



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO DE
ALMEIDA NEVES”

TELMA CÍNTIA DE ALMEIDA CARMO

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

TELMA CÍNTIA DE ALMEIDA CARMO

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel, sob a orientação do Professor Alex Mourão Terzi.

SÃO JOÃO DEL-REI
2011

TELMA CÍNTIA DE ALMEIDA CARMO

O DEVER DE INDENIZAR PELO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Doutor Alex Mourão Terzi

Prof. Esp. Edson Pereira Ramos

Prof.^a Esp. Karina Cordeiro Teixeira

A Deus, pelo dom da existência... Por ter me concedido saúde, coragem e determinação ao longo desses anos. Por me permitir chegar com êxito até aqui. E por estar sempre ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Ao meu filho Kauan, que preenche meus dias de alegria. Pelo amor que me transmite através de seu simples e belo olhar, enchendo-me de orgulho e imensa felicidade. Você é minha razão de viver.

Aos meus pais, José Antônio e Maria Aparecida, pelo apoio constante em todas as decisões de minha vida. Pelo amor, carinho e dedicação dia após dia e, ainda, pelo respeito, educação e caráter que me transmitiram como exemplo a ser seguido.

Às minhas irmãs, Terezinha, Valéria e Franciele, que são amigas incondicionais, carinhosas, amáveis e presentes em todos os momentos de minha vida. À minha sobrinha Mariana e ao meu sobrinho Iury, componentes importantes da família, nos enchendo, sempre mais, de felicidade. Aos meus cunhados, que sempre se fizeram presentes.

Ao “Meu Bem” Leomir, que me respeita, ampara, compreende, admira e, acima de tudo, me incentiva. Pelo amor e lealdade a mim conferidos.

À minha sogra, Cristina, pelo carinho e apoio, pelas diversas vezes que se fez presente, possibilitando a concretização dos meus objetivos.

A todos os meus amigos, que de uma forma ou outra, contribuíram e participaram desta minha conquista.

Ao meu orientador Alex, pelo carinho e compreensão, e pelo conhecimento dividido.

É melhor tentar e falhar, que preocupar-se em ver a vida passar. É melhor tentar ainda em vão, que sentar-se fazendo nada até o final. Eu prefiro na chuva caminhar que em dias tristes em casa me esconder. Prefiro ser feliz, embora louco, que em conformidade viver. (Martin Luther King)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DIREITO DE FAMÍLIA E CONVÍVIO FAMILIAR.....	11
1.1. Histórico do Direito de Família.....	11
1.2. Princípios Norteadores do Direito de Família.....	15
1.2.1. Princípio da liberdade.....	16
1.2.2. Princípio da afetividade.....	16
1.2.3. Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.....	18
1.2.4. Princípio do superior interesse da criança e do adolescente.....	19
1.3. Responsabilidade paternal.....	21
1.4. A Constituição Federal e o Direito ao Convívio Familiar.....	23
2. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL.....	24
2.1. Responsabilidade Civil.....	25
2.2. Dano moral: conceito e implicações no Direito de Família.....	30
2.3. A responsabilização subjetiva aplicada ao Dano Moral.....	34
3. O ABANDONO AFETIVO COMO ATO ILÍCITO.....	37
3.1. Definição de abandono afetivo.....	37
3.2. A indenização perante a falta de afeto dos genitores para com os filhos.....	45
3.3. Aspectos jurisprudenciais acerca do abandono afetivo.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
a.C.	Antes de Cristo
CF	Constituição Federal
CC	Código Civil
s.d.	sem data
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO

Esse trabalho tem como finalidade traçar considerações sobre o dever de indenizar no abandono afetivo, assim, será feita uma análise acerca da história da família, sobre o direito de família que sofreu transformações para se adaptar as mudanças ocorridas na sociedade, sobre a legislação brasileira no que concerne à responsabilidade civil e ao dano moral. Será realizado também um estudo sobre o abandono afetivo, suas características e particularidades principais. Demonstrando a importância da afetividade para o direito atual e para a formação familiar moderna, destacando as consequências do desamor para o indivíduo em formação e a possibilidade ou não do dever de indenizar o responsável pelo abandono. Importante ressaltar que com advento de uma nova ordem constitucional e civil no ordenamento jurídico brasileiro, surgem questões antes não vislumbradas e questionamentos que necessitam de soluções. A família, tão atingida pelas mudanças que essa nova ordem impôs, é alvo permanente dessas questões. Uma das mais relevantes nesse sentido é a responsabilização dos pais para com os seus filhos quando da configuração do abandono afetivo, isto é, as possíveis consequências jurídicas geradas a partir da omissão dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança enquanto sujeito de direitos e deveres na sociedade. A doutrina e jurisprudência se divergem quanto à possibilidade de aplicação ou não da responsabilidade civil nesses casos, dessa forma, pelo exposto, foram observadas algumas jurisprudências que tratam sobre o tema aqui discutido, e a utilização da indenização como instrumento de garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Abandono afetivo, responsabilidade civil, indenização.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família vem sofrendo muitas transformações. Passou de uma era conservadora e repleta de deveres para uma em que a preocupação com direitos inerentes a cada ser humano assume papel fundamental entre as pessoas.

O afeto, por sua vez, vem se valorizando na ciência jurídica, especialmente no âmbito familiar. Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como do Código Civil de 2002, o instituto da família ganhou efetivamente uma atenção especial do legislador.

Desta forma, o judiciário vem se deparando com demandas que objetivam indenização a favor de filhos que, provavelmente, sofreram danos morais em razão da falta de afeto por parte dos pais. Surgiram algumas decisões condenando pais que, independentemente de estarem cumprindo com ônus alimentar, faltaram com o dever de assistência afetiva aos seus filhos, sendo ausentes e não prestando a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.

Questiona-se: seria esse abandono afetivo apto a gerar dano e responsabilização civil dos pais perante os filhos? A questão é polêmica e controvertida, sendo necessário cautela e prudência para se analisar cada caso concreto.

A possibilidade ou não de responsabilizar civilmente os pais por abandono afetivo é um tema divergente tanto na doutrina como na jurisprudência. Inúmeros doutrinadores já se manifestaram a respeito do assunto, com opiniões conflitantes, não chegando a um posicionamento unânime. O Judiciário também já teve a oportunidade de analisar casos concretos nos quais se pleiteava a indenização por abandono afetivo, porém, assim como na doutrina, foram proferidos julgados em diversos sentidos.

Busca-se, então, no presente trabalho, discutir o alcance do dano moral e seus elementos; analisar se o abandono afetivo fere algum direito fundamental da criança; se esse abandono causa danos psíquicos nos filhos passíveis de indenização; além de apreciar as consequências jurídicas que o genitor causador de tal abandono poderá sofrer, bem como a possibilidade de condenar um pai a indenizar seu filho por falta de afeto.

Diante dessas considerações, para melhor elucidar o tema dessa monografia, optamos por dividir o trabalho em três capítulos.

No primeiro, foi realizada uma breve análise acerca do histórico do Direito de Família, seus princípios norteadores e em seguida, será abordado o dever da família de proporcionar aos filhos a convivência familiar, conforme coloca a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No segundo capítulo, tem-se o objetivo de demonstrar o instituto da responsabilidade civil e do dano moral e suas implicações no Direito de família. Por fim, no terceiro e último capítulo, será analisado o abandono afetivo como ato ilícito, ressaltando suas características e danos causados, e ainda, a possibilidade de indenização perante a falta de afeto dos genitores para com os filhos, demonstrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Pelo exposto, essa monografia almeja demonstrar a possibilidade de um efetivo dano moral e psíquico sobre os filhos que sofrem o abandono por parte de seus genitores; bem como o fundamento jurídico de responsabilização civil imposta a estes pelo ato de abandono.

1. DIREITO DE FAMÍLIA E CONVÍVIO FAMILIAR

1.1. Histórico do Direito de Família

De início é válido ressaltar que a palavra família compreende, entre outros sentidos, o complexo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum (BEVILÁQUA, 2001, p.29).

O termo família deriva-se do latim “*famulus*”, que significa “escravo doméstico”. Esse termo foi criado na Roma Antiga, tendo como objetivo fixar um novo grupo social, que surgiu entre as tribos latinas que foram introduzidas à agricultura e escravidão legalizada (GOMES, 2006).

Ainda de acordo com o autor acima citado, a família preexiste o Estado por ser um agrupamento cultural, e está acima do Direito, merecendo dessa forma uma maior atenção deste. Observa-se que o Direito sempre teve a preocupação em tutelar as relações familiares, de acordo com o seu momento histórico, surgindo assim, o Direito de Família.

O Direito de Família, segundo Beviláqua (1937, p.6, *apud* VENOSA, 2006, p.9), é

o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Ainda acerca do conceito de Direito de Família, Diniz (2009, p. 29-30) afirma que este é um direito extrapatrimonial, personalíssimo, irrenunciável, intransmissível, e a maioria de suas normas são cogentes ou de ordem pública, insuscetíveis de serem derogadas pelo simples arbítrio do sujeito.

A autora afirma ainda que o Direito de Família é o:

Direito das pessoas projetado no grupo doméstico, tendo aspectos patrimoniais que se encontram em função dos interesses pessoais e familiares, uma vez que se organiza em razão de seus membros e opera através da atuação deles, individualmente considerados, tendo sempre em vista o interesse do Estado (2009, p.29).

O ser humano sempre teve a necessidade de viver em sociedade, unir-se a outro faz parte da essência do indivíduo (GOMES, 2006). A família, de acordo com Pereira (2006, p.19), durante séculos foi um organismo extenso em que estava presente a hierarquia. Entretanto, com a influência da lei da evolução, limitou-se aos pais e filhos.

As mudanças de costumes e valores da sociedade com o passar do tempo remodelaram o modelo de família, e o Direito buscou adaptar-se a tais mudanças.

Inicialmente a família, por estar inserida em uma sociedade conservadora, era voltada unicamente para o casamento não admitindo outra forma de constituição familiar. Além disso, era regida pelo homem, hierarquizada e patrimonializada, pois seus membros tinham como objetivo o progresso da entidade familiar (GOMES, 2006).

O Direito de Família canônico que regulou a família até o século XVIII era constituído por normas imperativas e inspiradas na vontade de Deus ou do monarca. Caso houvesse descumprimento dessas normas as penalidades eram rigorosas, e ainda, o casamento era a pedra fundamental sob o comando marido (VENOSA, 2006, p.10).

Nesse sentido, Campos (1993, p. 20 citado por Venosa, 2006, p. 10), expressa que “o pai/marido transforma-se, assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas de organização interna da família que se impõem aos dependentes. A vontade do pai é lei”.

Beviláqua (2001, p.33-34) afirma que:

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar.

Porém, com a Revolução Industrial e as transformações sociais que aconteceram durante esse período, os valores da família foram afetados, sendo instituídos novos valores, como por exemplo, a introdução da mulher no mercado de trabalho. Dessa forma, a família passou a ser dirigida pelo casal, isto é, descentralizada, sem a figura do provedor, igualitária, e baseada nas relações afetivas e não mais patrimoniais (GOMES, 2006).

No Brasil Império, a legislação sobre a família era regulada pelo Código Civil Português, contudo esse Código não correspondia à realidade social brasileira, pois se aplicava somente ao casamento dos católicos. Protestantes e judeus e uniões extramatrimoniais, por exemplo, não eram aceitas. Esse Código permaneceu em vigor até 1916 (BRANDÃO, 2005, p.53).

O autor ora citado afirma ainda (2005, p.53) que nas primeiras décadas da República no Brasil o decreto 181 de 1890 é a mais importante manifestação legislativa em relação ao Direito de Família. Esse decreto abole a jurisdição eclesiástica e passa ser considerado válido apenas o casamento realizado perante as autoridades civis.

Com o Código Civil Brasileiro de 1916 condicionou-se a legitimidade da família ao casamento civil. Assim, a família é definida como sendo a união legalmente constituída pela via do casamento civil (GOMES, 2006).

A família no Código Civil de 1916 é vista:

Como núcleo fundamental da sociedade, legalizada através da ação do Estado, composta por pai, mãe e filhos (família nuclear) e, secundariamente, por outros membros ligados por laços consaguíneos ou de dependência (família extensa). Ao mesmo tempo, ela organiza-se num modelo hierárquico que tem o homem como o seu chefe (família patriarcal) (BRANDÃO, 2005, p.53-54).

Com as evoluções da sociedade que afetaram a família foram necessárias transformações legislativas que se adequassem. Em 1962 surgiu o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4121/62), o qual equiparou os direitos dos cônjuges, deu plena capacidade à mulher casada (GOMES, 2006). Brandão (2005, p. 57) expressa que, com esse Estatuto, a decisão sobre os filhos e patrimônio deixa de ser exclusividade do homem.

Atenta-se que, segundo Figueira (1987 *apud* Brandão, 2005, p.58), em determinadas sociedades começam a surgir “novos arranjos conjugais e familiares que, sobretudo, são caracterizados pelo individualismo”.

Em 26 de dezembro de 1977 foi promulgada a Lei n. 6515- Lei do Divórcio, que regulamentou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento (GOMES, 2006).

Após a Lei do Divórcio, a legislação que introduziu significativas mudanças no que concerne aos direitos e deveres da família é a Constituição

Federal de 1988. Em seu artigo 226, *caput*, afirma-se que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (TARTUCE; SARTORI, 2009, p.147).

A Carta Magna renovou o significado da família passando a disciplinar de forma igualitária todos os membros. Essa isonomia familiar foi considerada uma das maiores conquistas sociais no Direito brasileiro.

De acordo com Tartuce e Sartori (2009, p.147) o ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, reconhece expressamente três modelos de entidades familiares:

o casamento (art. 226, § 1º e 2º, CF), a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º, CF), e as denominadas famílias monoparentais, constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes (art.226, § 4º, CF).

E ainda como pontos essenciais acerca do Direito de Família expressos na Constituição Federal destacam-se:

(...) Proteção à família constituída seja pelo casamento civil ou pelo casamento religioso com efeitos civis; ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p.3-4).

Após a Constituição de 1988, o Código Civil de 1916 perdeu sua função de lei fundamental do Direito de Família. Venosa (2006, p.11) expressa que “princípios constitucionais e numerosas leis complementares derogaram parcialmente vários dispositivos do Código de 1916, além de disciplinar outros fenômenos e fatos jurídicos relacionados com a família.”

Assim, foi criado o Novo Código Civil – CC 2002 - que procurou fornecer uma nova compreensão da família, adaptando-a ao novo século. O novo Código, como a Constituição Federal, estabelece uma maior igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, do homem e da mulher, e contempla o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, independentemente de sua origem (VENOSA, 2006, p.11).

O Direito de Família é regulado pelo Código Civil de 2002 no Livro IV, a partir do art. 1511. Oliveira e Hironaka (2005, p.5) dizem que o Código Civil de 2002 veio com

Ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais - é bem verdade – procurando adaptar-se à evolução social e dos costumes, observada com maior ênfase nos anos que circundaram a passagem do milênio, e também incorporando as mudanças legislativas sobrevindas no período.

Como visto, o Direito de Família passou por novos rumos, e de acordo com Gomes (2006), encontrava desafios para superar o sistema antigo e adaptar-se ao modelo de família constitucional, cuja estrutura está fundamentada nos princípios, entre eles o da solidariedade, o da dignidade humana, entre outros, e é concebida com liberdade e igualdade em busca da felicidade de todos os seus membros.

1.2. Princípios Norteadores do Direito de Família

Os princípios são a base para o direito. Todos os ramos jurídicos devem estar pautados nas normas e nos princípios que o regem, e com o Direito de Família não seria diferente.

Rizzato Nunes (2003, p. citado por Gabriel, 2007) expressa que

(...) nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.

O princípio quer alicerçar uma estrutura, garantindo sua existência e aplicabilidade. No tocante à importância, os princípios, segundo Ataliba (1997, *apud* Gabriel, 2007), são “a chave e essência de todo o direito; não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos.”

Como ressaltado anteriormente, com a Constituição Federal de 1988, a família foi reconhecida como base da sociedade, recebendo proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes. Dessa forma, ficou explícita a importância da família para a sociedade e na formação das pessoas, merecendo aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios (MAIA, 2007).

Os princípios do Direito de Família são: a) princípio da “ratio” do matrimônio; b) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; c) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; d) princípio da consagração do poder familiar; e) princípio da liberdade; f) princípio do pluralismo familiar; g) princípio da afetividade; h) princípio do respeito da dignidade da pessoa humana; i) princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

Tendo em vista o tema proposto na presente monografia, serão analisados somente os princípios que tenham relevância para o tema.

1.2.1. Princípio da liberdade

O princípio da liberdade, de acordo com Diniz (2009, p.23), consiste no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio do casamento ou união estável, sem qualquer restrição ou imposição da pessoa jurídica de direito público ou privado. O Estado intervém apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito.

Nesse sentido, Maia (2007) expressa que, de acordo com esse princípio, a constituição, realização e extinção de entidade familiar, é realizada sem imposição ou restrição de qualquer pessoa, seja de parentes, da sociedade, do legislador, etc.; e ainda há a livre aquisição e administração do patrimônio familiar, a livre definição da forma de educação e formação dos filhos; o livre planejamento familiar, etc. Desde que respeitada à dignidade das pessoas, a liberdade de agir e a integridade física, mental e moral.

1.2.2. Princípio da afetividade

Nas palavras de Diniz (2009, p.24) esse princípio é o corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.

É apontado como o principal fundamento das relações familiares. A noção de afeto tornou-se elemento fundamental para a relação familiar, o sentimento e a vontade de estar junto se fez presente.

A palavra afeto origina-se do latim *affectus* que significa estado psíquico ou moral (bem ou mau), afeição, disposição de alma, estado físico, sentimento, vontade. No dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2007) afeto quer dizer “sentimento terno de adesão geral por uma pessoa ou um animal; afeição; afinidade; ligação espiritual terna em relação a alguém ou a algo” (VIANNA, 2010, p. 432).

O afeto para o Direito, segundo Vianna (2010, p. 433-434), nada mais é que um valor, um valor jurídico, um princípio jurídico, entretanto, há entendimento que o afeto tem natureza não jurídica, mas sim filosófica, psicológica e psicanalítica, ou, ainda, sociológica ou antropológica.

O casamento inicialmente era indissolúvel, o vínculo que nascia dos nubentes era mantido, independente da vontade dos cônjuges. Mesmo após o advento da Lei do Divórcio, a separação e o divórcio só eram deferidas quando decorridos determinados prazos ou mediante a identificação de um culpado (DIAS, 2010, p. 131).

Pereira (2006, p. 200) afirma que o afeto se tornou um valor jurídico e foi elevado à categoria de princípio “como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis.”

E acrescenta ainda que é a partir da Psicanálise, com a introdução “do sujeito do inconsciente e das subjetividades, que podemos pensar que o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família parental está no desejo e no amor.”

O afeto é o propulsor do desenvolvimento do senso de respeito e de cuidado nas relações familiares. “Aliás, não apenas sob as vestes jurídicas. Também sob o prisma da Psicologia, o afeto se evidencia como uma verdadeira ‘âncora do sentido’[...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 25, citado por CABRAL, 2009).

Com a Constituição Federal de 1988 foi outorgado a proteção a família, independentemente do casamento, constituindo um novo conceito de entidade familiar, albergando outros tipos de vínculos afetivos (DIAS, 2010, p. 132).

Barros (2005) citado por Medeiros (2009) afirma que afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam. É considerado um direito individual, trata-se de uma liberdade constitucional implícita, cujo respaldo é encontrado no § 2º do art. 5º.

Medeiros (2009) expressa que o afeto não deve ser visto unicamente como uma liberdade individual, uma vez que se desenvolve e evolui como uma

relação social, deste modo, a afeição, através de sua função social inerente, evolui para além do direito individual e entra na dimensão dos direitos sociais.

1.2.3. Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

Este princípio está disposto no artigo 1º, III, da CF/88, constitui base da comunidade familiar, seja ela biológica ou afetiva, tendo por elemento e garantindo a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227) (DINIZ, 2009, p.23).

A dignidade da pessoa humana para o Estado considera cada pessoa tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro (SANTOS, 2001).

O Princípio da Dignidade Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito coloca o homem como centro de toda a organização política e do próprio Direito.

É chamado também de princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. É por causa deste princípio que está em voga se falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado, isto é, ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada (TARTUCE, 2010, p. 4).

O Direito de Família, de acordo com Pereira (2005) citado por Medeiros (2009), é consoante a tendência personalista do Direito Civil, assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana e como seu cerne a dignidade humana.

A família é um importante instrumento para a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois ela exerce um grande papel de transmissão de idéias, culturas e na formação do caráter e valores do indivíduo.

Segundo Pereira (2006 p. 197) esse princípio é:

88

A base da sustentação de todos os outros princípios. É mais que um princípio constitucional, uma vez que constitui em um imperativo ético para garantir a palavra de ordem da contemporaneidade: cidadania. É ele que, entrelaçado, sustentando e sustentado por todos os outros princípios, vem impedir que a história das exclusões feitas através do Direito de Família se repita.

Assim sendo, todos os outros princípios constitucionais do Direito de Família devem ser edificados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, já que aqueles visam à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada integrante da família.

Moraes (2004, p. 52 *apud* LIMA, 2009) afirma que a dignidade da pessoa humana é

um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas 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.

O conceito de dignidade humana abriga um conjunto de valores que não está restrito, unicamente, à defesa dos direitos individuais do homem, mas abarca toda uma gama de direitos, de liberdades e de garantias, de interesses que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais ou econômicos.

Gonçalves (2005) citado por Maia (2007) destaca que

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Por fim, de acordo com Pereira (2006, p. 94), este princípio é um dos esteios de sustentação do ordenamento jurídico, não sendo possível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito de dignidade.

1.2.4. Princípio do superior interesse da criança e do adolescente

Esse princípio tem suas raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, que deixou de ter a função econômica e passou a ser um núcleo de companheirismo e afetividade (PEREIRA, 2006, p. 126).

Isso porque, com os novos contornos assumidos pela família da atualidade, o menor deixa de ser um mero componente e passa a ganhar destaque especial em razão da sua situação de fragilidade, necessitando de apoio e de alguém que o conduza ao exercício de sua autonomia (PEREIRA, 2006, p. 127, *apud* MEIRA, 2010, p. 233).

Visa ao desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade do menor e diretriz solucionadora de questões conflitivas oriundas da separação ou divórcio dos genitores (DINIZ, 2009, p.28). Além disso, tem uma íntima relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança é uma garantia para a efetivação dos direitos fundamentais a eles conferidos diante do caso concreto. Seria também, um parâmetro para a aplicação de tais direitos, para que todos os obrigados a zelarem pelos direitos e garantias da população infanto-juvenil devem assegurar (MEIRA, 2010, p. 234).

Nesse contexto, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 227. 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse artigo constitucional elenca direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, afirmando a condição das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais, e ainda consagra que esses direitos fundamentais devem ser empregados com prioridade absoluta, como determina a disposição constitucional (MEIRA, 2010, p. 230).

Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 a 18 anos de idade (TARTUCE, 2010, p. 13).

O autor afirma ainda que o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo a proteção integral (2010, p. 13).

Desse modo, percebe-se que zelar pelo melhor interesse do menor, segundo Pereira (2006, p. 137), é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica, buscando a saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social.

1.3. Responsabilidade paternal

Como já observado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente ganharam proteção especial por serem frágeis, vulneráveis, possuindo uma tutela especial (TEIXEIRA, 2010, p. 249).

Isso porque o ordenamento jurídico considera as crianças e adolescentes pessoas em fase de desenvolvimento, construindo sua personalidade e dignidade.

Teixeira (2010, p. 249) expressa que essa proteção entrelaçou-se com a fase de transição do perfil da família, pois as relações parentais abandonaram aspectos formais para se tornarem mais efetivas e afetivas.

Carvalho (2009, p. 15) citado por Cabral (2009) elucida que nas relações familiares grande parte dos direitos conferidos à família se tornam deveres, como o poder familiar, a tutela e curatela, impondo ao titular cuidar, proteger e propiciar melhores condições de vida.

Assim, cada membro da família tem direito de ser respeitado e receber carinho, proteção e cuidado; em contrapartida, tem deveres a cumprir. Nesse caso, têm-se direitos-deveres que a todos os integrantes da família se estendem.

A paternidade responsável que trata tanto da função materna quanto da paterna é um princípio constitucionalmente albergado, conjuntamente com a previsão contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º.

O artigo 226, § 7º da Constituição Federal, estabelece que a família é fundada no princípio da paternidade responsável.

Artigo 226, § 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 (grifo nosso)

A paternidade responsável decorre das atribuições da autoridade parental, isto é, do dever dos pais de educar, criar e assistir seus filhos, sempre se atentando para o objetivo maior de tutela da personalidade das crianças e adolescentes (MEIRA, 2010, p. 234).

Educar não consiste apenas na educação formal, mas principalmente, na orientação das crianças e adolescentes a fim de garantir a construção de sua personalidade e seu pleno desenvolvimento.

O dever de criar começa com a concepção e essa obrigação jurídica dura até que o filho alcance a maioridade. É um dever de suprir todas as necessidades básicas e biopsíquicas do menor (TEIXEIRA, 2010, p. 2510).

Teixeira (2005, p. 130 *apud* MEIRA, 2010, p. 235) afirma que

Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre os genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, nesse contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade responsável, e a doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao fundamento de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta.

Cabral (2009) afirma que

Cabe aos membros da família uma atuação conjunta no sentido de criar laços de afeto e agir de forma a preservar condutas que reflitam boa-fé, seguindo o viés de conduta ditado pela responsabilidade moral inerente a todo ser humano.

Os deveres inerentes a paternidade responsável estão inseridos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 1566 e 1634 do Código Civil de 2002, e nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal, que inseriu os deveres dos pais em relação aos filhos (VIANNA, 2010, p. 446).

A responsabilidade parental dessa forma, configura o dever de assistir, criar e educar os filhos de forma efetiva, com responsabilidade, baseando-se no afeto para garantir o pleno desenvolvimento, através da transmissão de valores familiares construindo uma relação verdadeiramente afetiva.

1.4. A Constituição Federal e o Direito ao Convívio Familiar

O artigo 227 da Constituição Federal reconheceu à infanto-adolescência o direito fundamental à convivência familiar comunitária (PEREIRA, 2006, p.146). Esse artigo expressa ainda que é dever do Estado, da família e da sociedade proporcionar a convivência familiar (GOMES, 2006).

O direito ao convívio familiar é o instrumento de proteção para aqueles que estão em plena fase de desenvolvimento, pois a vida em família é fundamental para esse desenvolvimento.

Ele pode ser conceituado ainda como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa (ISHIDA, 2010, p.28).

Percebe-se desse modo que, com a Constituição Federal de 1988 a criança e o adolescente deixaram de ser tratados como objetos de intervenção estatal e passaram a ser titulares de direitos, dentre os quais o de convivência familiar, que passa a ser de caráter fundamental (SILVA, 2010).

A convivência familiar é mais do que um direito da criança constitucionalmente garantido, mas é uma verdadeira exteriorização da valoração do afeto (MEIRA, 2010, p. 245).

O autor afirma também que é no núcleo familiar que os infantes receberão os cuidados necessários ao seu pleno crescimento e desenvolvimento como cidadãos. E continua:

Essa atmosfera deve ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores, garantindo-lhes o cumprimento e aplicação dos direitos fundamentais a eles conferidos. Toda criança e adolescente têm o direito à convivência familiar, sendo prioridade absoluta conferida pela Constituição da República (MEIRA, 2010, p. 245).

A garantia da convivência familiar, de acordo com Ishida (2010, p.28) se perfaz de dois princípios basilares: o da proteção integral e o da prioridade absoluta. A entidade familiar dispõe de proteção constitucional, já que o art. 226 da Constituição Federal especifica proteção especial pelo Estado da família. Esta

possui um conceito dilatado, abrangendo a união estável (art. 225, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

Esse direito, além de estar disposto na Constituição Federal de 1988, foi inserido na Lei nº 8069/90 – O Estatuto da Criança e do Adolescente. O capítulo III da referida lei regula o direito à convivência familiar e comunitária, dispondo o artigo 19, *in verbis*, que:

toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Além da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 estabelece acerca do convívio familiar, dentre outras coisas, que compete aos pais terem os filhos menores em sua companhia e guarda; que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos (GOMES, 2006).

Salienta-se que de acordo com Madaleno (2009, citado por SILVA, 2010) convivência familiar representa

dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos.

O dever legal de convivência visa não somente à presença física, mas à efetiva participação dos pais na vida dos filhos, a fim de realmente exercer o poder familiar, e a partir do momento em que esse dever não é cumprido surge a teoria do abandono afetivo, amplamente discutida no universo jurídico atual.

Muito se tem falado a respeito do abandono afetivo e de suas consequências. Uma delas é a responsabilidade civil e a possibilidade de dano moral nessa situação. Para melhor compreensão do tema, no capítulo que se segue será realizada uma pesquisa acerca da responsabilidade civil e do dano moral.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

2.1. Responsabilidade Civil

Responsabilidade é utilizada em inúmeras situações no campo jurídico, geralmente, implica a noção de atribuir a um sujeito o dever de assumir as consequências de ação (MOREIRA, 2009).

A palavra responsabilidade civil tem sua origem na raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais (DINIZ, 2009, p. 33).

Diniz (2009, p. 35) expressa que a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O conceito de responsabilidade, de reparar o dano injustamente causado, sempre existiu, porém a forma de reparar o dano sofrido na sociedade primitiva era através da violência coletiva.

Posteriormente, passou-se para a vingança individual, privada, a Lei de Talião demonstrava a reparação, no até hoje conhecido “olho por olho, dente por dente” ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. O poder público pouco intervia (MOREIRA, 2009).

A autora citada acima afirma ainda que em Roma o sistema de responsabilidade é extraído da interpretação da *Lex Aquilia de Damno*, o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente da relação obrigacional pré-existente. Por esta razão a responsabilidade extracontratual também é denominada aquiliana.

Fiúza (2008, p. 279) explicita que a Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado entre o final do século III a início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bem o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Se não houvesse culpa, o lesante era isento de qualquer responsabilidade. O Estado passou a interferir nos conflitos privados, fixando o valor do prejuízo, mas não havia distinção entre responsabilidade civil e penal, esta diferenciação só tem início na idade média.

A responsabilidade civil foi introduzida, no Brasil, por José de Aguiar Dias o qual asseverava que “toda manifestação humana traz em si o problema da

responsabilidade”. A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse jurídico em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente, contratual ou não. A lei busca reconstituir o ordenamento jurídico violado (LEITE, 2009).

Como regra geral, aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. O ato ilícito consiste na violação ao direito alheio e na provocação de prejuízo, ainda que apenas moral, por meio de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. O ato ilícito também é cometido quando um titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, trata-se do abuso de direito (art. 187 do CC/02) (TARTUCE; SATORI, 2009, p. 107).

De acordo com Leite (2009) o instituto em comento pode, a depender da natureza jurídica da norma violada, ser de duas espécies, quais sejam: contratual (artigos 389 e 395 do Código Civil Brasileiro), com base no adimplemento da obrigação, e, extracontratual também conhecida como aquiliana, oriunda do descumprimento direto da lei (artigos 168 e 927 do Código Civil de 2002).

Salienta-se que o termo responsabilidade significa um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato

Plácido e Silva (1989, p. 125) citado por Fiúza (2008, p. 277) define responsabilidade civil como

[...] dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.
Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

A responsabilidade civil vem com duas funções básicas, que é restabelecer o direito lesado e servir como sanção civil ao ator do fato (MOREIRA, 2009). Nesse contexto, Gonçalves (2009, p. 1) expressa que toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em “restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.”

Diniz (2009, p. 37-38) afirma que a responsabilidade civil requer: a existência de uma ação; ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial; nexo de causalidade entre o dano e a ação.

Leite (2009) elucida que os elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são os seguintes: “conduta ou ato humano, nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. A culpa não é um elemento geral da responsabilidade civil e, sim, um elemento accidental.”

A autora expressa ainda que:

O primeiro elemento da responsabilidade civil tem por núcleo a noção de voluntariedade, podendo ser positiva ou negativa (ação ou omissão). Na voluntariedade, a pessoa tem consciência daquilo que se faz. A regra geral é de que a conduta deve ser ilícita, mas também pode haver responsabilidade civil decorrente de ato lícito, por isso, a ilicitude não pode ser um elemento geral. O nexo de causalidade é o vínculo ou liame que une a conduta humana ao resultado danoso. O dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, material ou moral. Para que um dano seja indenizável é preciso alguns requisitos: violação de um interesse jurídico material ou moral, certeza de dano, mesmo dano moral tem que ser certo e deve haver a subsistência do dano.

Como ressaltado anteriormente, a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, conforme a origem da violação.

A responsabilidade contratual ocorre quando o acordo de vontades for descumprido, total ou parcialmente, por um dos negociantes (TARTUCE; SATORI, 2009, p. 108). Ela decorre da celebração ou da execução de um contrato, e poderá ser por ato lícito ou ilícito (FIÚZA, 2008, p. 279).

No caso de responsabilidade contratual a efetivação é processualmente mais facilitada posto que já existe um contrato vinculando as partes. Nesse caso, existe uma presunção de dano e de culpa (LEITE, 2009).

Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana a vítima deve provar o dano. O princípio que rege a responsabilidade aquiliana é

aquele segundo o qual a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem, denominado princípio do *neminem laedere*, o qual encontra-se epigrafado no artigo 186, do Código Civil Brasileiro, o qual trata sobre o ato ilícito, sendo o mesmo a principal fonte da responsabilidade civil. (LEITE, 2009).

O atual regime, salvo em casos especiais que admitem a teoria do risco, só reconhece o direito da pessoa lesada quando esta vier a provar a culpa do agente que cometeu o ilícito (SANTANA, 2002).

Nesse caso, aplica-se o disposto no artigo 186 do Novo Código Civil de 2002, todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual (GONÇALVES, 2009, p. 26).

O autor ora citado (2009, p. 26) expressa que na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, pois existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida.

A responsabilidade pode ser ainda subjetiva e objetiva. Ela é subjetiva quando encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. A prova de culpa do agente é necessária para que surja o dever de indenizar (MOREIRA, 2009).

Nas palavras de Tartuce e Satori (2009, p. 108) a culpa em sentido amplo,

que pode consistir na culpa em sentido estrito (enquanto violação do dever objetivo de cuidado, geradora de imprudência, imperícia ou negligência) ou então no dolo (intenção deliberada de provocar o ato). Eis a regra em nosso sistema: a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se a comprovação da culpa do causador do dano.

Gomes (1991, p. 340), citado por Garcia (2006), explicita que as duas responsabilidades (objetiva e subjetiva), têm como pontos comuns a obrigação de indenizar e a solução dos problemas da culpa, de causalidade, da extensão do Dano e dos modos de repará-los. Distinguem-se, todavia, quanto ao ônus da provas e às cláusulas de não indenizar.

A responsabilidade objetiva é fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens (MOREIRA, 2009).

Na responsabilidade objetiva, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (TARTUCE; SATORI, 2009, p. 108).

Esta responsabilidade se baseia na ideia de risco inerente a algumas situações. Se o indivíduo está envolvido em uma circunstância potencialmente causadora de danos, ele deve arcar com possíveis prejuízos que por ventura surjam, independentemente de culpa (TARTUCE; SATORI, 2009, p. 108).

Moreira (2009) afirma que como apenas a culpa não satisfaz todas as situações, levou-se a criação da teoria do risco, a qual torna o sujeito responsável por riscos ou perigos decorrentes de sua atividade, ainda que coloque toda diligência e cuidado para que o dano não ocorra.

Sem dúvida alguma, responsabilidade objetiva mostra-se extremamente benéfica ao cidadão, que não dispõe de meios de comprovar suas alegações em decorrência da dificuldade na obtenção da prova (SANTANA, 2002).

A teoria da responsabilidade objetiva está exposta no parágrafo único do art. 927, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (grifo nosso).

A responsabilidade civil subjetiva possui como elementos basilares a sua caracterização, a ação ou omissão do sujeito ativo, a vítima como sujeito passivo, a existência de um dano sofrido por essa vítima, bem como o nexo de causalidade entre o causador do dano e a vítima, desde que verificado culpa ou dolo do agente (GARCIA, 2006).

Nas lições de Lisboa (2002, p. 227 *apud* Garcia, 2006) na teoria da responsabilidade subjetiva

deve-se demonstrar se o agente tinha a intenção de praticar o ato Danoso ou, ainda se a sua Conduta foi imprudente, negligente ou imperita. Tal comprovação somente é dispensável quando a lei expressamente presumir a culpa do agente, ainda que for fato de terceiro”.

Ressalta-se que a regra geral da responsabilidade extracontratual no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa.

A responsabilidade objetiva, ou sem culpa, somente pode ser aplicada, quando existe lei expressa que autorize. A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos especificados em lei ou quando o risco for inerente a atividade do agente (MOREIRA, 2009).

Nesse sentido Garcia (2006) afirma que o ordenamento jurídico brasileiro trabalha como regra geral

com a Responsabilidade Civil Subjetiva, devendo ser comprovada a existência de culpa para que possa surgir a necessidade de qualquer ressarcimento, sendo que tal preceito surge expresso em nosso novo Código Civil no seu artigo 186. A ação do agente deve ser voluntária, negligente ou imprudente, portanto necessário se faz a comprovação da culpa.

É de suma importância destacar que o dano é elemento essencial da Responsabilidade Civil, pois não haverá dever de reparação quando inexistir prejuízo.

O dano deve existir tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual (GARCIA, 2006). Pelo exposto, podemos entender a responsabilidade civil, de acordo com Moreira (2009), como o dever de reparar um dano causado a outrem, seja ele moral ou material. Desta forma, todos aqueles que causarem danos a outrem deverá repará-lo, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado e também de direito público.

2.2. Dano moral: conceito e implicações no Direito de Família

Inicialmente é importante ressaltar o conceito de dano, que consiste na lesão que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico patrimonial ou moral (DINIZ, 2009, p. 123).

De acordo com a autora o dano tem requisitos, quais sejam: diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; efetividade ou certeza do dano; causalidade; subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; legitimidade e ausência de causas excludentes de responsabilidade (2009, p. 123).

Lisboa (2002, p. 199) citado por Garcia (2006) expressa que pode-se conceituar dano como o prejuízo sofrido pela vítima, podendo ser patrimonial, quando a vítima deixou de ganhar ou perdeu bens por causa do evento; ou extrapatrimonial se a vítima teve ofendido bens não econômicos.

Silva (1999, p. 25) elucida que na responsabilidade civil é crucial a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima. Portanto, o dano é o principal elemento daqueles necessários à configuração da responsabilidade civil.

Como dito anteriormente, Há duas espécies de dano, os danos patrimoniais (ou materiais) e os danos morais (ou extrapatrimoniais). Dano patrimonial é o que afeta somente o patrimônio do ofendido. O dano moral é aquele que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio (GONÇALVES, 2009, p. 339).

Nesse contexto, Diniz (2009, p. 123) afirma que o dano patrimonial é

a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Abrange o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) e o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso).

Dano moral designa a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Ele atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio (GONÇALVES, 2009, p. 359).

É, segundo o autor ora citado, a lesão de bem que integra os

direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Como o dano moral constitui uma lesão ao direito de personalidade, para sua reparação não requer a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mas uma forma de diminuir as conseqüências do prejuízo imaterial (TARTUCE, 2008, p. 397).

O autor acima citado afirma ainda que em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Constitui aquilo que a pessoa sente, denominado dano moral *in natura*. No sentido

impróprio, o dano moral constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, trata-se do dano moral em sentido amplo ou *lato sensu*.

É importante destacar que o Dano Moral, por muito tempo foi motivo de grandes debates jurídicos, em relação à possibilidade de se obter indenização por lesão a honra, a dignidade e a integridade psicológica, haja vista que são bens incorpóreos, abstratos, aos quais é impossível se atribuir um valor exato que os defina. Existia uma corrente negativa e outra positiva quanto à possibilidade jurídica do pedido de indenização por danos morais (BRANDÃO, 2005).

O autor acima citado afirma ainda que a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, consolida-se por definitivo, a sua possibilidade de reparação, com base no art 5º, incisos V e X do mesmo diploma, assim como no art. 186 e 927, “*caput*”, do Código Civil de 2002.

Nas lições de Tartuce (2008, p. 396) a tese pela reparabilidade dos danos imateriais é relativamente nova em nosso país, tendo surgido praticamente com a Constituição Federal de 1988.

Assim, o Direito à Moral passa a ser exercido com mais disposição e rigor. Podendo ser pleiteado junto ao Poder Judiciário, como forma de satisfação compensatória ao lesado, haja vista que a dor, as angústias, assim como todo e qualquer sentimento com repercussão negativa à personalidade de alguém não tem preço, sendo impossível de se auferir um valor exato (BRANDÃO, 2005).

Moraes (2003, p. 402) afirma que o dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Pontes de Miranda (1958, *apud* Moraes, 2003, p. 406) conceituou dano moral como o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.

Portanto, a teoria da reparação do dano moral é um dos principais instrumentos jurídicos que visam, justamente, reparar e desestimular a prática de atos lesivos à dignidade humana, sendo que tal instrumento está diretamente ligado à tutela dos direitos inerentes à personalidade civil da pessoa, concluindo-se que esse instrumento atua como uma forma de proteção aos direitos individuais da pessoa (Zeferino, 2005).

É importante salientar que não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Para que haja pagamento da indenização pleiteada é

necessário comprovar a ocorrência de um dano, fundados nos efeitos da lesão jurídica (DINIZ, 2009, p. 61).

Bittar citado por Lagrasta (2007) define danos relativos à pessoa como

(...) as lesões ao corpo, ou a parte do corpo (componentes físicos), ou ao psiquismo (componentes intrínsecos da personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade. São morais os danos a atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade; vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, como a honra, a reputação, as manifestações do intelecto.

No campo da responsabilidade civil, a família nunca recebeu tratamento específico, uma vez que a lei infraconstitucional responsável pela normatização do Direito de Família não avançou no tema, permanecendo arcaica em diversos pontos. Dessa forma, a Lei Civil vigente não evoluiu positivamente no que concerne ao Direito de Família, principalmente no que diz respeito à aplicação do dano moral no âmbito familiar (SILVA, 2006).

O Direito de Família não contempla regra específica para reparação dos danos ocasionados na esfera familiar, todavia como é sabido todo aquele que se ver prejudicado ou tiver sido lesado por outrem tem direito a uma indenização, sendo que a Doutrina e a Jurisprudência vêm disciplinando o assunto, mediante aplicação da regra inserta no artigo 186 do Código Civil (SILVA, 2006).

O art. 186 do CC/02 dispõe que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Os operadores do direito são unânimes ao afirmar que o direito da dignidade da pessoa humana deve ser sempre respeitado, e no âmbito familiar deve ser ainda mais analisado com cautela, haja vista que a dignidade deve começar desde o berço familiar (BUENO; CONSTANZE, 2007).

Nesse contexto, sob o prisma dos direitos personalíssimos a Doutrina e Jurisprudência repousam seus argumentos, reforçados pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, que certamente deve ser respeitada em todas as relações sociais e com maior ênfase nas relações familiares, tendo em vista que a família é o alicerce da sociedade (SILVA, 2006).

O dano moral no Direito de Família deve estar respaldado na Constituição Federal, nos princípios que prestigiam a dignidade da pessoa humana,

bem como na norma que delega ao Estado a proteção da família (LAGRASTA, 2007).

Silva (2006) expressa que o dano moral, como observado, deve ser oriundo de uma conduta que ocasione a vítima sofrimento profundo, trazidos pela prática de atos considerados inadmissíveis, cujo rol pode ser inesgotável, pois na atualidade são inúmeras as situações que podem ensejar o dano moral no âmbito do Direito de Família.

Como salientado em momento anterior, o dano deve causar uma dor peculiar na pessoa para que caracterize o dano moral, lembrando que o mesmo é peculiar a cada indivíduo, onde o sentimento provocado deve ser capaz de abalar a pessoa (BRUNO; CONSTANZE, 2007).

Assim, continua os autores, em se tratando de dano moral na família, este deve ser gerado em razão de uma conduta que fuja os padrões aceitáveis, este se origina conforme a imagem, a honra, a liberdade, a moral propriamente dita da pessoa ofendida.

Onde tiver havido lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade terá havido dano moral indenizável (MORAES, 2003).

Em suma, nos dizeres de Silva (2006) neste século a concepção da família, sob todos os ângulos, almeja novos rumos, frente aos princípios que norteiam nossa Constituição Federal, tais como, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, portanto, não é justo que normas retrógradas que não representam a realidade social sejam utilizadas, quando temos a nosso favor princípios constitucionais fundamentais que podem e devem pautar as ações de caráter indenizatório, principalmente no campo do Direito de Família.

2.3. A responsabilização subjetiva aplicada ao Dano Moral

Durante o exposto no presente trabalho, percebemos que os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva são: ato ilícito; conduta culposa; dano; nexo de causalidade (NASSRALLA, 2010). O dano pode ser material ou moral, isto é, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (DINIZ, 2009, p.125).

Como explicado, para configuração do dever de indenizar, primeiramente há de estar presente um dever jurídico, violado por uma conduta culposa. Isto porque o Código Civil é expresso no sentido de que a responsabilidade objetiva só é cabível nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (NASSRALLA, 2010).

De acordo com Zeferino (2005)

Sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao "status quo ante", sempre se poderá fixar uma importância pecuniária, a título de compensação". Indiscutivelmente, a palavra indenizar, quando utilizada na relação com o dano material, tem como função reparar o dano causado, repondo o patrimônio desfalcado, levando-o de volta ao "status quo ante". Portanto, o termo "indenização" tem teleologia voltada à equivalência econômica, fundada sobretudo na idéia de que todo bem material pode ser avaliado economicamente, podendo ser repostado através de seu valor em moeda corrente. Trata-se da recomposição patrimonial do indivíduo.

Entretanto, segundo o autor acima citado, a indenização do dano moral não tem por objetivo recompor o patrimônio, mas de compensar a vítima e, ao mesmo tempo, desestimular a prática de lesões na esfera personalíssima da pessoa. A paga em pecúnia deverá proporcionar ao ofendido uma satisfação que seja capaz de amenizar a dor sentida.

Além disso, deverá também a indenização servir como castigo ao ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto suficiente para dissuadí-lo de um novo atentado.

Na responsabilização subjetiva no dano moral, o sujeito deverá demonstrar o dano causado, e ainda o nexo entre o ato ilícito e o dano para que haja a reparação. Entretanto, doutrinadores afirmam que valorar a culpa para configurar dano moral, para caracterizar eventual nexo de causalidade, surgindo como necessária a instauração de verdadeiro inquérito, com ampla produção de prova, poderá agravar desnecessariamente o conflito pela demora (ZEFERINO, 2007).

Gonçalves (2009, p. 370-371) afirma que o dano moral, salvo em casos especiais, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade. Tratando-se de presunção absoluta.

O direito de indenização por dano moral no Direito de Família cabe não somente nas relações conjugais, mas também e principalmente nas relações de filiação, como exemplo, nos casos de abandono material, intelectual e moral do filho, e ainda, na negativa de reconhecimento da filiação. Isso porque, é evidente que a criança e o adolescente também podem ser vítimas de dores físicas e morais (SILVA, 1999, p. 355).

O autor ora citado expressa ainda que os sofrimentos e as angústias das crianças e dos adolescentes podem constituir danos espirituais injustos quando causados por ato ilícito, pois ofende a dignidade, o respeito e à liberdade destas.

Um pai que ostensivamente humilha seu filho, exteriorizando qualquer tipo de conduta vexatória, ao praticar uma conduta ativa, inegavelmente, em tese, cometeria ato ilícito passível de indenização por dano moral, assim como qualquer outra pessoa poderia ser responsabilizada (NASSRALLA, 2010).

Cahali (2001) citado por Zeferino (2005) elucida que:

[...] a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Atualmente, uma questão muito discutida entre doutrinadores e operadores de direito, diz-se respeito à possibilidade de indenização pelo abandono afetivo parental. Constitui este um dano moral? Nassralla (2010) indaga que da conduta meramente negligente do pai ou mãe em dar afeto ao filho, mesmo suprimindo todas as suas necessidades materiais e intelectuais, através de conduta meramente omissiva, acarretaria um dano moral passível de ser indenizado?

Para melhor elucidação sobre a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, no terceiro e último capítulo, iremos tratar acerca do abandono afetivo como ato ilícito, o dever de indenizar nos casos de falta de afeto dos genitores para como os filhos, e por fim, analisar os aspectos jurisprudenciais sobre o tema.

3. O ABANDONO AFETIVO COMO ATO ILÍCITO

3.1. Definição de abandono afetivo

Conforme observado no presente trabalho, a família sofreu uma forte transformação desde os primórdios de sua constituição.

Todavia, com o desenvolvimento da sociedade e a vinda dos períodos Renascentista e, principalmente da Revolução Industrial, observou-se que a família perdeu o *status* que anteriormente tinha (DIAS; COSTA, s.d.).

A Constituição Federal de 1988, caracterizada como constituição cidadã, mudou séculos de conceitos ultrapassados, instaurando igualdade, liberdade, e elevando o princípio da dignidade da pessoa humana (CALHEIRA, 2007).

A ordem constitucional de 1988 foi a primeira a trazer inovações, tratando a existência da entidade familiar ainda que sem a celebração civil do casamento bem como do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e o reconhecimento civil do casamento religioso, além de um rol extenso de direitos à criança e ao adolescente, componentes em formação da família (DIAS; COSTA, s.d.).

O texto constitucional mudou e trouxe um conceito amplo de família, não determinando tipos de família específicos. O *caput* do artigo 226 da Constituição não admite desconsiderar qualquer entidade que satisfaça os requisitos de afetividade, e estabilidade (CALHEIRA, 2007).

Nesse contexto, Dias (2010, p. 40) afirma que:

A entidade familiar anteriormente estruturada no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na redução do papel da mulher, nos filhos legítimos, nas funções de procriação e na unidade econômica e religiosa, está hoje centrada no afeto entre as pessoas, seja fundada do casamento, na união estável, na monoparentalidade, na consangüinidade, na adoção ou mesmo naquelas uniões ainda não reconhecidas pelo Direito como as homossexuais e as anaparentais.

Diniz (2009) expressa que a Constituição deixou explícita que além do casamento, a união estável e a relação monoparental também formam entidades familiares reconhecidas e protegidas constitucionalmente. Ressalta-se que a evolução nas formas de família, deve-se a configuração do afeto como fonte das relações familiares.

Silva (2004, p. 123) citada por Diniz (2009) enfatiza que

Considera-se que os laços de afetividade são tão ou mais importantes do que os laços biológicos. Famílias são constituídas a partir do afeto que há entre os seus membros, tenham eles ligação biológica ou não. A partir da inclusão das diversas formas de família, conclui-se que os elos entre os componentes são o afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos, o tratamento igualitário, etc. O elo biológico, ou genético, não mais sustenta a base familiar.

Com Código Civil de 2002, foi aderido de vez essa nova forma de tutelar a entidade familiar. Sua entrada em vigor proporcionou ao mundo jurídico uma verdadeira transformação de ideias, pensamentos e doutrinas que até então eram consideradas inválidas (DIAS; COSTA, s.d.).

As autoras afirmam ainda que dentro dessa nova concepção de família, novos questionamentos foram surgindo, trazendo o desafio de adequação a essas novas situações decorrentes de tantas mudanças. Dentre esses novos desafios, faz-se presente a questão do abandono afetivo, isto é, a “não-prestação por parte dos pais ou de um deles da afetividade ao seu descendente, sendo esta concebida em todos os efeitos advindos do laço sentimental que une pais e filhos.”

As crianças e adolescentes conquistaram diversos direitos que podem ser observados no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe:

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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso).

Esse artigo trouxe para o jurista um novo aspecto componente da família: o direito à convivência familiar. O art. 1.634 do Código Civil regula: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda...”

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8069/1990) em seu artigo 3º prevê:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros

meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O mesmo diploma legal prevê sanção administrativa no artigo 249 a qualquer um dos pais que infringir os deveres do pátrio poder. Nota-se, então, que a lei impõe aos pais a obrigação não somente de sustento e manutenção financeira, mas de oferecer todo o amparo para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. E caberá ao juiz, na análise do caso concreto, com o indispensável auxílio de equipe multidisciplinar, averiguar a ocorrência ou não de falta nos deveres inerentes ao pátrio poder (DIAS, 2005).

É visível a necessidade da criança de conviver no seio de uma família estruturada, que lhe dê condições aptas a permitir o desenvolvimento sadio de seu caráter, que está em formação (DIAS; COSTA, s.d.).

A ruptura da sociedade conjugal seria melhor vivenciada se os genitores continuassem seu dever de paternidade responsável de forma efetiva após a separação.

No que concerne a relação paterno-filial, é um grande equívoco relacionar esse dever de convivência ao vínculo puramente biológico. Assume deveres paternais quem exerce o papel de pai ou de mãe, seja por origem genética ou afetividade (DINIZ, 2009). Nesse sentido discorre Dias (2006, p. 58 *apud* DINIZ, 2009): "O direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da família. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue."

A afetividade foi incorporada de forma implícita ao nosso ordenamento jurídico, constituindo uma sensível modificação do conceito de família. Dessa forma, "a busca da felicidade, a supremacia do amor, a solidariedade social ensejam o reconhecimento do afeto como o modo mais plausível para a definição de família." (CALHEIRA, 2007).

O amor é o sentimento mais importante para a vida em comunidade. Nas palavras de Almeida (2005, p. 01) citado por Angeluci (2006) o amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. E continua o autor, "esclareça-se que o amor, assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor."

É o denominado princípio da afetividade. Por esse princípio, os pais ou responsáveis têm o dever de fornecer aos seus filhos o afeto, isto é, a presença amorosa, o cuidado, ainda que o responsável não seja aquele que está com a guarda (ANGELUCI, 2006).

Desse modo, pais e mães separados precisam ter a consciência de que os filhos devem ser poupados, o quanto possível do distanciamento afetivo de um dos genitores, pois a convivência tem um efeito comprometedor para a formação psicológica saudável de uma criança (MALDONADO, 2008).

A continuação do convívio dos pais com os filhos após a separação traz benefícios tanto para os próprios pais, mas, e principalmente, para os filhos, que sofrerão menos com a separação.

Os pais não devem prestar apenas a assistência material ou jurídica, mas também psicológica e moral, compreendendo o desenvolvimento psíquico e o amparo dos responsáveis (ANGELUCI, 2006).

Configura-se o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição, que não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória (LÔBO, 2008, p. 284-285).

O autor ora citado expressa que o art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos com absoluta prioridade, oponíveis à família, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia que não se subsumem na pensão alimentícia (LÔBO, 2008, p. 284-285).

É o que explicita Maldonado (2008) ao dispor que não basta pagar pensão alimentícia, comprar presentes. Os filhos precisam se sentir importantes, protegidos e amados. A concepção de um filho gera automaticamente a obrigação de exercer com responsabilidade o papel que lhes cabe, quais sejam dar carinho, atenção e educação aos filhos.

Nesse sentido, Crispino (2008) salienta que educar não se resume a pagar pensão alimentícia, é uma tarefa árdua, porque envolve toda a criação da

prole. É participar das etapas da sua vida, é acompanhar o rendimento escolar, o convívio com os amigos e familiares, é estar presente a todo instante.

Importante ressaltar que a importância do afeto nas relações familiares não se faz apenas para a formação delas, mas também para a sua “solidificação, estabilidade e harmonia.” O afeto não é um sentimento imposto que pode ser convencionado pelas pessoas, e sim um sentimento que decorre naturalmente, não podendo ser cobrado de ninguém (DIAS, 2009).

Angeluci (2006) elucida que:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento da pessoa, de forma a alcançar a dignidade será possível desde que haja respeito pelo ser humano que representa a criança em desenvolvimento, “com seus medos, anseios e frustrações, e acima de tudo, com seus vínculos afetivos estabelecidos desde o nascimento, na coletividade familiar.” (ANGELUCI, 2006).

A presença dos genitores na formação das crianças e adolescentes é de grande importância, pois eles irão transmitir os valores necessários ao melhor desenvolvimento destas, mantendo assim, os laços de afetividade que o convívio mantém.

Atenta-se que o mundo jurídico tem se deparado nos últimos tempos com uma questão concernente à afetividade. Nos casos de separação “o responsável adimplente com pensões alimentícias e demais obrigações materiais adversas está obrigado a prestar afetividade ao seu filho?” (DIAS; COSTA, s.d.).

Nesse contexto, sobre o abandono afetivo do filho, a doutrina e a jurisprudência brasileira atentaram para o fato do genitor, que não convive com o outro genitor, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia.

A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas (LÔBO, 2008, p. 283).

De acordo com Crispino (2008) é muito comum com o rompimento da sociedade conjugal:

o afastamento do progenitor não detentor da guarda, da criação e do desenvolvimento da sua prole. Em virtude desta irresponsabilidade, muitas crianças e adolescentes acabam gerando inúmeros transtornos psicológicos, como dificuldade de relacionamento, insegurança, baixa auto-estima, agressividade etc. Infelizmente, toda a omissão e a carência acabam dificultando o desenvolvimento pleno dos seus filhos.

Salienta-se que o abandono afetivo não é novidade no meio jurídico. A sua existência é constantemente analisada em hipóteses de destituição familiar. Nesses casos extremos, sem qualquer possibilidade de conciliação que resguarde os direitos da criança, “temos a ausência de afeto como parte de um conjunto de males causadores de verdadeira tortura ao filho abandonado” (ELAINE; CASTRO, 2007).

A tese do abandono moral, abandono afetivo ou abandono paterno-filial, também denominada de teoria do desamor, tem sido discutida amplamente pela doutrina brasileira. Há o entendimento de que o descumprimento desse dever de convivência familiar deve ser analisado pela seara do Direito de Família (LEVY, 2009).

Assim, defende-se o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que deixa de conviver com o filho não merece ter sobre ele o poder familiar. Não seria a indenização pecuniária que o faria agir diferente (LEVY, 2009). Entretanto, há quem entenda que a indenização poderia amenizar os danos causados pelo abandono afetivo. Crispino (2008) expressa que a

omissão injustificada de qualquer dos pais, no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos ou o seu proceder malicioso, de efeitos negativos, relegando descendentes ao abandono e ao desprezo, tem propiciado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade de cada cidadão. Todavia, a aceitação da responsabilidade civil, nas relações paterno-filiais, ainda é um assunto muito controvertido. São duas as principais correntes a tratar do assunto, a primeira sustenta uma postura de

isenção e imunidade dos pais no convívio familiar; já a segunda começa a se manifestar favoravelmente às reparações.

O abandono afetivo é um tema delicado, que envolve não somente direitos e deveres, mas questões morais e éticas. Os pais possuem, em relação aos filhos, o dever de sustento, de cuidado, de zelo, preservados pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, muitos casais, com a separação, põem fim também ao vínculo com os filhos podendo lhes causar um incontestável trauma de abandono (COSTA, 2009).

O abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, mas também de direitos, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas (LÔBO, 2008, p. 285).

O menor, como já observado, em fase de desenvolvimento físico e psicológico, encontra-se em situação de total dependência afetiva e material dos pais, que, por lei, devem cumprir essas obrigações, mas, quando não o fazem, torna-se possível a imposição de indenização, visto que a obrigação do afeto é essencial ao desenvolvimento da criança e do adolescente (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 96).

O abandono moral, configurado pela ausência, indiferença, falta de afeto e rejeição, começa a ser alvo de ações judiciais por parte de filhos que se sentem afetivamente desamparados (MALDONADO, 2008).

Percebe-se assim, que as indenizações por danos morais estão cada vez mais presentes em nossos tribunais e nas relações familiares. Tal modalidade de indenização se presta para compensar a vítima pelas ofensas sofridas e para inibir o ofensor, de modo que não mais pratique atos semelhantes (AMARAL, 2009).

O desamparo de crianças e adolescentes pode acarretar graves prejuízos, principalmente sob o aspecto psicológico. E por isso o Judiciário e muitos profissionais que nele atuam, passaram a entender que tais danos devem ser alvo de indenização. O pai deve arcar com sua conduta, compensando seus filhos, assumindo plenamente a paternidade responsável (AMARAL, 2009).

Costa (2009) expressa que:

A carência material pode ser superada com muito trabalho, muita dedicação do genitor que preserve a guarda do infante, mas a

carência de afeto corrói princípios, se estes não estão seguramente distintos na percepção da criança. É o afeto que delineia o caráter e, como é passível de entendimento coletivo, é a família estruturada que representa a base da sociedade. É comumente a falta de estrutura que conduz os homens aos desatinos criminosos, ao desequilíbrio social. Não que seja de extrema importância manter os pais dentro de casa, ou obrigá-los a amar ou a ter envolvimento afetivo contra sua própria natureza, mas é de fundamental valoração a manutenção dos vínculos com os filhos e a sua ausência pode desencadear prejuízos muitas vezes irreparáveis ao ser humano em constituição.

Azevedo (2004, p. 14) citado por Melo (2005) considera que o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa de severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar.

Tanto os pais quanto os cônjuges possuem deveres expostos na lei, logo, o descumprimento destes, sem dúvida, constitui ato ilícito. É reconhecido o dano nesses casos, pois não há como desconsiderar as mazelas trazidas pelo abandono afetivo em relação aos filhos (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 97).

Costa (2009) elucida que traumas e maus tratos, mais precisamente o trauma de abandono afetivo parental,

imprimem uma marca indelével no comportamento da criança ou do adolescente. É uma espera por alguém que nunca vem, é um aniversário sem um telefonema, são dias dos pais/mães em escolas sem a presença significativa deles, são anos sem contato algum, é a mais absoluta indiferença; podem-se relatar inúmeras formas de abandono moral e afetivo, e ainda assim, o ser humano continuará criando novas modalidades de traumas e vinganças pessoais, próprias de sua vida desprovida de perspectivas e responsabilidades.

Pereira (2008) citado por Freitas e Pellizzaro (2010, p. 97) informa que a condenação por danos morais, decorrente do abandono afetivo, não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpre essencial função na vida da prole.

Nesse ponto, encontra-se uma divisão doutrinária. Uma parte dos juristas acredita que não há no ordenamento jurídico previsão de obrigatoriedade da prestação de afeto. Acreditam estes que não pode a Lei obrigar o responsável a sentir afeto pelo filho, sendo impossível impor a manutenção de um laço sentimental já rompido. Em contrapartida, há aqueles que acreditam ser a afetividade dever dos pais, é extremamente importante a presença dos pais. Tal relacionamento, pautado

no amor, carinho, afeto é fundamental para o crescimento emocional da criança (DIAS; COSTA, s.d.).

3.2. A indenização perante a falta de afeto dos genitores para com os filhos

Por todo exposto, observamos que o afeto é um dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável da criança.

De fato, segundo Dias e Costa (s.d.) a lei não pode obrigar alguém a amar a outrem, “mas no caso dos ascendentes, o mínimo que se espera é a dedicação ao infante, fornecendo a base moral que para este é imprescindível.”

Assim, mesmo não que não haja o amor propriamente dito, deve haver a presença, o comparecimento. O abandono afetivo é controverso para a doutrina e jurisprudência, possuindo pessoas contra e a favor da indenização por este ato (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 98).

Respeitar a criança é não violar sua integridade psíquica e moral, para isto é obrigatória a presença do pai ou da mãe na sua formação e crescimento, evitando, assim, que esta ausência provoque um "constrangimento" (MALDONADO, 2008).

Atualmente, há o entendimento de que a responsabilidade civil é aplicada ao Direito de Família. Madaleno (2006, p. 159), citado por Diniz (2009), enfatiza que o direito de dano é aplicável ao Direito de Família, tendo por fundamento o abuso de direito que prevê o artigo 187 do Código Civil e não o ato ilícito.

A principal divergência entre as ações no Judiciário é o posicionamento acerca da possibilidade de indenização nas relações paterno-filiais.

Alguns doutrinadores que não concordam com a indenização nos casos de abandono afetivo expressam entre outras coisas, que o abalo psicológico pode ser desencadeado por outros fatores, que não a ausência paterna (LEÃO, 2006 *apud* DINIZ, 2009).

Nesse sentido, Calheira (2007) afirma que não há que se falar em dano, pois ninguém é obrigado a amar outrem. Nos dizeres da autora “o desamor e a frustração de uma expectativa de vida não são indenizáveis, decorrendo da própria natureza subjetiva do afeto que não é passível de mensuração.”

Leão (2006) citado por Diniz (2009) expressa que não há lógica em culpar alguém por não amar, pois não existe um dever geral de amar como um dever geral de cautela.

Como analisado no presente trabalho, a responsabilidade civil é composta pelos seguintes elementos: conduta, dano, nexo de causalidade e culpa. Para configuração do direito de indenizar devem estar presentes todos esses requisitos.

Calheira (2007) afirma ainda que para configurar a responsabilidade civil é necessário que haja o dano, a ilicitude e o nexo causal, e deixar de prestar carinho e afeto a outrem não é ato ilícito, conforme ressalta o autor. Dias (2006) citada por Calheira (2007) explicita que “a dor e a frustração mesmo se não são queridas, são previsíveis, lícitas e, portanto não indenizáveis.”

O pai, cumpridor dos deveres materiais, menospreza aquele que jamais deveria eximir-se do afeto causando angústia à criança. Se há dano e culpa, há o dever de reparar. Entretanto, é imprudente essa absorção plena do conflito familiar de natureza afetiva ao campo da responsabilidade civil, sob o risco de invasão dos limites do Direito de Família (ELAINE; CASTRO, 2007).

Muitos doutrinadores não acreditam que a falta de amor ou a omissão do cumprimento de deveres afetivos sejam suficiente para ensejar a indenização por dano moral. Eles afirmam que a condenação ao pagamento de uma indenização vai acabar, ainda mais, com a pouca relação existente entre pai e filho, ela nunca será capaz de restabelecer o afeto e o amor que faltavam antes (CRISPINO, 2008).

Crispino (2008) afirma que a “sentença pecuniária vai gerar um enorme ressentimento e, até mesmo, um rancor no progenitor, fazendo com que este sinta uma imensa repulsa pelo menor.”

Nas palavras de Pereira (2009) a argumentação contrária à indenização pelo abandono paterno diz que não se pode obrigar um pai a amar o seu filho e que isso seria a monetarização do afeto. O autor expressa que “realmente, o amor não tem preço e não há dinheiro que pague e apague a dor sofrida pelo abandono paterno.”

Esse posicionamento encontra assento na decisão do STJ de novembro de 2005 que consolidou o não cabimento de responsabilidade civil pela ausência de afeto do pai para com o filho. Uma sentença judicial não tem o condão de obrigar o pai a amar seu filho. No entanto, essa negativa de indenização “não

diminui a importância do afeto conferida na sociedade pós-moderna, apenas afere a este, efeito de ordem moral e não jurídica, representando o pensamento da maioria da doutrina e das Cortes de Justiça” (CALHEIRA, 2007).

O exercício da paternidade é uma obrigação jurídica, estabelecida na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Para aqueles que entendem que é cabível indenização nos casos de abandono afetivo, entendem que a indenização tem função reparatória e pedagógica (PEREIRA, 2009).

A criança não possui condições de tomar decisões ou de reger os seus interesses, portanto, sendo o poder familiar um instituto de proteção, cabe aos pais desempenhar esse papel (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 99).

Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpra os deveres inerentes ao poder familiar.

Pois, “afinal, se uma criança veio ao mundo, desejada ou não, os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha, consciente ou não, lhes demanda (TEIXEIRA, 2005, p. 156, *apud* LÔBO, 2008, p. 285).

Como visto, o amor representa elemento indispensável e imprescindível para a formação, desenvolvimento e o aperfeiçoamento do princípio da dignidade humana. Para alcançar o pleno desenvolvimento, que tem início na infância, não resta dúvida que esta fase da vida deve ser protegida e amparada, “em especial pelos agentes do direito, para se permitir o avanço de etapas e a conquista da pessoa como fim em si mesma e como ser independente” (ANGELUCI, 2006).

Pereira (2009) afirma que o afeto não é apenas um sentimento. É também uma ação em relação aos filhos. A reparação civil ou a indenização vem exatamente contemplar aquilo que não se pode obrigar. Dizer que não cabe reparação civil pelo abandono afetivo é “o mesmo que desresponsabilizar os pais pela criação e educação de seus filhos.”

O genitor que abandona moralmente o seu filho está infringindo o artigo 5º da Lei 8.069/90, porque estará sendo negligente na sua função natural e de livre escolha, por uma omissão, negando ao filho, um direito fundamental da criança que é o de ser assistida e ter convivência com sua família (MALDONADO, 2008).

Hironaka (2006, p. 144) citada por Maldonado (2008) elucida que considera imprescindível que se busque estabelecer certos limites ao dever de indenizar decorrente de suposto abandono afetivo, sob pena de se assistir à instalação de verdadeira indústria indenizatória do afeto.

Nas palavras de Diniz (2009) é interessante observar o que seria protegido com a responsabilização pelo abandono afetivo. Segundo a autora, a doutrina que admite a possibilidade de responsabilização não encontra consenso.

Maldonado (2008) expressa que a ação por danos morais é cabível em face do pai ou da mãe, tendo em vista que é "um direito ser criado e educado no seio da sua família... assegurada a convivência familiar" onde tudo isto é absolutamente possível, mesmo que os pais estejam separados e habitando em residências diferentes.

Dassi (2006 *apud* DINIZ, 2009) considera a indenização pecuniária uma forma de desestimular outros pais a abandonarem seus filhos afetivamente. Em contrapartida,

Moraes (2005, p. 59) defende que a reparação teria o caráter de reparar o dano sofrido pelo filho, não podendo ter função punitiva. Em uma terceira opinião, expõe Santos (2006) que a indenização teria o caráter compensatório, punitivo e dissuasório. De forma mais moderada, assevera Costa (2005, p.37) que a indenização deveria existir para pagar o tratamento psicológico daquele que sofreu o dano até a sua recuperação, sendo a reparação em dinheiro aconselhável apenas quando ficasse configurado que o tratamento já não seria mais eficaz.

Dias e Costa (s.d.) afirma que na hipótese de abandono afetivo, a indenização deve ser fixada ainda que esta seja uma tarefa de difícil execução. Essa fixação pode ser orientada por alguns critérios doutrinários, como o cuidado em não permitir que a reparação seja meramente simbólica; evitar o enriquecimento ilícito; e ainda "observar casos semelhantes na jurisprudência; atender ao "prazer compensatório" dado à vítima; analisar a gravidade do caso em tela, buscando sempre a efetivação da justiça, etc."

O assunto acerca da possibilidade de indenização pelo abandono afetivo é extremamente complexo e muito delicado e tem dividido opiniões de psicólogos e juristas. Se por um lado os filhos têm razão em reclamar da atitude dos pais, é preciso ter cuidado para que a Justiça não seja usada, por raiva ou mágoa, como instrumento do capricho ou da vingança dos filhos e do outro genitor porque as coisas não são exatamente como gostariam que fossem (MALDONADO, 2008).

Pelo estudo realizado, pode-se perceber que a maioria da doutrina tende a admitir a responsabilização civil dos pais nos casos de abandono afetivo,

contudo, divergindo em diversos pontos, longe de haver uma posição consolidada, haja vista os cuidados que o assunto enseja (DINIZ, 2009).

3.3. Aspectos jurisprudenciais acerca do abandono afetivo

Primeiramente ressalta-se que as normas legais precisam se adequar aos princípios e às garantias que identificam a vontade do povo. O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito.

Em fevereiro de 2011, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi proferido o acórdão para a Apelação Cível Nº 70039266200, pela Oitava Câmara Cível com os seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHA RECONHECIDA POR ESCRITURA PÚBLICA. ABANDONO AFETIVO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E NÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO DELIBERADA DO PAI.

Evidenciado que o dano psíquico experimentado pela filha decorre muito mais das circunstâncias em que foi concebida e posteriormente reconhecida que de eventual ação ou omissão deliberada do pai, não ocorre a obrigação de indenizar por abandono afetivo.

A relação paterno-filial, do ponto de vista psíquico, não surge de meros documentos e formalidades, mas é construída ao longo do tempo, quando há efetiva boa vontade em se promover a aproximação de pai e filho, despojada de mágoas e centrada exclusivamente no bem estar emocional do envolvidos. O conceito de pai pressupõe um dado socioafetivo constituído na convivência, e não é uma mera decorrência do vínculo genético reconhecido na sentença, que simplesmente atribui a alguém a condição de genitor. *NEGARAM PROVIMENTO*. (Apelação Cível Nº 70039266200, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011)

Trata-se de recurso de apelação interposto por uma filha irredimida com sentença que julgou improcedente seu pedido de indenização por danos morais em razão de abandono afetivo formulado em face do seu pai.

O relator Luiz Felipe Brasil Santos em seu voto afirmou que não há como dar trânsito ao pleito, devendo ser ratificada a sentença apelada. E tanto porque, do cotejo entre a narrativa da inicial com a prova carreada aos autos, não se

detecta na conduta do apelado ação ou omissão que tenha causado dano ou sofrimento indenizável à insurgente.

Antes de mais nada, importante o registro de que a responsabilidade civil é possível de ser apurada no âmbito do Direito de Família, ocorre, porém, que, no caso, embora seja plausível que a apelante tenha sofrido por longos anos com ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar.

Os danos que certamente restaram no psiquismo da apelante não podem ser reparados com indenização financeira, mas com a efetiva busca de aproximação com este pai, para que, ainda que tardiamente, possam construir uma verdadeira relação pai e filha, fundada no afeto, e que só é possível com boa vontade de ambas as partes, sem resistências imotivadas, ou motivadas por interesses pecuniários que certamente não privilegiam o bem estar de ninguém. Sendo assim, negaram provimento.

A fim de exemplificar ainda mais, trazemos Acórdão do Tribunal de Minas Gerais (nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Cível, que dispôs:

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.

No caso em tela, após separação do casal, a guarda do filho ficou incumbida à mãe. O pai, a despeito de estar sempre atendendo à obrigação de prestar alimentos, ficou completamente ausente da vida do infante, apesar dos clamores efetuados por este último. O pai julgando estar cumprindo com todos os seus deveres ao prestar a assistência material, apenas ignorava. Todavia, o comportamento do genitor trouxe ao filho consequências danosas consideráveis, especialmente no sentido moral e psíquico.

Esse caso foi rejeitado na primeira instância, com a reforma da sentença em recurso de apelação, pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, à unanimidade dos votos, culminando com a reforma pela Corte Especial (ANGELUCI, 2006).

Merece destaque o voto proferido pelo Juiz Relator e acompanhado por todos os julgadores do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em especial quando afirma:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.[...] Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue (Apelação Cível nº 408.550-5 – MG).

O relator afirma ainda que assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (Apelação Cível nº 408.550-5 – MG).

Finalmente conclui o relator pela existência do dano “em relação à sua dignidade” e a “conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos”, fixando a indenização no valor equivalente a duzentos salários mínimos (Apelação Cível nº 408.550-5 – MG) (ANGELUCI, 2006).

Houve então, Recurso Especial, contra o acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais para o Superior Tribunal de Justiça, recurso conhecido e provido pela Quarta Turma, afastando a obrigação de indenizar, por maioria de votos, com a seguinte ementa:

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. nº 757.411-MG).

Em elaborado voto, o Ministro Fernando Gonçalves, relator do processo, conheceu do Recurso Especial e lhe negou provimento, afastando a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.

Entretanto, há diversas decisões em contrário, em 2003, no Rio Grande do Sul, o juiz condenou um pai a pagar 200 salários mínimos à filha porque a educação abrange não somente a escolaridade, mas também “a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-affirme”. A sentença transitou em julgado, por ter havido revelia (LÔBO, 2008, p. 284).

Outra decisão contra a possibilidade de indenização por abandono afetivo, do Rio Grande do Sul, em 2010, como exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO MORAL. ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. A pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Não se pode responsabilizar o genitor, por abandono material e afetivo, se este ao menos conhecia de sua condição paterna. Apelação desprovida, de plano. (apelação cível nº 70037125168, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'agnol, julgado em 02/09/2010).

Trata-se, de recurso de apelação interposto nos autos da ação investigatória de paternidade com pedido de indenização moral. Julgou improcedente o pedido indenizatório, tendo em vista a ausência de dano à apelante, bem como de culpa na conduta do genitor, uma vez que não conhecia da paternidade até o ajuizamento da presente demanda. Em relação à paternidade, homologou acordo entre as partes, firmado com base no resultado positivo do exame de DNA.

Em suas razões a apelante demonstrou inconformidade com o indeferimento da indenização pleiteada, aduzindo que o apelado nunca procurou saber da filha ou qualquer informação sobre ela, deixando-a desamparada, tanto de assistência material como afetiva.

No voto de decisão o Juiz Relator afirmou que tendo em vista os pressupostos da responsabilidade civil, cabe ressaltar a necessidade da prática do ato ilícito, para a configuração da obrigação de indenizar por dano moral, sendo a ausência paterna impossível de ser reparada pecuniariamente.

De acordo com o relator não há como imputar ao pai biológico ônus anterior ao reconhecimento da paternidade, de forma que não se pode exigir que esse indenize pelos dissabores e privações sofridas na condição de filho em virtude de sua ausência enquanto não conhecida a relação parental.

É importante ressaltar que há sólidas opiniões no sentido de que a guarda compartilhada possa ser o remédio para uma melhor convivência dos filhos com os seus genitores, principalmente em face de separação do casal. Desse modo, acredita-se que ela iria contribuir para evitar o distanciamento dos filhos em relação aos pais, vindo a preservar a criança, não ficando privada da atenção, carinho e amor que tem direito de receber de ambos os pais (MELO, 2005).

Pelo exposto, durante o presente trabalho, percebemos que grande é a discussão acerca da possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, sendo tal assunto muito discutido pelos doutrinadores e jurisprudência.

Entende-se que existe sim a possibilidade dos pais terem que indenizar os filhos, desde que presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

É evidente que os danos causados às crianças pelo abandono afetivo de um dos pais são inúmeros, ferindo direitos fundamentais destes. Apesar disso, muitos doutrinadores e operadores do direito são contra a indenização pelo abandono, por considerar que assim estaria monetarizando o afeto.

Em contrapartida, a família é fundamental para a boa formação do indivíduo, e está baseada no afeto, assim, muitos estudiosos afirmam que o dever de indenizar pelo abandono afetivo está presente no nosso ordenamento jurídico e deve ser pautados na legislação existente acerca da responsabilidade civil. Entende-se que com a indenização irá diminuir os efeitos do abandono na criança e servirá como uma forma de se evitar que tais atos se repitam, servindo de exemplo para toda a convivência em sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se perceber, no decorrer deste trabalho, que começaram a ser submetidas à jurisdição brasileira demandas objetivando indenizações a favor de filhos que possam ter sofrido danos morais em razão da falta de afeto pelos pais.

Ressalta-se que o surgimento da figura do abandono afetivo está relacionado com a valorização do afeto nas relações familiares. As alterações pelas quais passou a família contemporânea e que ainda atravessa, deixam o quadro ainda mais complexo e delicado, dada à necessidade de ajustes e acertos sociais.

O Direito de Família passou de uma era conservadora a um cenário no qual a preocupação com os direitos inerentes a cada ser humano assume papel fundamental entre as pessoas.

O fundamento do dever de indenizar o abandono afetivo de um filho demanda uma reflexão pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e no desenvolvimento adequado dos filhos. Neste aspecto, o estudioso do direito deve ficar atento à discussão da afetividade inerente à família atual. A condenação pelo desamor, especificamente, quando causou prejuízo manifesto à dignidade da pessoa, pela aplicação dos princípios da responsabilidade civil, se mostra como melhor alternativa para o aperfeiçoamento dos princípios do Direito de Família, com o compromisso e respeito à Justiça.

O fato de não haver amor do pai pelo seu filho não retira daquele o dever de prestar convivência familiar e de respeito. Isso porque, uma vez considerado como um direito de qualquer ser humano e ao mesmo tempo um dever dos pais em relação aos filhos, a lesão é capaz de ensejar indenização.

Entretanto, durante o presente trabalho podemos perceber que há entendimentos contrários, afirmando que o afeto não pode ser objeto de uma ação. Isso porque, não se pode simplesmente valorar o amor, como moeda de troca, banalizando sua importância.

A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo tem como argumento que não se pode obrigar um pai a amar o seu filho, pois isso significaria a monetarização do afeto, até porque o amor não tem preço. A ausência e a omissão de afeto não configuram nenhuma espécie de ilícito que possa dar ensejo ao dever de indenizar. Ninguém é obrigado a amar outrem, ainda que entre eles existam laços de consanguinidade.

Por outro lado, se o ordenamento garante o direito da criança à convivência familiar e ela não recebe amor dos pais, significa dizer que em última

análise, o seu direito a conviver em família não se concretizou, ainda que haja a presença física desses pais.

Apesar da existência de discussão acerca do dever de indenizar pelo abandono afetivo, as necessidades de mudanças no ordenamento jurídico fizeram crescer a idéia de que a indenização irá diminuir os efeitos do abandono na criança e servirá como garantia dos direitos destas e aplicação dos princípios do Direito de Família.

Concluimos que a possibilidade de responsabilizar o pai faltante com seus deveres é uma forma de desestimular a prática do abandono afetivo em outros pais, além de gerar um dever de restauração no genitor diante do que foi perdido pelo filho.

Afinal, é evidente que é dever dos pais a criação, educação e convivência, resultando ato ilícito o seu descumprimento. Sei que a condenação não irá abonar o trauma e decepção gerados no filho abandonado afetivamente, porque eles são inestimáveis; mas acredito que ao não condenar estes pais faltantes, pode-se contribuir com o aumento de casos em que os filhos são deixados de lado. Acredito, sim, que o afeto, carinho, dedicação, amor e educação de pais que desempenham o verdadeiro papel de pai e educador são de extrema importância na vida do ser humano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *Um pai pode ser obrigado a amar o seu filho?* Revista Consultor Jurídico. out. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-21/pai-obrigado-judiciario-amor-filho>. Acesso em: 08/02/2011.

ANGELUCI, Cleber Afonso. *Abandono Afetivo*: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.4, nº 165. fev. 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina>. Acesso em: 16/03/2011.

_____. *Amor tem preço?* Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.4, nº 178. maio 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1283>. Acesso em: 17/03/2011.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. *Dano moral*: valoração do quantum e razoabilidade objetiva. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.3, nº 129. Jun.2005.

BRANDÃO, Eduardo Ponte. *Psicologia Jurídica no Brasil*: Coleção Ensino da Psicologia; -2 edição NAU Editora, Rio de Janeiro, 2005.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito de Família*. São Paulo: Red. Livros Editora e Distribuidora, 2001.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco B. *Afetividade como fundamento na parentalidade responsável*. nov. 2009. Disponível em: <http://pais-para-sempre.blogspot.com/2009/11/afetividade-como-fundamento-na.html>. Acesso em: 17/05/2011.

CALHEIRA, Luana Silva. *Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto*: o afeto é juridicizado através dos princípios? Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.5, nº 229. maio 2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1791>. Acesso em: 16/03/2011.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental*: A traição do dever do apoio moral. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2017, 8 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12159>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

COSTANZE, Bueno Advogados. *Danos morais no Direito de Família*. Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos, 01.10.2007. Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=433&Itemid=80. Acesso em: 15/03/2011.

CRISPINO, Isabela. *Dever de indenizar por abandono afetivo*. fev. 2008. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 20/03/2010.

DIAS, Bianca Gabriela Cardoso; COSTA, Maria da Fé da. *Abandono afetivo nas novas ordens constitucional e civil*: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. s.d. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/maria_da_fe_bezerra_da_costa.pdf. Acesso em: 02/02/2010.

DIAS, Caroline Said. *Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10,

n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6301>. Acesso em: 20/03/2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*; - 7. ed. ver. , atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Família homoafetiva*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINIZ, Danielle Alheiros. *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12987>. Acesso em: 25 mar. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: volume 7: responsabilidade civil ; 23 ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

ELAINE, Isabel; CASTRO, Leonardo. *Indenização por abandono afetivo não aproxima pais e filhos*. Revista Consultor Jurídico. dez.2007. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-dez-06/punir_abandono_afetivo_nao_apro. Acesso em: 16/03/2011.

FIÚZA, César. *Direito civil*: curso completo. -12. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação Parental*: comentários á Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GABRIEL, Sérgio. *O papel dos princípios no Direito brasileiro e os princípios constitucionais*. Revista Jus Vigilantibus. nov. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/29789/2>. Acesso em: 02/02/2011.

GARCIA, Fábio Bittencourt. *Breves considerações acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.5, nº197. set.2006.

GOMES, Daniele. *Abandono Afetivo* – descumprimento do artigo 227 da CF/88. nov. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3000/>. Acesso em: 25/03/2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938 – *Direito civil brasileiro*, volume IV: responsabilidade civil. – 4. ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2009.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. 12. ed. –São Paulo: Atlas, 2010.

LAGRASTA, Caetano. *Dano Moral no direito de família*. Revista do Advogado, ano XXVII, n. 91, maio de 2007, p.28/29.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *A responsabilidade civil e os danos indenizáveis*. Revista Consultor Jurídico. set.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>. Acesso em: 10/02/2011.

LEVY, Laura Affonso da Costa. *Abandono afetivo e responsabilidade civil: utilizar com moderação*. Revista Jus Vigilantibus. jun.2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/41013>. Acesso em: 12/02/2011.

LIMA, Renata. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. fev. 2009. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/14076/#ixzz1nec5hcz>. Acesso em: 17/05/2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva; 2008.

MAIA, Bruno Landim. *Princípios constitucionais do Direito de Família*. nov.2007. Disponível em: <http://www.webartigos.com>. Acesso em: 23/02/2011.

MALDONADO, Gisela. *Indenização por abandono moral não deve servir como vingança*. Revista Consultor Jurídico. Nov.2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-13/indenizacao_abandono_moral_na. Acesso em: 16/03/2011.

MEIRA, Fernanda de Melo. *A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. *Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.3, nº114. 2005. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=512>. Acesso em: 16/03/2011.

MOREIRA, Danielle. *Responsabilidade Civil*. Set.2009. Disponível em: <http://megacontador.com.br/responsabilidade-civil.html>. Acesso em: 08/02/2011.

MOURA, Daniele Gomes de. *Abandono afetivo: descumprimento do dever de convivência previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988*. dez.2006. Disponível em: <http://www.abdir.com.br>. Acesso em: 20/03/2011.

NASSRALLA, Samir Nicolau. *Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2577, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17029>. Acesso em: 25 mar. 2011.

OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Do Direito de Família*. In: DIAS, Maria Berenice. Direito de família e o novo Código Civil. 4 ed. Ver. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito da Família*: Belo Horizonte: Del Rey, 2006. *STF decide se falta de afeto paterno gera dano*. Revista Consultor Jurídico. out.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10/03/2011.

SANTANA, Washington. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*: Estudo acerca da responsabilidade civil à luz do Novo Código Civil Brasileiro. Dez.2002. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9>. Acesso em: 02/02/2011.

SILVA, Ana Paula Pinto da Silva. *O Dano Moral no Direito de Família*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.5, nº 201. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1614>. Acesso em: 16/03/2011.

SILVA, Priscilla Menezes. *A amplitude da responsabilidade familiar*: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência. jun.2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em: 20/03/2011.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2 : direito das obrigações e responsabilidade civil ; 3.ed. – São Paulo : Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TARTUCE, Fernanda; SARTORI, Fernando. *Como se preparar para o exame da Ordem*, 1. fase : Civil, coordenação Valedir Ribeiro Santos. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. – 6. ed. – São Paulo : Atlas, 2006. – (Coleção direito civil; v. 6)

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. *Responsabilidade Civil Parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VIDAL, Marcio Rossi. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. jan.2006. Disponível em: http://www.vidaladvogados.com.br/news/noticia_det.asp?id=59. Acesso em: 01/03/2011.

ZEFERINO, Fernando Henrique dos Santos. *A utilização dos critérios pertinentes a valoração do dano moral*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.3, nº130. Jun.2005.

Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=674>. Acesso em: 25/03/2011.