em especial, impõe uma conduta, que quando descumprida é capaz de gerar danos, abalos psíquicos e sofrimento e, conseqüente, direito á indenização a fim de repará-lo, como determinam as regras da responsabilidade civil.

A convivência familiar é um direito da criança e do adolescente que implica um dos deveres dos pais, nos termos do artigo 22 do ECA.

Cabe ressaltar que não se estaria patrimonializando as relações familiares. Nesse sentido vale expor as palavras do Ministro Paulo de Tarso em seu voto proferido no mencionado recurso especial paradigmático:

Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais. De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal.

Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprouver, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação. O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpra totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho.

5. CONCLUSÃO

A CRFB/88 iniciou uma nova ordem jurídica, na qual a pessoa humana passou a ser o centro do sistema jurídico, e a dignidade da pessoa humana foi eleita pelo constituinte originário como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Essa nova ordem constitucional influenciou diretamente na edição do Código Civil de 2002, surgindo o fenômeno denominado pela doutrina de despatrimonialização do Direito Civil, que significa, em síntese, a preponderância dos interesses existências em detrimento dos

interesses patrimoniais. Assim, o contrato e a propriedade, que eram o eixo do direito privado, cedem lugar para a pessoa humana.

Esse deslocamento influenciou a interpretação de todos os institutos jurídicos e gerou uma reflexão acerca da antiga dicotomia da ciência do Direito em público e privado. Isso porque, no dito Direito privado, temos hoje normas cogentes, de observância obrigatória, de imposição constitucional.

Nesse contexto, a família, instituto milenar da sociedade, ganhou um novo foco. O conceito de família e a sua estrutura, incluindo deveres e direitos daqueles que a compõe, sofreram modificações profundas.

A CRFB/88, ao tratar dessa instituição, estabeleceu deveres e direitos em seus artigos 226 a 230, incluindo a paternidade responsável como dever jurídico e o direito à convivência familiar. Esses são reflexos diretos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, o afeto passou a ser identificado como um valor jurídico e deve-se interpretá-lo na concepção de cuidado, que é um dever inerente à instituição familiar, pois cada um de seus componentes deve ter para com o outro a atenção imposta constitucionalmente.

Nessa visão sistemática, o afeto deixou de ser um sentimento para tornar-se um instituto jurídico que exprime o comando constitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em consonância com o ordenamento jurídico, o direito à convivência familiar. Esse direito gera um dever para os seus genitores, o dever de estar presente na vida da criança ou do adolescente.

A convivência familiar apenas é possível quando os pais participam da vida escolar, social e privada desses sujeitos de direito. Do contrário, as implicações decorrentes da ausência da figura paterna ou materna podem gerar abalos psicológicos e distúrbios, que são constatados de forma recorrente nos consultórios dos psicólogos e dos psiquiatras.

Diante desse inadimplemento do dever emanado da CRFB/88 e dos danos psíquicos causados pela ausência das figuras que compõem a entidade familiar, a jurisprudência pátria modificou o seu entendimento e passou a condenar o ente familiar que abandonou a família ao pagamento de indenizações por dano moral.

Fato é que o pagamento não irá resgatar ou criar laços familiares, contudo, não se pode negar o caráter punitivo-pedagógico da indenização, além da função educadora que se impõe.

Dessa forma, o julgador deverá analisar casuisticamente o valor da indenização e para computá-lo é adequado que se verifique a idade em que ocorreu o abandono, pois segundo estudos da psicologia, a idade que mais afeta a formação do indivíduo é a primeira infância, especificamente, até os sete anos de idade, em que há a formação do caráter e da personalidade do ser humano. Ademais, é possível que o julgador requirite um auxiliar do juízo, qual seja, perito psicólogo para aferir os impactos na psique do indivíduo, a fim de apurar um valor razoável que possa, pelo menos, confortar o abandonado e causar-lhe um sentimento de justiça.

Logo, diante da análise exposta, é possível inferir que a indenização por abandono afetivo é possível no ordenamento jurídico pátrio, pois decorre a inobservância dos deveres constitucionalmente impostos aos entes familiares, quais sejam, o dever de cuidado e o exercício da paternidade responsável, nos termos do que determina a CRFB/88 em seus artigos 226 a 230.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 8.069/1990. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>
Acesso em: 01 jun, 2012.

BASIL, Lei 10.406/2002. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>
Acesso em: 01 abr, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.