



Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves

Mariana Lopes Reis

**POSSIBILIDADE DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NAS
RELAÇÕES FAMILIARES**

São João del Rei

2014

MARIANA LOPES REIS

POSSIBILIDADE DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN - como requisito parcial à obtenção de título de Graduada, sob orientação do Professor Eps. Welinton Augusto Ribeiro.

São João del Rei

2014

MARIANA LOPES REIS

POSSIBILIDADE DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN - como requisito parcial à obtenção de título de Graduada.

BANCA EXAMINADORA

**ORIENTADOR:
WELINTON AUGUSTO RIBEIRO**

**EXAMINADOR:
SÉRGIO LEONARDO M. MONTEIRO**

**EXAMINADOR:
KARIN C. MAGNAN MIYAHIRA**

AGRADECIMENTOS

À minha família, por me ensinarem o verdadeiro sentido de afeto, mesmo muitos distantes.

Ao meu noivo, por realizar o meu sonho em ter a minha própria família.

À Vara de Família, que me proporcionou tantas experiências e contribuiu no meu crescimento acadêmico.

Aos amigos de faculdade e professores que são a família que eu escolhi nesta jornada de cinco anos.

Ao meu grandioso Deus, meu Pai do céu que nunca me abandonou, muito obrigada!

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo apresentar a questão controvertida acerca da possibilidade do dano moral por abandono afetivo nas relações familiares. Através da caracterização da responsabilidade civil será analisado o dano causado ao filho e a forma de compensação pelo dever descumprido inerente ao poder familiar e ao princípio da paternidade responsável. Ressalta-se a peculiaridade da relação paterno-filial, considerando as mudanças ocorridas na instituição familiar ao longo do tempo e por envolver sentimento de foro íntimo de seus integrantes, capazes de influenciar no desenvolvimento e na formação do caráter das crianças. Conclui-se que o dano moral nas relações familiares é totalmente possível, não podendo ficar impune a omissão exercida pelos pais com relação aos filhos, sendo direito da criança e do adolescente o convívio familiar. Os princípios constitucionais garantem esse convívio, juntamente com o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao final, analisa-se a controvérsia jurisprudencial, exatamente sobre a questão da monetarização do afeto, e o que se pode perceber é a frequência cada vez maior de decisões favoráveis à fixação do dano moral como forma de compensação aos danos causados pelo abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Moral. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Afeto. Dever. Relações Familiares. Dignidade da Pessoa Humana

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	10
1.1 Conceito de Família	10
1.1.1 Do casamento.....	12
1.1.2 União estável como entidade familiar	13
1.1.3 Família monoparental	15
1.2 Poder familiar	16
1.2.1 Características.....	17
1.2.2 Titularidade	18
1.2.3 Destituição do poder familiar	19
1.3 Princípios e direitos constitucionais embasadores do Direito de Família	21
1.3.1 Princípio da dignidade da Pessoa Humana	22
1.3.2 Princípio da afetividade.....	24
1.3.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	25
1.3.4. Princípio da Paternidade Responsável	26
2. RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL.....	28
2.1 Responsabilidade Civil	28
2.1.1 Dever jurídico.....	29
2.1.2 Obrigação de indenizar	30
2.2 Elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil	31
2.2.1 Conduta	32
2.2.2 Dano	33

2.2.3 Nexô de causalidade entre conduta e dano.....	33
2.2.4 Culpa como elemento essencial	34
2.3 Dano moral nas relações familiares	34
2.3.1 Comprovação do dano.....	38
2.3.2 Quantum reparatório	40
3. DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	42
3.1 Abandono afetivo	42
3.1.1 Dever de cuidar – Projeto Lei nº 700 de 2007	44
3.1.2 Afeto como bem jurídico tutelado – Projeto Lei nº 4.294 de 2008.....	46
3.2 Função pedagógica da sentença.....	48
3.3 Consequências do abandono afetivo.....	50
3.4 Possibilidade do dano moral por abandono afetivo - Decisões jurisprudenciais acerca da sua caracterização	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, foram inúmeras as mudanças do cenário familiar, principalmente no que diz respeito ao próprio conceito de família. Antes, a família era caracterizada por ser um modelo patriarcal, onde o homem comandava o núcleo e a mulher era tida como um ser inferior, devendo obediência. Hoje, não só temos a mulher como uma aliada do homem no sustento da casa como existem muitos lares em que somente a mulher exerce o papel de “chefe”. Dissertar sobre a instituição família não é nada fácil, uma vez que envolve questões muito subjetivas, questões de foro íntimo de seus integrantes, e este trabalho abordará questão muito debatida nos dias atuais, tanto entre doutrinadores quanto nas jurisprudências, qual seja, a possibilidade de dano moral por abandono afetivo.

A constituição Federal de 1988 passou a dar maior importância aos assuntos relacionados à família, assim como o Código Civil, face a nova roupagem assumida por esta instituição, principalmente no que diz respeito a condição especial da criança e do adolescente, garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em que os filhos adquiriram força para lutar pelo seu alimento da alma, o afeto. A grande questão a que se chega é se o pleito do dano moral entre familiares negaria a natureza da instituição família, já que envolve a questão do afeto ser algo espontâneo, não podendo ninguém ser forçado a senti-lo. Ainda, o sentido da palavra “moral”, o que seria efetivamente a moral para um e para outro, bem como o que representa a família para cada um dos integrantes.

O presente trabalho tem por objetivo trazer a vertente do direito de família, especificamente o do dano moral e correlacioná-lo aos assuntos referentes ao direito da criança e o dever dos pais de cuidar. Para isso, no primeiro capítulo se faz necessária a análise das formas de entidades aceitas atualmente. Abordaremos o aspecto do poder familiar, relacionando com os princípios constitucionais embasadores do direito de família, como o macroprincípio da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável, entre outros, mostrando o quanto as transformações da família fizeram

com que o núcleo deixasse de lado o caráter biológico para colocar em primeiro plano o afeto, o cuidado e o dever de convivência. Será mostrado, assim, o quanto o papel dos pais é importante na vida dos filhos, uma vez que ao se unirem na forma mais íntima de amor, assumiram o risco de colocar no mundo um novo ser, e com essa atitude advém a responsabilidade não só material, mas também moral, social e afetiva.

Neste sentido, o Estado se torna obrigado a intervir e punir efetivamente o descumprimento desta responsabilidade. O segundo capítulo analisa os mecanismos da Responsabilidade Civil, onde a questão da reparação se confronta com a monetarização do sentimento. Assim, analisaremos o dever jurídico e a obrigação de indenizar quando este dever jurídico for descumprido. Observaremos a existência de uma conduta culposa (abandono) e um dano causado (consequência sofrida pela criança), bem como um nexo de causalidade entre ambos, que são os elementos caracterizadores da responsabilidade civil. A partir destes elementos, veremos o dano moral, assunto específico deste trabalho, como forma pedagógica de sanção.

Mas, afinal, o afeto poderia ser substituído pela indenização monetária? Será mesmo que a questão é essa? O assunto é muito complexo, pois trata do íntimo das pessoas. Hoje, o afeto se tornou um bem jurídico tutelado, porém, o momento do abandono ainda é assunto muito controvertido. No terceiro capítulo, veremos a justificativa do Senador Marcelo Crivella, ao elaborar Projeto Lei do Senado nº 700/2007 para que o abandono moral seja considerado ilícito civil e penal, não no sentido de impor o afeto através da legislação, mas sim, esclarecer o sentido do dever dos pais de cuidar. Da mesma forma, analisaremos o Projeto Lei nº 4.294 de 2008, que visa a inclusão do parágrafo único no artigo 1.632 da Lei 10.406/2002. Por fim, faremos a análise jurisprudencial, demonstrando o quanto ainda há divergências sobre o tema em comento.

1. FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Dissertar sobre a família não é tarefa fácil, uma vez que a família do século XXI está totalmente modificada do conceito de alguns anos atrás. Outro aspecto que torna o tema delicado é a questão do sentimento face às relações familiares, principalmente no que tange a relação paterno filial, que será o assunto principal desta pesquisa.

Diante de tantas modificações no que diz respeito ao núcleo familiar, a que mais nos chama atenção é a mudança no papel que cada membro representa. Por exemplo, é muito comum vermos os filhos mais velhos assumindo o papel dos pais na criação dos irmãos mais novos, assim como a mãe assumir o papel de chefe de família. Avançamos tanto que hoje se tornou comum a união familiar entre pessoas do mesmo sexo.

Ao estudarmos o Direito de Família estamos examinando a vida de cada uma das pessoas que compõem o núcleo familiar, onde estas pessoas se veem ligadas umas nas outras por um vínculo consanguíneo ou por afinidade que os une por toda sua existência. Assim, a família constitui a base do Estado, sofrendo grandes transformações nos últimos tempos, o que nos leva a refletir sobre as consequências na vida de todos os seus integrantes, principalmente aos filhos, que será o aspecto mais aprofundado nesta pesquisa.

1.1 Conceito de Família

O Código Civil reservou uma parte especialmente para tratar da família, abordando todos os seus aspectos, como o casamento, a união estável, a sua dissolução, as relações de parentesco, aspectos patrimoniais, alimentos, entre outros. A Constituição Federal, em seu capítulo VII, aborda questões sobre a família, onde o Estado garante a sua proteção. Fala-se em entidade familiar.

Segundo o artigo 226, é reconhecida como entidade familiar a união entre homem e mulher e, ainda, a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, §4º, CF).

Todos os parentes de uma pessoa, principalmente, aqueles que moram juntos em um mesmo lar, o conjunto formado por pais e filhos, e, ainda, o conjunto formado por duas pessoas ligadas pelo casamento e pelos eventuais descendentes, definem, de uma forma geral, o que é a instituição família.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.17) diz que “o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”.

Neste mesmo sentido, Beviláqua (1976, p. 16 *apud* PEREIRA, 2012, p.1), definia família como sendo:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Independentemente do conceito que se dê à entidade familiar, é pensamento unânime entre doutrinadores o fato de que a família, como instituição base do Estado, não é mais uma instituição singular, e sim plural. Com o advento do texto constitucional de 1988, nasceu uma nova fase do direito de família, fazendo parte o casamento de “um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família” (PEREIRA, 2012, p. 3).

Há algum tempo, ao ser abordado as questões familiares, se tinha a referência daquela família constituída através do casamento. Assim, por muito tempo, o estudo das relações familiares esteve muito ligado ao surgimento do casamento, sendo oficializado pela lei (civil) ou pela religião (religioso). Hoje encontramos defesas a cerca do surgimento da família de uma forma muito variada, principalmente com a permissão legal do casamento homoafetivo, da união estável como forma de instituição familiar, bem como a adoção apenas pela mulher, ou pelo homem.

É através desta variedade de formas de se instituir família que, hoje, podemos falar de seus inúmeros aspectos.

1.1.1 Do casamento

A primeira forma existente de se constituir família, que segundo a definição de Beviláqua (s.d., p. 46, apud, Gonçalves, 2013, p.39), casamento seria um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e, comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer. Já Pontes de Miranda define o casamento, de forma bem simplificada, como sendo o contrato de direitos de família que regula a união entre marido e mulher (s.d, p. 93, apud, Gonçalves, 2013, p.40).

Independentemente de como seja a sua definição, o casamento possui natureza jurídica de contrato, porém um contrato especial de direito de família, pois muito mais que um contrato puramente patrimonial, o casamento envolve interesses morais, pessoais e principalmente estabelece comunhão plena de vida entre os cônjuges, como alude o artigo 1.511 do Código Civil. Assim, pode-se dizer que o casamento possui características básicas como ser ato solene, representando união permanente com total liberdade de escolha dos nubentes, hoje não mais se exigindo a diversidade de sexos, pois, a partir do reconhecimento pelo STF da união homoafetiva, tem-se afastado este requisito.

Os objetivos e a finalidade do casamento é a procriação, a educação dos filhos, a satisfação sexual, aliados a atribuição do nome de um dos cônjuges ao outro e o de ambos aos filhos, a legalização de estados de fato e, acima de tudo, o sentimento entre duas pessoas, ou mais, quando advêm os filhos, que conjugam suas vidas tão intimamente que as torna cônjuges de patrimônio moral e patrimonial, transformando a relação em afeto conjugal.

1.1.2 União estável como entidade familiar

Há muito tempo denominada concubinato, a união estável, hoje, caracteriza a convivência pública e duradoura, de forma contínua, estabelecida de forma a constituir família, entre um homem e uma mulher. Assim é conceituada de acordo com o art. 1.723 do Código Civil.

A união estável, como conhecida atualmente, ganhou nova roupagem. Assim, o art. 226, §3º, da Constituição Federal, diz que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Assim como no casamento convencional, mencionado no tópico anterior, a união estável prevê todas as obrigações pertinentes ao convívio do casal, como lealdade e respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, sendo essas obrigações recíprocas. Além do mais, para se caracterizar uma união estável é necessário que tenha os elementos enumerados pelo art.1.723, quais sejam: convivência pública, duradoura, de forma contínua, com objetivo de constituir família. O Estado tem a mesma obrigação de proteger a união estável, assim como o faz no casamento, e facilitar a conversão da família convivencial em casamento não pode significar a atribuição de graus hierárquicos entre entidades. Assim, não seria o objetivo criar uma família de primeiro grau (que seria o casamento) e uma de segundo grau (que seria a união estável).

Assunto muito discutido atualmente é a questão da relação homoafetiva como união estável, onde doutrinadores renomados entendem que as uniões homossexuais se mantêm na esfera do direito puramente obrigacional, caracterizando mera sociedade de fato. Em contrapartida, há quem entenda que as relações homoafetivas devem ser tratadas de forma igualitária às uniões estáveis entre casais de gêneros distintos, no intuito de enquadrar tais relações no conceito abrangente de entidade familiar, aplicando-se o instituto da analogia. O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADPF 132 e ADI 4.277, diz que:

Embora a união estável entre casais do mesmo sexo não esteja expressamente prevista no art. 226 da CF, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna

legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Ressalta o ministro que a intenção é reconhecer a união homoafetiva estável, e não qualquer união entre pessoas do mesmo sexo, “mediante um processo de integração analógica” e não como uma forma de se estender a interpretação do §3º do art. 226. O direito de família tutela as relações familiares como um todo, não excluindo pessoas *sui generis*. A orientação sexual das pessoas não pode ser fator limitante de direitos, assim como não o é de obrigações.

Considerando a decisão do STF neste sentido, o CNJ, na resolução nº 175, dispos sobre a vedação da recusa por parte dos cartórios de habilitar, celebrar casamento civil, ou converter a união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O casamento, a união estável, ou qualquer outra forma de constituição de família, está sempre fundada na mesma base sólida, qual seja, o afeto. Em um ambiente onde é possível determinar, com clareza, a existência do afeto, conseguimos visualizar o essencial para a formação de uma família. Maria Berenice Dias ainda se manifesta dizendo “que o mais precioso princípio é o da dignidade da pessoa humana. [...] Assim, duas pessoas unidas com o objetivo de constituir publicamente uma família e mutuamente proverem assistência moral, afetiva e patrimonial, constituem uma entidade familiar, sejam elas do mesmo sexo ou não” (DIAS, 2011, p.127 *apud* PEREIRA, 2012, p. 43).

O papel do Estado é tutelar as famílias que se formam naturalmente, não competindo a ninguém estabelecer ou criar fenômenos familiares. Ao casal que contrai união estável, não se pode implicar a aquisição de mais ou menos garantias. Como visto, há proteção da entidade familiar contraída pela união estável, sendo função primordial do Estado garantir a proteção da família através de qualquer forma que ela se constitua.

Welter (s.d., p. 37, *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 279) diz que:

Há necessidade de se afastar a baixa constitucionalidade, que insiste em desigualar os que vivem em igualdade de condições, ao não reconhecer a igualdade entre casamento e união estável. Há de compreender que a Constituição ainda constitui, não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional pelos profetas da conservação.

Portanto, a união estável como entidade familiar, independente se formada por pessoas do mesmo gênero ou de gêneros diversos, atualmente é aceita e protegida pelo ordenamento, nas suas peculiaridades.

1.1.3 Família monoparental

A CF, em seu art. 226, § 4º, estabelece outra forma de constituição de família, a chamada família monoparental. Família monoparental é aquela em que se configura um pai ou uma mãe, com seus descendentes. São as pessoas divorciadas, viúvas, solteiras, que vivem sozinhas com seus filhos, formando a partir daí a sua família. Atualmente, muito se vê destas famílias, sendo uma realidade muito frequente.

Da mesma forma que, hoje, a lei deve facilitar a conversão de união estável em casamento, muito frequente é a opção da pessoa em permanecer sozinha. Afinal, uma vez constituída família, ela sempre permanecerá, não podendo nos esquecer dos eventos da vida que nos forcem a viver sem a pessoa a qual escolhemos como companheiros. Ao ficar sozinha, a pessoa possui o arbítrio de se relacionar novamente ou permanecer só.

Muito importante também, é a estruturação da família, porém, como já mencionado, as mudanças relacionadas ao Direito de Família são tão grandes, que atualmente muito se vê de famílias em que o filho é quem sustenta os pais, ou o lugar dos pais é ocupado por alguém estranho àquela criança, como nos casos de adoção.

O instituto da adoção configura-se em uma terceira pessoa que se dispõem a exercer o papel de pai ou mãe e, ainda, muito comum existir no âmbito das famílias, quem exerça as duas funções ao mesmo tempo, sendo pai e mãe para aquela criança.

Nesse entendimento, Villela refere-se ao art. 226, §4º da CF:

Família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou de pais estejam configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência (VILLELA, 1995, p. 642 *apud* PEREIRA, 2012, p. 60).

Assim, quando há ausência dos pais, por motivo de falecimento, por exemplo, havendo a relação familiar somente pelos irmãos, também se caracteriza família monoparental, pois apesar do nome nos remeter a um pai somente, na ausência de ambos a família não deixa de estar caracterizada.

Na família monoparental, o mais importante é que tenha uma pessoa que seja a referência para o filho, seja essa pessoa pais biológicos ou adotivos. A criança e o adolescente precisam de uma noção de territorialidade, de espaço que seja deles, e, ainda, de uma pessoa a que eles possam se espelhar.

1.2 Poder familiar

Antes chamado de pátrio poder, o poder familiar surge de uma necessidade natural de proteção dos filhos por parte dos pais, não bastando prover alimentos, mas também educá-los, geri-los, protege-los, guiá-los, entre outras tarefas. Aos pais é conferido esse dever desde a concepção dos filhos, através dos alimentos gravídicos, sendo o Estado garantidor do cumprimento deste dever, afinal, as crianças são o futuro da sociedade.

A denominação “pátrio poder” era utilizado no Código Civil de 1.916, porém, com o passar do tempo e com as mudanças ocorridas no âmbito familiar essa denominação passou a ser poder familiar, se caracterizando pelo conjunto de direito e deveres atinentes aos pais, a fim de proteger os direitos e os bens de seus filhos.

Segundo Rodrigues (s.d, p. 356), o poder familiar “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

No mesmo sentido, Cunha Gonçalves (s.d., p. 307 *apud* GONÇALVES, 2013, p. 415-416) conceitua:

Os filhos adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e, para este fim, representa-los em juízo ou em fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada por poder parental ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.

Podemos concluir que o poder familiar nada mais é do que o dever de cuidar, onde é possível verificar o cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento dessa obrigação jurídica, uma vez que isso não seria mensurado para o amor dos pais para com os filhos.

1.2.1 Características

O poder familiar é irrenunciável, no sentido de que o Estado confere deveres aos pais que optam em ter filhos, não podendo este dever ser delegado ou renunciado. Qualquer situação de abdicação do dever de cuidar dos pais sobre os filhos será nula. Uma vez colocado sobre os ombros dos pais o dever de prover material e moralmente seus filhos, estes não podem se esguiar. A única exceção fica por conta do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reza:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório [...].

Ao concordar com a colocação da criança em família substituta, os pais adotantes passam a ser os responsáveis e adquirir o poder familiar.

Além da irrenunciabilidade, o poder familiar também se caracteriza por ser imprescritível, onde os pais não perdem esse poder, a não ser pelos fatos enumerados expressamente em lei. Assim, para que outra pessoa tenha o poder familiar sobre determinada criança é necessário que os pais biológicos sejam destituídos deste *múnus*.

A legislação, em seu art. 1.630 do Código Civil, diz que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”. O referido códex está se referindo aos filhos menores, não emancipados, havidos no casamento ou fora dele (desde que devidamente reconhecido), e, ainda os adotivos.

1.2.2 Titularidade

Com o crescente avanço dos direitos adquiridos pela mulher, o seu papel dentro da família se tornou mais efetivo. Antes, a titularidade do poder familiar era conferida ao homem em exclusividade, não podendo a mulher exercer nenhum poder sobre seus filhos. A mulher passou a exercer, ao lado do marido, como colaboradora, o poder familiar, sendo somente após a Constituição de 1.988 juntamente com a referência do estatuto da Mulher Casada, que passou-se à igualdade completa no que diz respeito ao assunto.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando deste assunto, em seu art. 21, estabeleceu:

Art. 21. O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Atualmente, com o formato das famílias que são muito variáveis, o poder familiar existe mesmo com aqueles casais que não vivem mais juntos ou nunca viveram. Assim como aos filhos advindos fora do casamento desde que devidamente reconhecidos. A legislação não mais faz diferença entre filhos legítimos do casamento ou filhos advindos fora, todos são legítimos. Por isso, o Código Civil de 2002, da mesma forma que o ECA, atribuiu a responsabilidade do poder familiar a ambos os cônjuges, atribuindo, ainda, o dever no casamento ou na união estável.

Segundo o art. 1.631 do Código Civil, “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais [...]”. Ao mencionar os filhos advindos da união

estável, se refere também àqueles reconhecidos juridicamente, em que não são fruto da relação do casal (filho somente de um dos cônjuges).

O aludido artigo também dispõe sobre a falta de um dos cônjuges, cabendo ao cônjuge sobrevivente a responsabilidade do poder familiar com exclusividade, assim o é, da mesma forma, quando um deles for destituído.

1.2.3 Destituição do poder familiar

Destituição quer dizer perda, extinção, no caso, do poder familiar. De acordo com o art. 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

Quando falamos da morte dos pais, como já mencionado anteriormente, ao outro sobrevivente cabe o dever do poder familiar. Na morte de ambos, se faz necessário a nomeação de um tutor, que irá exercer o papel dos pais e cumprir com o objetivo de cuidar da criança órfã.

Logicamente, com a emancipação e a maioridade o objeto do poder familiar se perde, ou seja, à pessoa que atingiu a maioridade ou a emancipação se presume a inteira capacidade de reger sua vida, seus atos e seus bens, não necessitando de alguém para fazê-lo. No mesmo sentido de perda do objeto temos a morte do filho.

A adoção extingue o poder familiar originário, que é dos pais biológicos, e se confere tal poder aos pais adotantes. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 431), “tal circunstância é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento” por parte dos pais biológicos, “se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular”.

Ainda, há a destituição do poder familiar por decisão judicial. Nesse caso o art. 1.638 do Código Civil enumera expressamente as hipóteses de destituição do poder familiar por decisão judicial, sendo causa para tanto os incisos I, II, III e IV.

O inciso I se refere ao pai violento, que trata o filho com brutalidade, castigando-o e maltratando-o. Logicamente, na sociedade em que vivemos, há pais que criam seus filhos dando-lhes castigos a fim de que repensem e aprendam com seus erros. Porém, o que trata no inciso, é o castigo imoderado, no sentido de abusar do seu poder de pai, castigando a criança de forma excessiva.

Dentro de castigo imoderado, temos a agressão física, que é intolerável pela constituição, garantidora de direitos, especialmente à criança e ao adolescente, “como o direito à dignidade e ao respeito, além de coloca-los a salvo de toda ‘violência crueldade e opressão’” (GONÇALVES, 2013, p. 431). Também assevera Paulo Luiz Neto Lôbo (s.d., p. 225 *apud* GONÇALVES, 2013, p. 431), “na dimensão do tradicional pátrio poder, era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo”.

O inciso II trata do abandono, sendo o fator crucial nesta pesquisa, é sobre ele que vamos falar no decorrer dos capítulos e analisar a sua essência. De acordo com princípios constitucionais é direito da criança o provimento material e moral, afetivo, entre outros. Largar a criança à própria sorte coloca em risco a vida, a saúde, a sobrevivência de um modo geral do incapaz. É previsto no Código Penal sanções a quem abandona material, moral, intelectualmente seus filhos, assim como quem abandona o incapaz, seja pela forma que for e o recém-nascido.

É bem verdade que os filhos se espelham nos pais, por isso o inciso III condena aos pais que praticam atos contrários à moral e aos bons costumes. A menina, à medida que cresce e presencia a vaidade da mãe, se torna vaidosa tanto quanto. O menino quer seguir os passos do pai no futebol, nos programas favoritos, no modo de se vestir. A criança que presencia maus exemplos vai crescendo com conceito de normalidade desses atos, praticando-os em sua vida futura. Com esse inciso a legislação quis evitar que atitudes ilegais dos pais prejudique o bom crescimento moral das crianças. Vivenciar maus exemplos tornaria a personalidade dos filhos tal qual

vivenciam, pois a criança vai adquirindo personalidade, noção de certo e errado à medida que amadurecem dentro dos seus lares. O lar é uma escola. Bem diz o ditado popular “educação vem de berço”. Assim, as crianças são o espelho do que vivenciam dia a dia. Gonçalves (2013, p. 253) especifica “o alcoolismo, a vadiagem, a mendicância, o uso de substâncias entorpecentes, a prática da prostituição, e muitas outras condutas antissociais se incluem na expressão atos contrários á moral e aos bons costumes”.

Alude o art. 1.637 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Assim, a suspensão do poder familiar, citado no artigo 1.637, é sanção aplicada aos pais, para proteger o menor das atitudes dos mesmos. A intenção não é puni-los, mas sim cessar tal conduta. Aliás, quando a conduta cessar, o pai ou a mãe suspensos do poder familiar podem voltar a exercê-lo, sendo, portanto, a suspensão de caráter temporário, perdurando até quando se fizer necessário. O inciso IV condena aqueles que incidem reiteradamente nas condutas de suspensão, ou seja, quando os pais, repetidas vezes, frequentemente, cometem faltas contra o exercício do poder familiar, o juiz pode decidir pela destituição dos mesmos deste poder.

1.3 Princípios e direitos constitucionais embasadores do Direito de Família

A doutrina não é taxativa, nem pretende ser, quando se fala na enumeração dos princípios que norteiam e embasam o direito de família. Assim, contamos com alguns deles expressos em nosso ordenamento e outros implícitos nas regras éticas e morais de todo ser humano.

Neste sentido, leciona Pereira (2006, p. 93):

Com a compreensão de que o sujeito de direito é também é um sujeito desejante, isto é, que o sujeito do inconsciente está presente nos atos, fatos e negócios jurídicos e feita a distinção entre moral e ética, é possível e necessário elencar os princípios essenciais ao Direito de Família. [...]. Sem isto as decisões e concepções doutrinárias certamente se distanciarão do ideal de justiça ou ficarão contraditórios com um sistema jurídico que se pretende ético, no sentido universalizante em contraposição aos perigosos particularismos morais.

Para Lôbo (2009, p. 35), dentre todos os princípios constitucionais, destacam-se como aplicáveis ao Direito de Família

o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além dos princípios gerais da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como o princípio da paternidade responsável.

Pereira (2006, p. 91-183), elenca como princípios fundamentais para o direito de família: o princípio da dignidade da pessoa humana, o da monogamia, o melhor interesse da criança e do adolescente, igualdade e respeito às diferenças, da autonomia e da menor intervenção estatal, princípio da pluralidade de formas de família e o da afetividade.

Neste trabalho será abordado quatro destes princípios, que são os principais na análise da convivência paterno-materno-filial.

1.3.1 Princípio da dignidade da Pessoa Humana

É o fundamento primeiro da ordem constitucional, uma vez que, a partir dele, se ramifica os outros princípios, norteadores do direito de família ou não. A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, faz referência a este princípio de forma expressa, assim como o artigo 226, §7º que prevê a proteção da família pelo Estado, onde a formação desta é de livre vontade do casal, competindo ao Estado propiciar os recursos necessários. Mais ainda, a dignidade é um direito daquele que pode vir a nascer da relação entre o homem e a mulher.

Com as mudanças que as entidades familiares sofreram ao longo do tempo, a dignidade humana é o princípio mais propício de ser exercido no âmbito familiar por todos os seus integrantes, não mais somente pela figura paterna.

Atrelado ao conceito de dignidade, que é uma das finalidades do Direito, a dignidade humana, segundo Antunes Rocha:

É o pressuposto da idéia de justiça humana, porque é ela que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser *mister* ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal (ANTUNES ROCHA, 2000, p. 72, *apud*, PEREIRA, 2006, p. 95).

Importante ressaltar o papel de Kant na história da dignidade humana, tendo conceituado e inserido o termo no aspecto humano, no sentido de que a dignidade imporia ao homem a condição superior, onde “o valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas é a dignidade”, não pode ser medida a um preço (KANT. 1980, p.139-140, *apud*, PEREIRA. 2006, p. 96).

A dignidade para o Direito de Família aduz ao princípio da liberdade, respeitando a autonomia de cada indivíduo e o seu livre arbítrio. Podemos, ainda, inserir a dignidade em muitas situações de família, como o reconhecimento das outras formas de casamento que não apenas o advindo do casamento civil e entre heterossexuais; a igualdade de direitos entre os filhos advindos fora do casamento com os do casamento. Essas situações são exemplos de conquistas da dignidade do homem.

A dignidade não possui preço, é adquirida e reconhecida com o tempo, à medida que se constitui uma ideologia. Assim, Lobo assevera:

Quando uma coisa tem preço, isso implica dizer que ela pode ser trocada por outra equivalente, ao contrário do que ocorre com o que é dotado de dignidade, indisponível. Violará o princípio da dignidade humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto (LOBO, 2009, p. 37).

Hoje, a responsabilidade civil está intimamente ligada à dignidade humana, uma vez que aquele que desrespeitar tal princípio arcará com as consequências do

descumprimento, não sendo, assim, isento da responsabilidade. Assim, incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais (GAMA. 2008, p. 71).

1.3.2 Princípio da afetividade

Hoje, com suas várias formas, o núcleo familiar se baseia em uma relação de afeto entre o casal, onde não mais se vê a mulher dependente financeiramente do homem, uma vez que é muito comum a sua renda ajudar na vida financeira da família. Antes dessa independência a mulher se via presa ao casamento por não possuir condições de se manter e manter seus filhos. Agora, o que move duas pessoas a se unirem, a fim de formar uma família, é exclusivamente o afeto.

Como assevera Pereira “a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros” (2006, p. 183). Com isso a afetividade se torna um princípio ao qual, conjuntamente com o melhor interesse da criança e do adolescente e a dignidade da pessoa humana, faz com que a família seja o berço de toda formação moral e psíquica.

Muito mais importante que a questão biológica é a questão afetiva, como nos casos de filiação socioafetiva, os filhos advindos de adoção. Porém, “a inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos” (PEREIRA, 2006, p. 185). O afeto foi reconhecido como valor jurídico, sendo a ausência deste passível de dano moral. Não se trata de impor aos pais amar seus filhos, mas de uma obrigação de construir o afeto pensando na formação psíquica e emocional da criança. Assim,

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determinará é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de

solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue (Voto de acórdão. S.D., *apud*, PEREIRA, 2006, p. 187).

Portanto, a construção do afeto só é possível com a convivência, com a proximidade entre os membros da família. A negativa dos pais em dar afeto aos filhos fere o direito de personalidade do mesmo, sendo totalmente admissível a reparação por dano moral ao filho, questão muito discutida atualmente, e que vem tomando força e sendo cada vez mais aplicável.

1.3.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Como visto no princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico tenta dar maior proteção aos seres advindos da relação entre um homem e uma mulher, ou seja, maior proteção aos filhos advindos desta relação, seres que possuem maior fragilidade. Segundo Pereira, “a criança e o adolescente se encontram nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação de sua personalidade” (2006, p. 127).

Assim, estabelecer um critério sobre o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente não é tarefa fácil, uma vez que, quando se trata de princípios, não existe uma forma certa de agir, deve ser analisado caso a caso o contexto de cada história.

É certo que o melhor interesse da criança e do adolescente deve vir conjuntamente aos direitos e garantias fundamentais, tanto aqueles inerentes a qualquer pessoa, a adultos e crianças, quanto aqueles que lhes são especificamente dirigidos, como aduz o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 3º em que “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 [...]

A Constituição Federal, em seu artigo 227, nos remete ao dever da família para com as crianças e aos adolescentes, da mesma forma que o artigo 4º do ECA em que é dever da família, da sociedade e comunidade em geral, bem como do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar, esporte, lazer,

profissionalização, colocando-os à salvo de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na prática, podemos observar a garantia deste princípio nos assuntos que tratam sobre a guarda do menor, sobre a tutela dos incapazes, sobre a investigação de paternidade, a fixação dos alimentos e direito de visitas, entre outros. Aduz Pereira que “zelar pelo interesse do menor é cuidar de sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social” (2006, p. 137).

Questão muito discutida nos tribunais é a questão da guarda dos filhos entre casais homossexuais, porém não se pode esquecer o verdadeiro sentido do melhor interesse da criança e do adolescente. “Para se atender ao Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente devemos abandonar o preconceito e nos livrar de concepções morais e estigmatizantes” (PEREIRA, 2006, p. 139). Acima de tudo o que se pretende resguardar é o direito da criança e do adolescente de ter uma família que garanta seu crescimento saudável, sendo obrigado o intérprete a analisar a situação sob um ângulo racional e valorativo, averiguando direitos e garantias fundamentais do menor.

1.3.4. Princípio da Paternidade Responsável

Derivado do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a paternidade responsável se caracteriza na obrigação dos pais em prover seus filhos, educá-los, e, principalmente, estar presente afetivamente na vida do mesmo.

Prevista no artigo 226, §7º da CF, o que interessa na paternidade responsável, não é o direito dos pais, mas sim o da criança, no sentido de que o pai que não detém a guarda do filho, por exemplo, deve se fazer presente por ser um direito da criança. A convivência mútua é um direito do filho.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre do casal,

competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos [...]

Quando se tem filhos, seja por concepção ou adoção, os pais assumem a responsabilidade de promover o desenvolvimento da criança, uma vez que é a partir da relação familiar que se tem a base psicológica para um crescimento sadio. Muito mais que a simples convivência, a paternidade responsável se resume no companheirismo, na confiança, nos bons exemplos, na formação psíquica da criança, para que quando adultas sejam pessoas úteis ao Estado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê o princípio, a partir do momento que reconhece o estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível, podendo o filho reaver esse direito quando lhe for negado, mais uma vez caracterizando o instituto da responsabilidade civil.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

Responsabilidade nada mais é do que responder pelas ações próprias, pelas dos outros ou pelas coisas confiadas. A partir da análise literal do significado da palavra, partimos da premissa de que responsabilidade é um dever jurídico a ser cumprido após o descumprimento ou violação de um dever jurídico assumido primeiramente. A violação desse dever jurídico configura um ilícito que, quase sempre, acarreta algum tipo de dano.

Dentre vários possíveis danos, nos atentaremos a um específico, cuja temática vem sendo discutida cada vez mais no ordenamento jurídico, qual seja, o dano moral afetivo.

Segundo a lição da professora Giselda Hironaka, em palestra do IBDFAM, “no dia em que o direito de família conseguir o afeto dentro de sua própria doutrina, definitivamente estará contemplando a pessoa humana no lugar do sujeito de direito” (IRONAKA, s.d., *apud*, HEUSELER; LEITE, s.d. p. 1).

2.1 Responsabilidade Civil

Responsabilidade civil é o dever de reparar o dano causado a alguém, dano este advindo do descumprimento de um dever jurídico assumido. Assim, podemos dizer que existe um dever jurídico primário, ao qual a pessoa se compromete a assumir, e outro secundário, o qual se resume no descumprimento do primeiro. Portanto, “há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo que é o de indenizar o prejuízo” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 2). Segundo Tartuce (2011, p. 393),

a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.

Da mesma forma, Rosenvald (2008, p. 276) diz que a responsabilidade civil “é a reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado”.

Assim, a responsabilidade civil está intimamente ligada à violação de um dever jurídico e à um dano, onde se procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigado a repará-lo.

Da mesma forma, o artigo 927 do Código Civil, caracteriza o dever de indenizar como uma obrigação: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Neste sentido, a responsabilidade civil atua a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso, ou seja, seu estado *quo-ante*.

2.1.1 Dever jurídico

O dever jurídico é o dever imposto por lei. Em um primeiro momento aquele criado pelo legislador, onde todos devem cumprir e, em um segundo momento, esse dever também pode ser convencionado entre as partes, como em um contrato por exemplo.

Cavaliere Filho (2007, p. 1-2) conceitua dever jurídico como sendo:

A conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigidos à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Muito importante também é analisar a diferença entre obrigação e responsabilidade. Ambos os institutos possuem uma mesma classificação, qual seja, são deveres jurídicos, porém, importante salientar a distinção existente entre eles.

O art. 389 do Código Civil diz que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos. Este artigo, apesar de demonstrar uma relação contratual, mostra claramente a diferença entre obrigação e responsabilidade. Obrigação seria o dever jurídico originário, o mesmo dever jurídico originário citado anteriormente, sendo o veículo pelo qual alguém se compromete a cumprir determinado ato. Já a

responsabilidade é o dever jurídico secundário decorrente do não cumprimento da obrigação, em que o agente deverá indenizar àquele que sofreu o dano pelo descumprimento. Com isso, podemos observar que:

O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que consentira. Em suma: a obrigação nascida da vontade das partes é diferente da que nasce de sua inexecução (AGUIAR DIAS, s.d., *apud*, CAVALIERI FILHO, 2007, p. 3).

No caso da relação familiar, uma vez descumprido o dever jurídico, gerará um ato ilícito que de acordo com o artigo 186 do Código Civil será por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, e ainda, como alude o artigo 187 do mesmo *códex* também comete ato ilícito aquele que é titular de um direito e excede os limites impostos relacionados a este direito.

2.1.2 Obrigação de indenizar

Dentre as obrigações existentes no ordenamento jurídico, a Constituição Federal, em seu artigo 5º incisos V e X, nos remete a questão da indenização nos direitos e deveres individuais e coletivos, bem como a parte Especial do Código Civil elenca uma forma de obrigação específica de indenizar. Assim, o que configura esse dever é o ilícito. Nosso ordenamento jurídico, mais que reprimir o ilícito, quer proteger o que é lícito, assim, “ao mesmo tempo em que a ordem se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria” (CAVALIERI Filho, 2007, p. 3).

Segundo o posicionamento de TARTUCE (2011, p. 396),

“O ato ilícito é ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua

ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte de direito obrigacional”.

Pois bem, a obrigação de indenizar decorre da lei, sendo ela quem determina quando a obrigação surge e quando e como ela deve ser indenizada. Além disso, esta obrigação também possui a característica de ser sucessora da violação de uma obrigação anterior assumida, podendo ser obrigação de dar alguma coisa ou de pagar.

Segundo o art. 927 do Código Civil, aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Sendo assim, também podemos extrair do Código Civil o artigo 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

De acordo com esse artigo, o ato ilícito constitui uma soma entre lesão de direitos e dano causado, devendo tal dano ser reparado. No mesmo sentido temos o artigo 187, onde a responsabilidade civil se mostra com um alicerce, além do ato ilícito, que é o abuso de direito, no sentido de que o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente aos limites impostos, também cometerá ato ilícito.

Enfim, dos artigos mencionados podemos extrair que a reparação possui o caráter de compensar a vítima pelo dano sofrido e, ainda, de punir o ofensor. Para que essa reparação aconteça é necessário identificar qual a relação existente entre as partes, sendo analisada nesta pesquisa a relação de pai e filho.

2.2 Elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil

Antes de analisarmos a relação em si dos pais para com os filhos, se faz extremamente necessário analisar os elementos que são imprescindíveis para a caracterização da responsabilidade civil, advindo daí a obrigação de indenizar. Em nosso ordenamento e nas doutrinas não há um posicionamento unânime quanto à classificação correta dos elementos que devem estar presentes para a caracterização da responsabilidade civil.

Venosa (2010, p. 839, *apud*, TARTUCE, 2011, p. 410), diz existir quatro elementos principais, quais sejam, a ação ou omissão voluntária, a relação de causalidade, o dano e a culpa. Já Diniz (2005, p. 42, *apud*, TARTUCE, 2011, p. 410) enumera os elementos caracterizadores como sendo três, a ação omissiva ou comissiva do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre ação e dano. Por sua vez, Gonçalves (2005, p. 32, *apud*, TARTUCE, 2011, p. 411) enumera os elementos como sendo a ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo do mesmo, o dano e a relação de causalidade existente entre a ação e o dano. Para Cavalieri Filho (2005, p. 41, *apud*, TARTUCE, 2011, P. 411), existe a conduta culposa do agente, o dano e o nexo causal.

Não há dúvida de que, dentre as diversas formas de classificação dos elementos essenciais, e, de acordo com a interpretação do artigo 186 do Código Civil que diz “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, temos a presença da conduta do agente, seja ela omissiva ou comissiva; o dano causado pelo agente à vítima, e o nexo de causalidade entre conduta e dano. Sendo a culpa um elemento que também deve ser levado em consideração.

2.2.1 Conduta

A conduta do agente pode advir de algo positivo (conduta comissiva) ou de algo negativo (conduta omissiva), que muitas vezes pode ser confundido com a culpa. O que deve ser analisado na conduta do agente, para que se tenha responsabilidade, é justamente a violação de um dever jurídico, violação esta que causou dano a alguém e que deve ser reparada pelo ofensor. Também deve ser levado em consideração o fato de que, mesmo ocorrendo a conduta do agente de forma a prejudicar a vítima, o dano poderia ter sido evitado e não o foi.

2.2.2 Dano

Além da conduta do agente, para se caracterizar a responsabilidade civil, é necessário que se comprove também o dano causado, podendo ser material (que atingem o patrimônio corpóreo de alguém), moral (lesão a direitos da personalidade), estético (lesão física, alteração no corpo físico da pessoa), dentre outras modalidades mais contemporâneas, e cabe ao ofendido provar tal dano.

Assim, é o entendimento de Cavalieri Filho (2012, p. 32):

Indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito; esquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem pagasse, porquanto o objetivo da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente fato constitutivo, mas também determinante do dever de indenizar.

Não é qualquer dano que enseja o dever de indenizar, caracterizando a responsabilidade civil. É necessário avaliar o dano. Desta forma, primeiramente o dano deve gerar uma perda à vítima, configurando lesão de qualquer bem jurídico, seja patrimonial ou extrapatrimonial. Além disso, o dano deve configurar-se certo, no sentido de efetividade; atual, devendo ser real e não uma mera hipótese futura; e, pessoal, onde somente quem sofreu o dano é legitimado para demandar ação indenizatória.

2.2.3 Nexo de causalidade entre conduta e dano

Deve haver uma relação entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Segundo Gonçalves (2010, p. 348-349, *apud*, TARTUCE, 2011, p. 420), nexo causal “é uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo”, sendo necessário “que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”.

2.2.4 Culpa como elemento essencial

Há autores que defendem a culpa como elemento accidental e não essencial na caracterização da responsabilidade civil, no sentido de que a culpa não estaria englobada nos elementos citados caracterizadores do dever de indenizar, como Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 67).

Porém, segundo o entendimento de Tartuce (2011, p. 413), “quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, leva-se em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa *latu sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*strictu sensu*)”. No mesmo sentido, Cavalieri Filho (2007, p. 23), diz que “a culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo”.

A culpa traz a Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil e seus elementos formadores, ou seja, a conduta voluntária (porém com resultado involuntário), a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Não há intenção ou conduta intencional, mas há vontade que se dirige a conduta omissiva, por exemplo. A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, onde se caracteriza pela conduta comissiva do agente; da negligência, que é a mesma falta de cuidado, porém pela conduta omissiva do agente; e da imperícia, que é a falta de habilidade, de técnica.

Portanto, caracterizada está a culpa a partir da violação de um dever de cuidar, por falta de cautela, atenção ou diligência por parte do agente, sendo mais reprovável a situação em que o mesmo poderia ter evitado o dano caso tivesse observado o dever de cuidado e agido de outra forma.

2.3 Dano moral nas relações familiares

Dano, nada mais é do que o elemento central da reparação, onde temos o dano como causa e a reparação como efeito. Dano moral, segundo FIUZA (2010, p.740) é:

O constrangimento que alguém experimenta, em razão de lesão a direito personalíssimo, como a honra e boa fama, etc., ilicitamente, produzida por outrem.

Segundo Diniz (s.d., p. 71, *apud*, REIS, p. 8) dano moral “vem a ser lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica”. Já Melo da Silva (s.d., p. 1, *apud*, REIS, p. 8), conceitua dano moral como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição do material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Pelo fato do conceito da palavra moral propriamente dita, ser muito subjetiva, pois parte da premissa da índole, do caráter do indivíduo, que nasce de acordo com o próprio crescimento e educação de cada um, se torna muito complexo a definição do cabimento do dano moral. Para Humberto Teodoro Junior (2003, p. 38, *apud*, REIS, 2010, p. 9-10):

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou consideração social). Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana. Traduzem-se em um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio do ofendido.

Os danos morais atualmente, se tornaram mais graves do que aqueles cometidos contra o patrimônio do indivíduo. Isso porque causam dor, prejuízo, diretamente à pessoa, se fazendo necessário sua reparação de forma a compensar o sujeito que sofreu o dano, uma vez que os atos lesivos causados à moral nunca serão restabelecidos à ponto de voltarem ao seu estado *quo ante*. Assim, pode-se dizer que o dano moral é aquilo que reveste outro tipo de patrimônio da pessoa humana, ou seja, seu corpo espiritual, sua personalidade. Pode ser resumido naquilo que não se pode ser reparável em sua integralidade.

Pois bem, sendo o dano moral identificado pela dor em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas a tristeza, a angústia, a amargura e, conjuntamente, as consequências advindas deste sofrimento, outro aspecto que deve ser levado em consideração é a forma como se dará a reparação do dano moral. Segundo CARDIN (2012, p. 21, *apud*, NORONHA, 2013, 48-49):

A reparabilidade do dano moral está conectada a violação de qualquer direito que possua o lesado, que lhe cause prejuízo de foro íntimo, inviabilizando, assim, uma classificação que abarque todos os casos possíveis de danos morais.

De acordo com o artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, tem-se que a reparação do dano moral advém do princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido é a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, onde diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Assim, passou-se a concepção cada vez mais sólida de que o dano extrapatrimonial é sim totalmente passível de reparação. Neste sentido leciona REIS (2010, p. 6):

[...] a idéia de que somente as lesões aos bens materiais são suscetíveis de reparação é falsa, segundo se entende e resta demonstrado pela doutrina e jurisprudência. Os bens não patrimoniais, não obstante possam ser objetos de reparação a exemplo dos materiais, o são, na realidade, estimados a título diverso daqueles em que há uma notória e clara preocupação na restituição ao status quo ante, circunstância que não se observa nesse caso.

Portanto, a reparação do dano moral, significa a defesa dos direitos da pessoa, de sua dignidade como ser humano. Uma vez aplicáveis, representam a eficácia da proteção dos direitos fundamentais assegurados pela própria Carta Magna. Com isso, o Estado demonstra, à medida que aplica a reparação do dano causado, que se preocupa em manter a ordem social.

Questão muito controvertida nos Tribunais, apesar de ter se conquistado avanços acerca do tema, é o que diz respeito a possibilidade do dano moral nas relações familiares. De certo que a família é determinante na construção da personalidade e do caráter de seus integrantes, no sentido de que é no ambiente familiar que, principalmente as crianças dão o primeiro passo na descoberta de quem são e de onde

vieram. Como manifesta Humberto Teodoro Junior (2003, p. 253, *apud*, REIS, 2010, p. 275-276):

A família assume, na perspectiva do século XXI, uma nova responsabilidade como centro de reavivamento da personalidade da pessoa. O ser humano corroído pelos vícios, marcado pela degradação dos valores em nome da igualdade jurídica; estigmatizada pela frouxidão dos valores fundamentais decorrentes do extraordinário avanço tecnológico, que nos convidam para o lazer e ao prazer material; estimulado pelo mau exemplo dos governantes na prática dos atos administrativos, na qual permeia a corrupção; fragmentada pelas informações nocivas, em que predomina a desvalia, presente nos sofisticados órgãos de divulgação, passa do estado de perplexidade para o estado hedonista. É o estado de coma dos valores.

Por isso, a Constituição Federal de 1988 passou a dar maior importância a esta instituição sendo “A família, base da sociedade, tendo especial proteção do Estado”, segundo o artigo 226 da Carta Magna. Assim, a figura antes caracterizada pelo *pater familiae*, agora se constitui na nova função atribuída à família, consistente na reposição dos valores perdidos com o tempo.

O advento da dignidade da pessoa humana como macro princípio constitucional, tornou passível de aceitação o dano moral no direito de família, pois, dentro das relações familiares estão os valores mais importantes, e a quebra destes valores e dos princípios garantidores dos mesmos refletem de forma profunda na intimidade, no psicológico de seus integrantes, e com maior gravidade no ser em formação, gerando sérios danos.

Na concepção de Direito e Cavalieri Filho (2004, p. 101, *apud*, REIS, 2010, p. 280), a dignidade humana foi constitucionalizada e:

Ao assim fazer, a constituição Federal deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, a imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Desta forma, a violação dos valores éticos e morais dos quais se aprende dentro do seio familiar, reflete diretamente na intimidade das pessoas, à personalidade dos agentes ligados ao núcleo familiar, sendo, portanto, cabível de reparação esses danos. Neste mesmo sentido aponta ainda Teodoro Júnior:

Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres tanto jurídicos como éticos e sociais provoca, sem dúvida, frequentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abusos e danos de monta. [...] Enfim, entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, hão de se incluir, necessariamente, a ilicitude da conduta do agente e a gravidade de lesão suportada pela vítima.

Assim, necessário se faz a presença dos elementos caracterizadores do dano moral, devendo estes serem devidamente comprovados.

2.3.1 Comprovação do dano

Como vimos, para ser caracterizada a responsabilidade civil daquele que descumpriu um preceito jurídico, é necessário que estejam presentes seus elementos, quais sejam, a conduta ilícita, o dano causado e o nexo de causalidade.

Pela natureza extrapatrimonial do dano moral é muito difícil de se visualizar com clareza o seu cabimento, devendo ser analisado caso a caso. Assim, para termos evidente o dano moral nas relações familiares (e em qualquer relação), não basta somente que o dano esteja puro e simplesmente evidenciado, ele precisa estar comprovado.

Por maior que seja o dano causado, a vítima deve conjugar esse dano com outros elementos para ter caracterizado o dano moral, que se resumem exatamente nos elementos da responsabilidade civil. Como leciona Teodoro Junior “se o incômodo é pequeno (irrelevante), e se, mesmo sendo grave não corresponde a um comportamento indevido (ilicitude), obviamente não se manifestará o dever de indenizar”.

Da mesma forma é o entendimento de Direito e Cavalieri Filho (2004, p. 51, *apud*, REIS, 2010, p. 283):

Não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de um dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõem o descumprimento de uma obrigação; para identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. A identificação do dever jurídico violado, por sua vez, importará em determinar com rigor os atos que o obrigado deveria ter praticado e não praticou.

Como a comprovação do dano se mostra tarefa complicada, tem-se muito utilizado de profissionais da psicanálise para avaliar o estado psicológico da vítima e, principalmente, se este estado abalado possui nexo de causalidade com o dano. Esses profissionais possuem a capacidade técnica necessária para auxiliar o julgador na decisão da demanda e o fazem através de estudos sociofamiliares e estudos psicossociais, os quais tem a capacidade de comprovar o nexo causal.

A importância de se comprovar o dano está ligado ao fato de que muitas vezes a vítima confunde os meros dissabores da vida com fatos realmente ensejadores do dano moral. Aborrecimentos, irritação, mágoa, estão fora da órbita do dano moral, sendo o dano causado, nestes casos, somente uma consequência da sensibilidade exacerbada da vítima. Pequenos desentendimentos que causam dor são comuns nas relações familiares e essa dor não pode ser confundida com o abalo psicológico que a vítima carregará por toda a sua vida, influenciando na sua formação. Estas sim são dores “duradouras, e intensas a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (DIREITO e CAVALIERI FILHO, 2004, p.103, *apud*, REIS, 2010, p. 282).

Da mesma forma, não é toda e qualquer ausência de afetividade na relação paterno-filial por exemplo, que terá como resultado a reparação civil. Assim, quando há uma figura que substitua o lugar que deveria ser ocupado pelo pai, suprimindo as necessidades de afeto, carinho e atenção que a criança necessita, para o seu crescimento, exclui-se a presença de um dos elementos ensejadores da responsabilidade civil: o dano.

Bem diz Noronha que a reparação “nunca substituirá o afeto, mas poderá proporcionar atenuantes às circunstâncias fáticas que sofreu no passado” (NORONHA, 2013, p. 63). Assim, uma vez comprovado o dano sofrido, é totalmente cabível o

arbitramento de danos morais, tantos quantos forem suficientes para a recompensa, na forma de tentar corrigir ou diminuir os problemas que acometeram a vítima.

2.3.2 Quantum reparatório

Quando se trata de fixação do quantum dos danos morais, é indiscutível que há dificuldade, pois há quem diga que não exista valor para a dor íntima, muito menos ela poderia ser quantificada. É bem verdade que questões morais, quando ofendidas, não se reintegram, porém, o dano moral deve ser levado em conta como a fixação de uma compensação ao sofrimento.

Para Dias (2006, p. 1004, *apud*, REIS, 2010, p. 160):

A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar, e assim, beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas.

Logicamente que o dinheiro não fará cessar a dor como faz com o prejuízo patrimonial, mas na maioria das vezes, o que se busca é uma compensação “a preencher o vazio deixado em função da ação ofensiva do agente” (REIS, 2010, p. 160).

O quantum reparatório do dano moral, no direito de família, é matéria preocupante já que uma condenação como essa poderia agravar a relação já muito desgastada. Porém, o que os Tribunais vem entendendo é que não há valoração do amor, ou do afeto, mas se faz necessário punir uma conduta censurável, no intuito de não deixar a vítima no total desamparo.

Segundo Alvim, (s.d., p. 208, *apud* REIS, 2010, p. 160):

Não é por causa desta ou daquela hipótese mais ou menos ridícula que havemos de rejeitar um instituto são e útil. Na realidade, não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor, como faz cessar com o prejuízo patrimonial,. Mas, em muitos casos, o conforto que possa proporcionar mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece.

Assim, a fixação do dano moral deve levar em conta as consequências advindas na vida da vítima com o cuidado, no entanto, de não haver enriquecimento ilícito. Desta forma, os requisitos da reparação civil, são o fato determinante na possibilidade da compensação e na determinação do quantum reparatorio.

3. DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Atualmente, ainda há grande resistência por parte de todos em reconhecer a ilicitude do abandono afetivo, ainda mais no que tange ao dano moral atrelado a esse abandono, devido à questão do pleito do dano moral contrariar a natureza da instituição família. Porém, se pararmos para pensar, se o filho se acha no direito de ir à juízo pleitear dano moral devido à lesão causada pelo próprio pai (ou mãe), isso, por si só, já desconfigura a natureza da família.

Partimos do princípio da paternidade responsável, já abordado no decorrer do presente trabalho, onde homem e mulher assumem a responsabilidade pelo ser que colocam no mundo. Essa responsabilidade vai muito além dos alimentos, também essenciais à manutenção de uma criança e adolescente, porém, o afeto, o carinho, a atenção dispensados ao ser em formação é comprovadamente o alimento mais eficaz para que a se desenvolvam e se tornem adultos de bem.

3.1 Abandono afetivo

Ao falarmos em descumprimento do dever de alimentos dos pais para com seus filhos logo nos vem em mente a hipótese de prisão civil, hipótese esta que é totalmente admitida em nosso ordenamento brasileiro. A questão dos alimentos é ação muito comum nas Varas de Família. Porém, o que vem crescendo são os casos de abandono imaterial, ou seja, abandono afetivo.

Não há dúvida de que é dever dos pais e direito da criança a garantia ao convívio familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente garante expressamente esse direito em seu artigo 4º, bem como o artigo 227 da Constituição Federal, onde “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação [...] e à convivência familiar e comunitária”.

O ECA também assegura à criança e ao adolescente a convivência familiar quando aborda a questão da família substituta em seu artigo 19, em que “toda criança

ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária [...]”.

Desta forma, a convivência familiar torna-se a base do crescimento sadio da criança e do adolescente, no sentido de terem em sua vida a presença de seus pais e demais familiares, de uma forma a realmente fazer com que se sintam amparadas, muito mais no plano afetivo do que no número de pessoas que se encontram à sua volta. Neste sentido leciona Cordeiro (2007, p. 11):

[...] “Viver com”, “conviver”, não significa uma mera justaposição espacial ou distribuição racional de tarefas, é muito conhecido o fenômeno desumano da multidão solitária ou formigueiro de gente. Conviver trata-se de uma presença obtida sempre que se comunica um plano pessoal que é basicamente afetivo, enriquecido com uma convivência mútua. Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar e principalmente da delegação divina do amparo aos filhos.

O abandono afetivo se caracteriza pela ausência de convivência, pela falta de proteção do incapaz, falta de atenção, carinho, ou seja, falta do alimento da alma. Vimos que com o decorrer dos anos a família sofreu inúmeras mudanças sendo uma das mais importantes o papel dos pais na vida dos filhos, que deixaram de assumir somente o papel de provedores de alimentos materiais, onde simplesmente “criavam” seus filhos. Hoje, os pais assumiram a responsabilidade de criar cidadãos para o mundo, estando a família no mais alto patamar de responsabilidade sobre o que a criança se tornará no futuro.

Abandonar quer dizer deixar ao desamparo, deixar só, deixar o lugar em que o dever obriga estar. Assim, questão muito debatida é o que diz respeito ao momento do abandono, que para uns estaria caracterizado pela presença do pai ou mãe até certo momento da vida do filho que, sem qualquer explicação, deixa de estar presente. Portanto, estaria caracterizado o abandono a partir do momento que se tinha o afeto dos pais e não se tem mais. Por outro lado, há quem diga que o abandono afetivo está em qualquer situação, inclusive aquela em que o pai ou a mãe nunca sequer teve

contato com o filho, porém sempre soube de sua existência, não cumprindo com o seu dever.

Seja como for, mais importante que determinar o momento do abandono é a caracterização do abandono em si, devendo o Magistrado, mais uma vez, analisar caso a caso, onde se encontre o afastamento injustificado dos pais, a indiferença dos mesmos para com os filhos, pois os pais possuem o direito-dever do poder familiar e devem prover seus filhos material e imaterialmente. Aline Biasuz (2012, p. 126) comenta:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra males externos; é nela que seus membros recebem estímulos para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, a nuclearidade, a responsável pela plena valorização pessoal de cada membro familiar. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, isto é, só será possível caso seus integrantes não vivam apenas para si mesmo: cada um é o “contribuinte” da felicidade de todos.

Desta forma, temos que o “abandono afetivo se manifesta na omissão dos pais no exercício e cumprimento dos deveres de ordem moral” (NORONHA, 2013, p. 33). Portanto, questões relacionadas ao afeto possuem maior relevância que as relacionadas aos alimentos, vez que envolve o psíquico do ser em formação.

3.1.1 Dever de cuidar – Projeto Lei nº 700 de 2007

Antigamente, a responsabilidade do pai para com o filho se fazia por meio do poder patriarcal. Hoje com a evolução da família, a responsabilidade se dá pelo dever de cuidar.

Ao assumir o risco de se ter um filho, desde o momento da concepção, os pais assumem imediatamente o dever de cuidar, ainda dentro da barriga da mãe, garantindo o desenvolvimento saudável da criança. Nesta fase, uma forma de obrigar o pai a assumir seus compromissos são os alimentos gravídicos, que é o dever do pai em prover seu filho ainda na barriga da mãe.

A legislação obriga aos pais a não somente serem os responsáveis pelos filhos, mas exercerem essa responsabilidade e o dever de cuidar de forma a satisfazer os princípios fundamentais da criança.

Todo ser que nasce precisa de uma base para se sustentar. Imprescindível a base material, e também muito importante é a base moral, pois é essa moral que vai refletir em toda a sociedade. Neste sentido afirma Velásquez (2007, p. 82):

O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que mais de 90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastantes desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causados pela violência urbana.

A partir da concepção do filho os pais devem viver em prol deles, cuidando e provendo como se seu próprio coração batesse fora do corpo, se exteriorizando na vida do filho. O dever de cuidar é dos pais, porém, na falta destes, o responsável, o curador, o tutor se fazem os responsáveis, pois se o Estado concluir que a criança se encontra em estado de risco, ela é retirada da posse dos pais ou responsáveis.

O normal é que o amor, o afeto, o cuidado, sejam sentimentos naturais, inerentes à convivência que deve existir, pois o Direito não pode realizar imposições afetivas, nem exigir amor recíproco. Todavia, as mudanças constantes no direito de família transformou o afeto em algo imprescindível, onde a responsabilidade parental impõem aos pais o dever de cuidado em relação aos filhos, se tornando princípio constitucional, sendo que sua ausência pode sim ensejar o dever de reparação.

Neste sentido o Senador Marcelo Crivella elaborou projeto de lei (nº 700 de 2007) visando a modificação do ECA para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. O referido projeto tem o condão de acrescentar alguns artigos à Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, para que condutas ofensivas à moral da criança e do adolescente sejam sujeitas a reparação.

Segundo o Senador “amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos [...]”. É sobre o dever de

cuidar que o Senador está falando, no sentido de que os pais possuem a obrigação se fazerem presentes na vida dos filhos, uma vez que a constituição Federal determina que esse dever seja exercido com absoluta prioridade.

O Senador ainda expõem:

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Ninguém está obrigado amar, mas possui o dever de cuidar uma vez que se dispõem a colocar uma vida no mundo. Bem diz a Ministra Nancy Andrighi “na hipótese, não se discute o amar – que é faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos” (Informativo STJ 496, Resp 1.1.59.242/SP).

É bem verdade que quando mais próximos os pais estiverem de seus filhos, mais ambos irão conhecer da realidade um do outro, havendo maior compreensão acerca das necessidades e dificuldades. Não há que se falar em amor à distância, é preciso que haja convivência para que nasça o amor, o afeto. A imposição do dever jurídico de cuidar tem por objetivo evitar as consequências do abandono afetivo na vida das crianças, consequências estas que não são poucas.

3.1.2 Afeto como bem jurídico tutelado – Projeto Lei nº 4.294 de 2008

Com o advento da Constituição de 1988 e com as crescentes e notórias alterações sociais, a família passou por transformações significantes, onde o aspecto patrimonial e laços biológicos tomaram distância um do outro, para dar lugar a princípios maiores e mais importantes na formação de uma família.

O macro princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os membros de uma sociedade passaram a mostrar o real posicionamento de cada membro da família, onde não há mais distinção entre homem e mulher, onde não encontramos somente filhos legítimos. O seio familiar continua nascendo da relação

íntima do casal, porém, não mais devido a interesses ou no condão de somar patrimônio, mas sim, única e exclusivamente pelo afeto, pela vontade de ambos em estarem juntos e formarem sua família.

Entende Lôbo (2008, *apud*, JARDIM, 2010, p. 16) que atualmente “as relações de consanguinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e da convivência familiar, constituintes do estado de filiação”. Neste sentido, diante de todas as formas familiares, de todos os seus modelos, o que se tornou realmente importante é a afetividade, o sentimento que unifica seus membros, além do companheirismo, da lealdade e do amor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 28 explicita a questão da colocação da criança em uma família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção. Em seu §3º, aborda a afetividade, no sentido de que somente será concedido o pedido levando-se em consideração o grau de afetividade entre a nova família e a criança, sendo uma forma de proteção do menor, garantindo-lhe o afeto necessário para sua boa formação moral, psíquica e seu crescimento sadio.

Podemos perceber que o Direito de Família está cada vez mais deixando o patriarcalismo e patrimonialismo de lado e valorando questões humanitárias. A esse respeito afirma Oliveira (2006, *apud*, JARDIM, 2010, p. 17):

A relevância do afeto em relação ao seu valor jurídico variou no decorrer do tempo, havendo dois momentos básicos distintos, em um 1º momento, quando a presença do afeto nas relações de família era considerada como inerente ao organismo familiar, isto é, presumida, e, em outro momento, a sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações familiares. [...] A Constituição Federal de 1988 intensificou esse entendimento na esfera jurídica. A importância dos interesses individuais e igualitários dos membros da família se sobrepõe aos aspectos de forma, viés e patrimonial.

Por fim, o afeto se tornou elemento primordial na vida de qualquer ser humano e deve ser levado em conta como base garantidora do bom crescimento psíquico e moral de uma criança que tem no afeto de seus pais o exemplo para ser capaz de amar o seu semelhante, de se tornar uma pessoa íntegra e de valor. Ademais, os Tribunais passam a reconhecer o afeto como bem jurídico tutelado engrandecendo sua importância na união familiar para que possa cumprir o seu papel na formação da pessoa e atender ao princípio da dignidade humana.

A Comissão de Seguridade Social e Família aprovou o projeto de lei nº 4.294/2008, do Deputado Carlos Bezerra, que acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil, no sentido de estabelecer o dano moral ao pai que abandonar afetivamente seu filho. Tal projeto esboça com clareza a tutela do afeto como bem jurídico.

O deputado, em sua justificativa do projeto de lei, afirma que “entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material, encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas [...]”. Permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado é o mínimo que se poderia fazer diante de uma relação onde não é possível obrigar ninguém a se amar, entretanto, o afeto, como bem jurídico tutelado, deve ser observado como responsabilidade civil.

3.2 Função pedagógica da sentença

A sentença condenatória do dano moral busca, na verdade, compensar a vítima pelo dano sofrido. Por ser de caráter extrapatrimonial, o dano moral não tem o condão de refazer nenhum patrimônio, mas sim satisfazer um direito da vítima, que é o de ver atenuado os efeitos da lesão sofrida.

Assim, segundo Gomes (2005, p. 277, *apud*, REIS, 2010, p. 163), a sentença teria uma função preventiva e de caráter pedagógico:

Divisa-se na responsabilidade por dano moral uma função preventiva com caráter pedagógico, de sorte que o agente e os demais membros da comunidade se sintam desencorajados ou desestimulados a praticarem conduta atentatória a direitos alheios. Assim, ao se definir o tipo de montante da reparação devida no caso prático, há que se ter em conta a situação pessoal do agente causador do dano, sob pena de, em se fixando indenização pífia ou insignificante, não haver resistência séria por parte do sistema jurídico para que a conduta lesiva não seja reiterada.

A idéia de condenar a fim de prevenir outras práticas semelhantes, com o intuito pedagógico, vem crescendo nos Tribunais. Vejamos o entendimento do Des. Cabral da Silva (Apelação Cível 1.0284.11.002040-1/001 0020401-24.2011.8.13.0284):

No que concerne a fixação do dano moral, a indenização a ser solvida não pode servir de fonte de enriquecimento sem causa. Note-se que as coisas da alma que são ínsitas ao dano moral não são passíveis de avaliação econômica. Deste modo, o magistrado deve agir de modo bastante consentâneo no momento de fixar a indenização, pois não pode provocar o enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, não pode deixar de incutir no valor condenatório um caráter pedagógico, visando desestimular o agente do ato ilícito de reiterar em tal prática, bem como deve buscar alcançar valor que seja capaz de, se não de modo amplo, pelo ao menos em parte, fazer com que o ofendido sinta-se ressarcido.

No mesmo sentido Diniz (s.d., p. 79, *apud*, REIS, 2010, p. 190) se manifesta:

Na reparação o dano moral o juiz determina por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. Grande é o papel do Magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver riscos de novos danos.

É de se observar que, além do caráter pedagógico da sentença, tem-se a função compensatória, que, como já dito anteriormente, é o verdadeiro sentido do dano moral nas relações familiares.

Diante de todo o exposto surge uma questão: poderia a sentença ter caráter punitivo ao ofensor? De certo que sim, pois fazer com que o ofensor “pague” pelo ato ilícito cometido já é uma forma de compensar a vítima e à toda sociedade. Como alude o artigo 227 do Código Civil, “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Além disso, a forma punitiva não deixa de caracterizar a função pedagógica, como ensina Karow (2012, p. 273-274, *apud*, NORONHA, 2013, p. 59-60):

Em que pese a função compensatória, satisfatória da reparação civil por dano extrapatrimonial, existe uma terceira atribuição à responsabilidade

civil, a função dissuasória. Esta se distingue da punitiva por não visar uma conduta anterior, senão que busca prevenir condutas futuras. O objetivo é a prevenção geral, orientando sobre condutas a não serem adotadas. O meio para alcançar este modelo é por intermédio do exemplo, ou melhor, não do exemplo, é condenar o responsável á compensação dos danos individuais, a partir de condutas que não são desejadas no seio da sociedade.

No que tange ao direito de família, os princípios constitucionais tutelam o interesse dos integrantes dessa instituição que se tornou a base da sociedade. Por isso, o dano moral tem, principalmente, caráter didático no sentido de forçar a reflexão dos ofensores antes mesmo de praticar o ato ilícito e, aos que praticaram, estes servirem de exemplo aos demais para que práticas reiteradas não ocorram. Pois, diante da sociedade capitalista que vivemos, infelizmente, a dor que atinge aos ofensores é aquela que dói no bolso.

3.3 Consequências do abandono afetivo

As consequências do abandono afetivo são inúmeras. A criança que experimenta o abandono afetivo sofre transtornos irreparáveis, carregando-os consigo por toda a vida. Nenhum motivo alegado pelos pais que abandonam será suficientemente justificável ante as consequências advindas no psicológico do filho. A família, berço de toda formação moral da criança, só faz sentido se constituída pelo afeto do homem e da mulher e destes para com seus filhos. O respeito à infância, a boa criação, os bons exemplos, são fatores que fazem com que a transformação do estado infantil para o estado adulto se traduza em um aprendizado sadio onde sua formação como pessoa poderá atingir a sua finalidade, que é a conquista da própria dignidade. Não há que se falar em imposição do amor, do carinho ou do cuidado, é fazer com que o pai (ou a mãe) exerça seu papel frente a sua escolha de se ter um filho.

Psicanalistas afirmam que “o afeto, que se transforma em sentimento, que criam as relações subjetivas, compostas de razão e emoção é o que nos move. É por meio do afeto que valorizamos e julgamos as experiências em prazerosas, desprazerosas, boas ou más”.

Cada pessoa se liga a outra pelo afeto e pelo sentimento. É através dos exemplos que as crianças serão capazes de dar afeto, se elas não o conhecem, se não o recebem, não formarão o senso de piedade, de compaixão.

A criança abandonada por seus genitores, por mais amada e amparada que seja pelo demais familiares presentes em sua vida cotidiana, pode apresentar deficiências de comportamento social e mental, que o marcarão para sempre. O vazio injustificado num contexto do senso comum preenche negativamente todo o universo afetivo de quem foi abandonado (COSTA, 2012, p. 44).

Os danos causados pelo abandono afetivo podem ser nefastos na vida de uma criança, uma vez que o autoconhecimento está ligado ao ambiente em que elas vivem. Os efeitos do abandono doem na alma, no íntimo de quem sofre e partir daí que o abandono deixa de ser um problema familiar e passa a ser um problema social, pois quem comete o abandono comete um ilícito desrespeitando os princípios garantidores do direito da criança e do adolescente.

Diante disso, os pais que se furtam da obrigação do cumprimento do princípio da paternidade responsável são, provavelmente, criadores de um futuro irresponsável também, pois acabam criando um ciclo vicioso devido a revolta do filho. Por isso mesmo fala-se em atribuir responsabilidade a quem da obrigação se furta.

3.4 Possibilidade do dano moral por abandono afetivo - Decisões jurisprudenciais acerca da sua caracterização

Como vimos no decorrer deste trabalho, a questão do dano moral torna-se tema muito discutido atualmente, principalmente no que concerne às relações familiares.

As jurisprudências também debatem tal assunto onde se questiona a impossibilidade de obrigar os pais a amarem seus filhos, ou obrigá-los a conviver da forma devida com sua prole. Que fixando danos morais aos pais que abandonam seus filhos afetivamente o judiciário não estaria atingindo um objetivo positivo, mas sim estaria abrindo um abismo ainda maior nessa relação.

Outra questão que se leva em conta é a monetarização do afeto, como se o afeto pudesse ser substituído pela indenização. Desta forma, se posiciona Souza (2010, p. 60, *apud*, REIS, 2010, p. 74):

A família, desfigurada no projeto parental, se contorce premida por sentimentos de fracassos, invejas, revanches e crueldades. Frágil, ao sustentar a estabilidade mental do filho que não pode proteger, recorre aos tribunais para que, direcionando a extensão dos ganhos afetivos, coloque um preço sobre as fugas, para que determine multas sobre as perdas. É preciso avaliar com cuidado e sensibilidade as dolorosas e arriscadas ausências, de todos os jeitos, antes de imputar ao genitor, simplesmente, as culpas que serão convertidas em valores econômicos. Monetizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto, muitas vezes, de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis, longe de ser um instrumento de aquisição ao interesse do filho, é, pelo contrario, redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado.

Segundo decisão do Desembargador Luciano Pinto, em julgamento datado de 27/11/2008, “o afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto”, desta forma, na concepção de D. Juiz, o abandono afetivo não estaria caracterizado por falta dos requisitos da responsabilidade civil. Essa decisão consta da apelação cível nº 1.0499.07.006379-1/002 da Comarca de Perdões:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro César Asfor Rocha, citado pelo Desembargador Luciano Pinto em seu voto, sintetizando suas razões, reconhecendo a importância da instituição familiar na vida do indivíduo, devendo seus valores serem protegidos. Porém, no caso de abandono afetivo, por mais reprovável que possa ser tal conduta, os pais devem ser penalizados na esfera cível somente no que se refere aos alimentos e, extrapatrimonialmente, punidos, com no máximo, a destituição do poder familiar. Assim, não estaria quantificando o preço do amor.

Em decisão de apelação cível nº 1.0145.05.219641-0/001, datada de 6 de dezembro de 2006, da Comarca de Juiz de Fora, podemos extrair a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ABANDONO AFETIVO – REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL-INEXISTÊNCIA – A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável de torna acolher qualquer pretensão ressarcitória – O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a mar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. – O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angustia ou vexame, não de aborrecimento do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam.

Tal decisão foi proferida pelo Desembargador relator Domingos Coelho, que diz que o homem médio está preparado para suportar as imperfeições corriqueiras da natureza humana. Por isso, não pode um pai ou uma mãe ser condenados ao pagamento de danos morais por não possuir amor e afeição pelo filho.

Sabemos que questões que abalam a moral dos indivíduos não se restabelecem, não voltam ao estado em que se encontravam antes do cometimento do dano. Foi exatamente este fato que possibilitou a mudança do pensamento nos Tribunais e de doutrinadores, no sentido de que começam a perceber que o sentido da indenização não é substituir algo que é insubstituível, e sim reparar um dano causado, diminuindo seus efeitos, penalizando os pais que não cumprem com o seu dever, no intuito de evitar que tais atitudes se repitam.

A reparação do dano moral visa a proteção do direito inerente à personalidade do indivíduo que, apesar de ser cobrada em dinheiro, é incapaz de suprir o almejado, uma vez que não há valor mensurável para o amor, o carinho, a atenção.

Segundo o artigo 227 da Constituição Federal:

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 coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição também aborda sobre o princípio da paternidade responsável, tendo os pais a obrigação e o dever de assistir, criar e educar seus filhos. O Código Civil e o ECA também asseguram os direitos dos filhos, principalmente o convívio familiar.

Quando um dos pais se omite em relação ao desenvolvimento de seu filho, externa então há uma conduta ilícita, que viola os direitos básicos do filho, além de descumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, logo, vê-se que é impossível não ser reconhecida a responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo. (ALINE, 2012, p. 240).

Desta forma, os pais que desrespeitam os preceitos legais, descumprindo o seu papel, irão arcar com as responsabilidades impostas pelo judiciário. Assim, passa a ser o entendimento da jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DANOS MORAIS – ABANDONO AFETIVO DE MENOR – GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM O FILHO – REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA – VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR – INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 – DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO – REPARAÇÃO DEVIDA – PRECEDENTES – ‘QUANTUM’ INDENIZATÓRIO – RATIFICAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO – SENTENÇA CONFIRMADA. A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.

Segundo o voto do Desembargador Barros Levenhagem, uma gravidez indesejada não deve ser fato ensejador do pai se eximir de suas responsabilidades, surgindo, assim, no momento da concepção, pois ambos assumem o risco.

Muitas vezes o que ocorre, é que o pai se restringe a sua obrigação do encargo alimentar e se esquece da responsabilidade imaterial, caracterizando a violação do direito a convivência familiar da criança.

O desembargador também cita a questão do momento do abandono:

O desamparo pode se manifestar por diversas formas, sendo elencadas as mais comuns, quais sejam: aquelas que decorrem do completo desconhecimento acerca da pessoa dos pais; as decorrentes de um registro formal voluntário não seguido de atuação efetiva pela mãe ou pelo pai; as situações de descaso que persistem mesmo após o pronunciamento estatal nas ações investigatórias; e, por fim, o abandono posterior à cessação da convivência entre os pais.

Como citado anteriormente, não importa tanto o momento do abandono, importa mesmo as consequências advindas deste desamparo. Por fim, a ministra Nancy Andrighi brilhou em sua decisão do REsp 1159242/SP, julgado em 10/05/2012, onde esclarece que o dever de indenizar/compensar é perfeitamente cabível no direito de família. Esboça o cuidado como valor incorporado juridicamente no nosso ordenamento e o descumprimento desse dever implica em reconhecer a ilicitude civil, sendo conduta omissiva do pai com relação ao filho. Existem cuidados mínimos a serem cumpridos para garantir aos filhos “condições de uma adequada formação psicológica e inserção social”.

Em matéria publicada em 10 de setembro de 2014, no site do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), de um julgado do TJSP, que condenou o pai ao pagamento de R\$1000.000,00 por abandonar seu filho afetivamente. A decisão foi proferida em 14 de maio do corrente ano e relata a história do filho que cresceu sem a presença do pai, que possui boas condições financeiras. Perdeu sua mãe aos oito anos de idade, vivendo à mercê da sorte, até que teve sua paternidade confirmada, descobrindo que, ainda, possuía irmão e que todos eles eram bem encaminhados na vida, ao contrário dele. Inconformado com o arbitramento da indenização, o pai recorreu com o argumento de que a genitora do rapaz havia desaparecido e sequer informado seu paradeiro e a existência de um filho. Que o filho não prova a existência do dano sofrido pelo abandono.

O relator da decisão foi o Desembargador Ramon Mateo Junior que diz, que “a intenção do filho não é pedir o amor de seu pai, mas cobrar deste a sua responsabilidade que decorra da paternidade. O amor não poderia ser concedido ou inserido no coração da parte por ato judicial”. Assim:

O réu descuidou de sua responsabilidade para com o autor, infelizmente. Essa desídia causou dano moral que deve ser reparado. [...] a indenização arbitrada não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atender duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória (Assessoria de comunicação do IBDFAM).

De uma forma geral, não há que se confundir a relação de homem e mulher, casal que não mais exista pelo motivo que for, com a relação de cada um com seus filhos. É inadmissível o mesmo “descarte” de parceiros que, infelizmente, é muito comum na atualidade, com o “descarte de filhos”. A obrigação e responsabilidade dos pais para com seus filhos começam no momento em que assumem o risco de dar a vida à uma criança, ao se relacionarem intimamente, e ambos concorrem o tempo todo na criação e provimento dos filhos, provimento em todos os sentidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aos pais é imposto o dever de prover seus filhos e esse provimento engloba as necessidades materiais e, hoje, principalmente com a valorização do afeto, as necessidades imateriais. Com as mudanças no cenário familiar, o afeto passou a ter valor jurídico sendo elemento essencial no novo contexto do Direito das Famílias, que deixou de lado seu caráter patriarcal e patrimonial para dar valor aos preceitos fundamentais da dignidade. Dizemos ser “o alimento da alma”.

Verifica-se, portanto, que questões materiais não são suficientes para que a criança cresça e se desenvolva de forma saudável. Para isso, se faz necessário a presença dos pais, dedicando seu tempo, dispensando-lhes carinho, atenção e cuidado.

Através deste trabalho, constatou-se que inúmeras são as consequências advindas do abandono afetivo e essas consequências marcam a vida do indivíduo por toda sua existência. Os pais que se omitem no dever de criação, que descumprem o dever de convivência familiar e o direito da criança a esta convivência, pode ser punido com indenização, pois desrespeitam preceitos constitucionais que garantem o interesse da criança e do adolescente à medida que os abandonam, praticando conduta ilícita. É de relações familiares frustradas que surgem os adultos amargos, envolvidos na criminalidade, pois a família, como base da sociedade, tanto tem o poder de construir um grande homem como de aniquilá-lo. O abandono prejudica o crescimento psicológico sadio, desvia a personalidade do ser humano e atenta contra a sua dignidade na sua forma mais profunda.

A indenização seria uma forma de reparação, reparar o estrago que o pai causou na vida do filho. Por óbvio que uma quantia em dinheiro não faz voltar o tempo e pai e filho viverem toda a relação que fora perdida. Isso seria humanamente impossível. Porém, há de se concordar que o dano psicológico causado na criança pode gerar muitos transtornos, que devem ser tratados. Muito melhor que o causador destes danos arque, pelo menos, com os tratamentos advindos da omissão do seu dever que outrora fora descumprido.

Pode-se perceber através dos estudos jurisprudenciais que muito se questionava e ainda se questiona a monetarização do afeto, como a indenização moral seria capaz de reparar o dano causado no íntimo da pessoa. Apesar de ainda haver muitas discussões, as opiniões estão se pacificando no que tange o verdadeiro sentido do dano moral nas relações familiares.

Antes, o que apenas gerava o “prêmio” da destituição do poder familiar, sob o argumento de que não se pode obrigar ninguém a amar, hoje realmente se faz através de uma condenação, o que seria melhor dizer que se faz por persuadir o agente causador do dano a não mais cometê-lo. O objetivo é que também sirva de exemplo. Como bem leciona Maria Berenice Dias, a destituição do poder familiar é um benefício ao pai que não quer mesmo ser pai. Desta forma, não se pode admitir o descumprimento do dever jurídico da paternidade (maternidade).

O entendimento dos Tribunais está cada vez mais pacificado, conforme publicação recentíssima do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), no sentido de que não se pune a falta de afeto do pai para com seu filho, mas a quebra do dever jurídico de convivência familiar, aliado a inobservância do princípio da afetividade. O afeto é um dever e não uma faculdade dos pais.

Os projetos de lei vieram na tentativa de regularizar o assunto expressamente em nossa legislação, uma vez que ainda há lacunas. Porém, por mais que não se tenha uma legislação específica sobre a possibilidade do dano moral por abandono afetivo, as decisões jurisprudenciais norteiam as opiniões e as fundamentações para a sua condenação, pois o que se pune é o descumprimento do poder/dever dos pais no exercício de seu poder familiar, a falta de convivência familiar assegurada constitucionalmente assim como ferem o princípio da afetividade.

Contudo, a reparação do dano moral por abandono afetivo deve ser analisado de forma que o instituto da responsabilidade civil não seja usada de forma irresponsável. Deve estar devidamente comprovado o dano, assim como esse dano estar ligado a conduta ilícita dos pais. Laudos psicológicos são materiais que auxiliam o Magistrado no momento da decisão.

Por fim, o amor, o afeto, o carinho, são sentimentos gratuitos, livres de qualquer imposição. Não será o Judiciário, e ele nem tem capacidade para isso, que irá obrigar

os pais a conviverem com seus filhos. O que o Judiciário pode e deve, afinal é o seu papel, é responsabilizar os pais pelo descumprimento dos deveres jurídicos decorrentes do poder familiar, fazendo com que entendam a importância do convívio afetivo com sua prole.

Ainda há um longo caminho a ser percorrido no que tange o tema da possibilidade do dano moral por abandono afetivo. O que se pretendeu com o presente estudo foi demonstrar a necessidade e a importância da tutela do Estado no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente, destacando-os como seres detentores de dignidade que devem estar a salvo de toda e qualquer negligência que importe prejuízo ao seu desenvolvimento moral, intelectual e psicológico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial.** s.d. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf> Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 jul. 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, 11ª ed., 2014, Editora Saraiva: São Paulo

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4294/2008.** Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filenome=Avulso+-PL+4294/2008> Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 700/2007.** Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516> Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, 14 maio. 2013.** Dispõem sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável

em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf .

Acesso em: 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias sobre Resolução 175 do CNJ. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf> Acesso em: 30 out. 2014.

CALSAVARA. Mara Aline de Lima. **A responsabilidade civil aplicada ao abandono afetivo dos pais em relação aos filhos**. 2013. Orientador: Adriano Márcio de Souza. Monografia (bacharel em Direito). Instituto Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN, São João del Rei, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, Alexandre. *Dano Moral no Direito de Família*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

COSTA, Débora Souto. **O abandono afetivo e o dano moral à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. *IBDFAM*, 2012. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

DIGNIDADE, Wikipedia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Dignidade>> Acesso em: 14 mai. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRIGATO, Elisa. Poder familiar: conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão. 2011. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>> Acesso em: 21 mai. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias, 2008, Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, vol. 6, 2013, 10ª ed., Editora Saraiva: São Paulo.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Justiça condena pai a pagar R\$100 mil para filho abandonado afetiva e materialmente**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5431/Justi%C3%A7a+condena+pai+a+pagar+R%24+100+mil+para+filho+abandonado+afetiva+e+materialmente>> Acesso em: 11 set. 2014.

JARDIM, Camila Jaime de Moraes. Dano moral decorrente de abandono afetivo. *IBDFAM*, 2013. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

LEITE, Rodrigo. **Abandono afetivo x Dever jurídico de cuidado**. Disponível em: <<http://rodrigoleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121938535/abandono-afetivo-x-dever-juridico-de-cuidado-notas-sobre-os-eresp-1159242-sp>> Acesso em: 09 set. 2014.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial.** *IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/pagina/10>>. Acesso em: 10/05/2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0145.07.411698-2/001. Relator: Barros Levenhagem, Juiz de Fora, 16 jan. 2014. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao>> Acesso em: 03 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Recurso nº 1.0144.11.001951-6/001. Relator: Wanderley Paiva, Carmo do Rio Claro, 27 fev. 2013. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao>> Acesso em: 03 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao>> Acesso em: 03 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. . Apelação Cível nº 1.0145.05.219641-0/001. Relator: Des. Domingos Coelho, Juiz de Fora, 6 dez. 2006. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=13&totalLinhas=13&paginaNumero=13&linhasPorPagina=1&palavras=dano%20moral%20E%20abandono%20afetivo%20E%20responsabilidade%20civil&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 11 set. 2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0284.11.002040-1/001. Relator: Des. Cabral da Silva, Guaremi, 12 ago. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numer>

[oRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0284.11.002040-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar?oRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0284.11.002040-1%2F001)> Acesso em: 03 set. 2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1. O499. 07.006379-1/002. Relator: Des. Luciano Pinto, Perdões, 27 nov. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0499.07.006379-1%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 10 set. 2014.

NORONHA, Matheus Gambetta. **O abandono afetivo na filiação e reparação civil do dano moral**. 2013. Orientador: Thatiana de Arêa Leão. Monografia (bacharel em Direito). Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu – UNIFOZ, Foz do Iguaçu, 2013.

PERES, Célia Mara. Dano moral: da natureza da indenização aos critérios para fixação do quantum. 2006. Orientador: Maria Helena Diniz. Mestrado (Mestre em Direito das relações sociais) Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica, 2012, 4ª ed., Editora Forense: Rio de Janeiro.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERES, Célia Mara. *Dano Moral*: Da natureza da indenização aos critérios para fixação do quantum. *IBDFAM*, 2012. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

PEDROSO, Juliane. **Abandono afetivo frente ao ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://juuliane.jusbrasil.com.br/artigos/137611283/abandono-afetivo-frente-ao-ordenamento-juridico-brasileiro?ref=home>> Acesso em: 09 set. 2014.

PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da paternidade responsável. *Jus Navigandi*, 04/2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24305/principio-da-paternidade-responsavel>>. Acesso em: 12/05/2014.

PRINICPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Wikipedia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana> Acesso em: 15 mai. 2014.

REIS, Clayton. *Dano Moral*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.183.378. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Rio Grande do Sul, 1 jan. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>> Acesso em: 10 set. 2014.

SANTOS, Lorena Soares. Indenização por abandono afetivo. *IBDFAM*, 2009. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

SILVA, Mônica Campos. Implicações subjetivas da definição biológica e judicial da paternidade: efeitos do psicanalista no Tribunal de família. 2011. Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. *Âmbito Jurídico*, s.d. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.pgp;?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 12 mai. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. v. 3. tomo 2. (Arts. 185 a 232). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto. *IBDFAM*, 2013. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2014.