



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

LILLIAN MARIA SILVA MARZANO

## **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

São João del-Rei

2015

LILLIAN MARIA SILVA MARZANO

## **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a), sob a orientação do prof. Esp. Luciano Machado Ferreira.

São João del-Rei

2015

LILLIAN MARIA SILVA MARZANO

## RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito.

### COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Luciano Machado Ferreira (Orientador)

---

Prof. Karin C. Magnan Miyahira

---

Prof. Welinton Augusto Ribeiro

A Jesus Cristo, fiel amigo e pai que mesmo sendo Deus se entregou para morrer numa cruz. Toda honra e toda a glória são para Ele.

Ao meu amor Davi por me amar e ousar acreditar nos sonhos de Deus para minha vida e sem explicações, me compreender nos momentos mais difíceis.

À minha querida mãe, que por meio de sacrifícios incalculáveis, não mediu esforços para me ajudar até aqui.

## AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, o único Deus, por haver conduzido minha vida e ser o responsável por mais essa vitória.

Ao meu pai pelo carinho e motivação.

Às minha irmãs Heloisa e Erika pelo grande apoio de sempre.

Ao meu orientador Luciano por haver gentilmente me auxiliado neste trabalho.

Aos familiares e amigos pela força e incentivo.

“Mas, se alguém não tem cuidado dos seus, e principalmente dos da ,sua família, negou a fé, e é pior do que o infiel”. 1 Timóteo 5:8.

## RESUMO

O presente artigo propõe uma análise sobre possibilidade da aplicação do Instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo. Em que pese não haver previsão legal para tanto, existem princípios constitucionais de proteção, cujos quais, objetivam resguardar a criança e o adolescente de atitudes atentatórias a sua dignidade. Será demonstrado neste trabalho as consequências que o abandono afetivo pode causar a um indivíduo. Por fim será trazido à baila os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca do tema. Será visto que, não existe unanimidade quanto a questão, para os que defendem a possibilidade de reparação civil no caso em tela, o dano moral estaria caracterizado, em havendo ausência moral e psicológica dos pais na criação dos filhos, já para a outra corrente que não concorda com a reparação civil, o dano moral aplicado ao abandono afetivo, entre outros argumentos, monetaria o afeto. A ideia central a que se chega do final deste trabalho é a de que o abandono afetivo prejudica o desenvolvimento saudável da criança, gerando assim danos que devem ser reparados pelos pais ausentes, de forma compensar os danos sofridos pelas vítimas, desestimulando assim, novas práticas ofensivas pelos pais negligentes.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Abandono afetivo; Dano Moral.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	10
<b>1.1 Responsabilidade contratual e extracontratual</b> .....	10
<b>1.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva</b> .....	11
<b>1.3 Dos elementos da Responsabilidade Civil</b> .....	12
1.3.1 Conduta .....	12
1.3.2 Nexo causal .....	13
1.3.3 Do Dano .....	14
1.3.3.1 Da reparação do dano extra patrimonial .....	15
<b>2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE</b> .....	18
<b>2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa humana</b> .....	18
<b>2.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente</b> .....	19
<b>2.3 Princípio da afetividade como desdobramento do Princípio da dignidade</b> .....	20
2.3.1 O dever de guarda e visitas com a ruptura dos laços conjugais .....	21
<b>2.4 As consequências do abandono afetivo</b> .....	23
<b>3. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL AO ABANDONO AFETIVO NA VISÃO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA</b> .....	26
<b>3.1 Do Dano Moral no âmbito das relações familiares</b> .....	26
<b>3.2 Posicionamento doutrinário acerca da possibilidade de aplicação do instituto do dano moral em razão de abandono afetivo</b> .....	28
<b>3.3 Posicionamentos jurisprudenciais sobre a responsabilidade no caso de abandono afetivo</b> .....	30
<b>CONCLUSÃO</b> .....	35
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	38

## INTRODUÇÃO

Como o advento da Constituição da República de 1988, a família ganhou um novo contexto no âmbito jurídico, pois a carta Magna ao traçar o pressuposto da dignidade humana nas relações, trouxe a imposição do dever de afeto dos pais aos filhos, haja vista fator essencial na formação do indivíduo.

Um dos tópicos mais em evidência em nosso ordenamento jurídico, na atualidade, é o instituto de responsabilidade civil, que consiste, na obrigação de reparar o dano que uma pessoa venha a causar a outra.

Dessa forma a vítima da agressão possui o direito de acionar o judiciário, buscando a condenação do ofensor ao pagamento de indenização, com vistas a minorar-lhe o sofrimento, coibindo o agressor de novas práticas ofensivas.

Neste sentido, a situação não poderia ser diferente nas relações familiares, em que as consequências são incomensuráveis.

Diante disso o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil, mais precisamente o dano moral, nas situações em que ocorra o abandono afetivo.

Verifica-se contudo, que existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca desse assunto, pois para parte da doutrina e da jurisprudência, o instituto da responsabilidade civil não poderá ser aplicado em casos de abandono afetivo, trazendo entre outros argumentos de que o amor não pode ser quantificado e que uma eventual condenação do pai apenas aumentaria a distância entre pai e filho. Para outra parte da doutrina e jurisprudência o dano moral deve ser aplicado a essas situações haja vista a presença de todos os requisitos autorizadores da reparação civil.

Para tanto, serão utilizados ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, e Paulo Lôbo, entre outros autores, além de decisões dos principais tribunais, acerca da questão que envolve o dano moral em ocorrendo abandono afetivo.

A questão em epígrafe trata-se de tema de extrema importância para a família bem como para a sociedade, pois verifica-se ser na infância o momento

decisivo para a formação do caráter de uma pessoa, pois neste momento o indivíduo armazena informações acerca de si mesmo, determinando assim sua identidade no dia de amanhã.

Na maioria dos casos o abandono afetivo começa justamente nos primeiros anos de vida, se prolongando por toda a vida.

Assim as consequências do abandono afetivo pelos pais a um filho, são devastadoras, podendo comprometer todas as áreas de sua vida, revelando assim a importância da discussão aqui proposta.

Com o objetivo de analisar a possibilidade de reparação civil na modalidade de dano moral, uma vez caracterizado o abandono afetivo, este trabalho se subdividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo, será abordado o Instituto da Responsabilidade Civil, suas classificações e requisitos. Quanto à classificação, a responsabilidade será dividida em razão da culpa, em subjetiva e objetiva, e quanto à natureza jurídica da norma violada, em contratual e extra contratual. Sendo os requisitos, conduta nexa e dano.

No primeiro capítulo também será falado acerca dos questionamentos que giram em torno da reparação extrapatrimonial.

No segundo capítulo analisar-se-á os principais princípios de proteção à criança e ao adolescente, bem como os deveres de guarda e de visitas dos pais, sendo que final o foco será dado às consequências acerca da negligência quanto aplicação de referidos princípios no cuidado com os filhos.

Os princípios que serão abordados neste trabalho serão, princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, e princípio da afetividade. A discussão estará direcionada a demonstrar como a afronta de referidos princípios constitucionais podem causar danos a um indivíduo.

Por fim, no terceiro capítulo, será trazido à baila a questão do dano moral no âmbito das relações familiares, bem como os posicionamentos da doutrina e jurisprudência sobre o dano moral caracterizado o abandono afetivo. Far-se-á neste momento uma análise acerca dos argumentos favoráveis e contra à reparação civil.

## 1. INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade é originário do latim “respodere”, que se traduz em uma concepção de restituição, compensação do bem violado.

A diferenciação da responsabilidade civil pela responsabilidade penal ocorre pela natureza jurídica das normas a que o agente venha infringir, pois se o agente viola uma norma de Direito Público, cujo interessado lesado é a sociedade, estaremos diante de uma norma penal, mas se, por outro lado, o interesse lesado é o privado, estaremos diante de uma responsabilidade civil.

### 1.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A Responsabilidade Civil contratual, prevista nos artigos 389 e seguintes do Código Civil se caracteriza pelo descumprimento de uma cláusula contratual, e em regra, não dependerá da comprovação da culpa do agente, uma vez que será presumida.

Transcreve-se aqui o pensamento de Diniz (2010, p. 95):

A responsabilidade contratual funda-se na culpa, entendida em sentido amplo, de modo que a inexecução culposa da obrigação se verifica, quer pelo seu descumprimento intencional, havendo vontade consciente do devedor de não cumprir a prestação devida, com o intuito de prejudicar o credor (dolo), quer pelo inadimplemento do dever jurídico, sem a consciência da violação, sem a consciência deliberada de causar dano ao direito alheio, havendo apenas um procedimento negligente, imprudente ou omissivo (culpa), prejudicial ao credor.

Já a responsabilidade Civil extracontratual, também denominado Aquiliana, se caracteriza por ser a consequência decorrente de uma ação ou omissão de uma indivíduo que deu causa a um dano sofrido pela vítima. Essa modalidade está prevista nos artigos 186, 927 e seguintes do CC.

Segundo Gonçalves (2010, p. 44),

Na responsabilidade extra contratual, o agente infringe um dever legal, e, na Contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extra contratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 65), diferenciam essas duas modalidades com bastante propriedade:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Neste trabalho será abordado, mais especificamente, a responsabilidade extracontratual, que decorre da lei, em virtude de descumprimento de dever a todos imposto.

## 1.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Em relação ao seu fundamento a responsabilidade civil, poderá ser objetiva e subjetiva.

A responsabilidade Civil objetiva é a aquela em que não se exige a prova da culpa. Tendo como fundamento a ideia de quem cria o risco deverá suportar os prejuízos advindos de seus atos. Sendo exceção em nosso ordenamento Jurídico.

Presumindo-se assim a culpa, deverá ser invertido o ônus da prova, cabendo ao demandante apenas a prova da ação ou omissão e do dano resultante da conduta.

Segundo Diniz (2010, p. 55),

Na *responsabilidade objetiva*, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte

prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexu causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexu de causalidade entre o dano e a ação que produziu.

Já em relação à responsabilidade subjetiva, a culpa ou o dolo, se mostram como requisitos para a configuração da responsabilidade.

Gonçalves aduz acerca da responsabilidade subjetiva no seguinte sentido (2010, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu como dolo ou culpa.

Ainda Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 59), a responsabilidade civil subjetiva é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Caracterizando a culpa quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência.

### **1.3 Dos elementos da Responsabilidade Civil**

A partir deste momento serão analisados os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil. Para a caracterização da responsabilidade subjetiva, será necessária a presença de quatro elementos: conduta, culpa no sentido *lacto sensu* (culpa e dolo), o dano e o nexu causal.

Já no caso da responsabilidade objetiva, como visto anteriormente, será necessário a caracterização de apenas três requisitos, os quais sejam, conduta, dano e nexu causal.

#### **1.3.1 Conduta**

A conduta se trata de uma ação ou omissão juridicamente relevante. Sendo aquela uma conduta ativa, cuja qual, desrespeita norma a todos imposta. Sendo a omissão noutra giro, uma ausência de ação, cuja qual, no caso concreto se era exigido uma conduta.

Conforme entendimento de Gonçalves (2010, p. 59),

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

A responsabilidade Civil poderá surgir em virtude de ato próprio (responsabilidade direta), ou ainda em virtude de ato de terceiro (responsabilidade indireta).

No segundo caso, existe uma imposição legal, que obriga o terceiro a responsabilizar a vítima por ato que não praticou, exclusiva ou juntamente com a vítima.

É de se ressaltar, ainda, o posicionamento de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 78), segundo o qual “o núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.

Referidos autores exemplificam o fato afirmando que não se pode reconhecer o elemento “conduta humana”, pela ausência do elemento volitivo, na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro- hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Pois seria inadmissível imputar ao agente a prática de um ato voluntário.

Neste sentido, a *voluntariedade* não se traduz na intenção de causar o dano, mas diz respeito à consciência daquilo que se está fazendo.

### 1.3.2 Nexu causal

O Nexo causal se traduz por ser o liame entre a conduta e o dano causado à vítima, havendo assim uma total e necessária relação entre ambos, para a configuração da responsabilidade civil.

Nesse sentido, é o que defende Diniz (2010, p. 111):

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá ser de causa imediata, mas se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Ainda, segundo Flávio Tartuce (2014, p. 369),

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.

Dessa forma, para que se caracterize a responsabilidade civil é necessário que haja uma ligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, ocorrendo o último em decorrência do primeiro.

É de se convir ainda que sem a presença do fato incriminador, o prejuízo não teria ocorrido. Ainda que estejamos diante de uma responsabilidade objetiva.

Para tanto, em qualquer caso deve-se existir uma relação de causalidade.

### 1.3.3 Do Dano

No que concerne ao Dano, este se caracteriza, por ser o prejuízo efetivamente suportado pela vítima. Trata-se de requisito essencial para a caracterização da responsabilidade civil, de forma que sequer se cogita a hipótese de análise dos demais elementos da responsabilidade civil, se não presente o elemento dano.

É este o entendimento de Diniz (2010, p. 61),

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar (RSTJ, 63:51). Isto é assim porque a responsabilidade resulta em uma obrigação de ressarcir, que logicamente, não poderá concretizar onde nada há que reparar.

Nesta esteira o dano poderá ser patrimonial ou moral. Em sendo o dano patrimonial, o ofensor deverá restituir os prejuízos advindos da conduta. Já no caso do dano moral, o valor da indenização servirá para compensar os sofrimentos do ofendido. E se prestando ainda, nos dois casos, para desestimular o ofensor da prática de novas condutas lesivas.

O dano moral está previsto no artigo 5º, V e X da Constituição Federal, bem como no artigo 186 do Código Civil, dano este de ordem psíquica, que fere o íntimo do indivíduo, sendo capaz de gerar grandes consequências e prejuízos à vítima.

Zannoni (1982, p. 23/235) *apud* Diniz (2010, p. 93) explica que:

O dano moral, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente ao seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Em relação ao dano moral no âmbito das relações familiares, existe grande divergência no ordenamento jurídico acerca da possibilidade, contudo, este assunto será melhor debatido no capítulo de número três, onde serão analisados os posicionamentos da Doutrina e da Jurisprudência.

#### 1.3.3.1 Da reparação do dano extra patrimonial

Não poucas são as indagações acerca de como vincular um prejuízo imaterial sofrido a um determinado valor econômico.

A bem da verdade, o valor da indenização não deve servir para restituir o status do bem ao modo que era antes do dano, pois a final de contas o abandono ocorrido na vida de uma criança não pode ser substituído por um valor monetário, as consequências vão perdurar.

Conforme afirma Filho (2012, p. 91):

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à restitutio in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito - compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer; que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

Assim, a indenização deve servir apenas para minorar as consequências da omissão dos genitores, possibilitando à vítima condições de arcar com algum tipo de tratamento psicológico.

Desse modo, deve-se entender que o valor da indenização terá também o condão de oferecer uma tutela jurídica ao lesionado, de forma que o lesionador não fique sem alguma punição (GAGLIANO; FILHO, p.131, 2012).

Quanto ao *quatum indenizatório*, sabe-se que não existem parâmetros objetivos para a fixação do valor, de forma que, de acordo com o princípio, o magistrado levar em consideração a intensidade da ofensa e a capacidade econômica do ofensor.

Neste sentido argumentou Gagliano e Filho (2012, p.131):

O magistrado não é, nem deve ser, um irresponsável, que fixará a indenização pelo dano moral a seu bel-prazer. Ao contrário, deverá agir com as cautelas de sempre, examinando as circunstâncias dos autos e julgando fundamentadamente.

Vigora em nosso ordenamento jurídico o sistema do livre arbitramento das indenizações, cabendo assim ao juiz, no caso concreto, estipular o valor, que de acordo com suas experiências e peculiaridades do caso, servirão para de uma certa forma compensar o sofrimento do ofendido e, de outra, pena para desestimular o ofensor da prática de novas condutas ofensivas.

## **2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

Neste capítulo, serão abordados os três principais princípios atinentes ao direito de família que garantem proteção à criança e ao adolescente, de modo a poupá-los de abusos por parte do Estado, sociedade e, essencialmente, dos pais.

### **2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa humana**

Ao tratar sobre o assunto família, não poderia deixar de se falar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no 1º, inciso III, da CF, pelo qual se funda toda base normativa do Estado, bem como as garantias essenciais do indivíduo na sociedade.

Para Gonçalves (2012, p.18),

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

A dignidade é intrínseca do ser humano, pelo simples fato de ser humana a pessoa tem direito a respeito, cuidado, consideração, de ser protegida de condições desumanas, bem como da garantia da satisfação de suas necessidades pelo Estado, independente de cor, raça, condição social ou econômica, sendo este direito irrenunciável e inalienável.

Segundo Dias (2007, p. 59),

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide

sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Sobre o assunto leciona Lôbo (2011, p. 60),

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.

O Estatuto da criança e do adolescente também menciona referido princípio. Em seu artigo 18, caput, prevê que,

É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Diante da importância de tal princípio para o nosso ordenamento jurídico devem-se ser repudiadas quaisquer atitudes que venham a ultrajar os valores que dele são extraídos, como: igualdade, respeito, afeto, cuidado e etc.

Ademais, é cediço que a negligência dos pais na criação de seus filhos, deixando-os à margem de uma existência digna, pode causar sérios danos ao desenvolvimento dos menores. Devendo, portanto, serem adotadas medidas para a plena efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no seio familiar.

## **2.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Segundo este princípio a criança e o adolescente devem ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e família, no que diz respeito à elaboração e aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÔBO, 2011, p. 75).

Afirma Dias (2007, p. 65),

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças e adolescentes dos direitos fundamentais específicos que lhe são consagrados constitucionalmente.

Nesse diapasão elucida Nery Júnior e Andrade Nery (2013, p. 101),

Conduzir-se com atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente é privilegiar as propostas, soluções, medidas, providências afetivas e ordens que resolvam os problemas apresentados e que ponham termo às agressões, às ameaças de agressões e aos riscos que lhe tolhem o desenvolvimento integral.

Assim o interesse da criança e do adolescente não pode ser considerado como secundário ou até mesmo irrelevante, ao contrário, a orientação que referido princípio traz é a de que o interesse da criança e do adolescente terá primazia nas ações do Estado, família e sociedade.

### **2.3 Princípio da afetividade como desdobramento do Princípio da dignidade**

Em que pese o princípio da afetividade não encontrar previsão expressa no texto constitucional, ele pode ser considerado como desdobramento do princípio maior, anteriormente analisado, da dignidade da pessoa humana.

Segundo o dicionário Aurélio o vocábulo afeto é sinônimo de sentimento, paixão, amizade, amor, simpatia ou afeição.

Portanto, o conceito de afeto se consubstancia em uma ideia de carinho ternura, ajuda, cuidado. Sentimentos estes intimamente ligados às relações familiares, uma vez que são nas relações familiares que tais sentimentos são mais expressivos.

Para Lôbo (2011, p. 71), o princípio da afetividade encontra seus fundamentos na Constituição, dentre outros, nos referidos dispositivos,

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);
- d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Referido doutrinador (2011, p. 71) ainda afirma que o princípio da afetividade, não se confunde com afeto, como fato psicológico ou anímico, assegurando inclusive que a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Segundo Dornelas (2012, p. 49),

As emoções ocupam um cargo muito importante no desenvolvimento mental de qualquer ser humano, afinal são os sentimentos responsáveis por desencadear o temperamento emocional de cada um, e é sem sombra de dúvida na fase da infância que este lado emocional está sendo construído, esse é o momento para se estabelecer fortes bases emocionais, evitando que mais a frente essa pessoa possa sofrer emocionalmente.

Vale lembrar que o dever de prestar alimentos, não se confunde com que se propõe no presente trabalho, pois o dever de prestar afeto vai muito além de uma obrigação pecuniária, são contudo atitudes que levam a criança se sentir aceita, importante para a família e sociedade, contribuindo assim para a boa formação de sua personalidade.

### 2.3.1 O dever de guarda e visitas com a ruptura dos laços conjugais

Conforme assinala Gonçalves (2012, p. 136) “[...] o (dever) de guarda obriga à assistência material, moral e espiritual, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Mesmo após a dissolução dos laços conjugais, subsiste a obrigação dos pais de sustentar os filhos dando-lhes orientação moral e educacional, sob pena de perda do poder familiar.

Conforme prevê o artigo 1.634 do Código Civil, do inciso I a VII, compete aos pais dirigir aos filhos a criação, educação bem como tê-los em sua companhia e guarda, praticando todos os atos que decorrem dos referidos deveres.

Assim, os pais, independentemente de suas condições financeiras, possuem o dever de zelar pelos filhos, provendo a subsistência material, guardando-os ao tê-los em sua companhia bem como educando-os moral, intelectual e fisicamente (GONÇALVES, 2012, p. 137).

O legislador no ano de 2008, com vistas a atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, alterou o Código Civil de 2002 introduzindo, por meio da Lei 11.698, o Instituto da guarda compartilhada, sendo identificada como: “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (§1º, art. 1.583, CC 2002)”.

Para Pereira (2014, p. 322),

(a guarda compartilhada) diminui de forma significativa os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião pela ausência de cuidados em relação aos filhos, a guarda compartilhada envolve os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre genitores e os filhos no interior da família desunida.

Dessa forma, a guarda compartilhada busca amenizar o impacto sofrido pela criança com a ruptura familiar, de forma que os pais estarão mais presentes no dia a dia da criança contribuindo com a sua boa formação moral e psicológica.

Contudo, seja qual for a maneira de convivência do pais com os filhos, é direito dos filhos ter o convívio pleno com cada um dos genitores e dever-

direito dos pais ter seus filhos em sua companhia, ainda em se tratando da guarda unilateral.

Em se tratando da guarda unilateral, é oportuno mencionar o dever de visitas previsto no artigo 1.589 do CC: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Para Dias (2015, p. 532), é inadequada a expressão “direito de visitas”, haja vista que traz uma ideia de índole protocolar, mecânica, como se fosse uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e fiscalização. Afirma que a melhor expressão seria “direito de convivência”.

Sobre o tema, referida autora ainda afirma que o direito de convivência não é assegurado apenas ao pai ou à mãe, sendo direito do próprio filho:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.

Verifica-se desse modo, que a convivência dos pais com os filhos, mesmo após a separação Judicial, é essencial para o bom desenvolvimento da criança, sendo o dever de visitas uma imposição legal, cuja qual, objetiva a efetivação do princípio constitucional da afetividade.

#### **2.4 As consequências do abandono afetivo**

Prevê o artigo 227 da Constituição, que é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diante disso infere-se que a responsabilidade dos pais não se baseia apenas na obrigação de prestar alimentos, ao contrário prevê o próprio seio da Constituição que os pais devem proporcionar segurança, condições dignas de vida e afeto ao filho.

Sabe-se que é na família, e mais exatamente nos primeiros anos de vida, que o indivíduo desenvolve sua identidade de si para si, e de si para o mundo.

Dessa forma, os pais exercem papel primordial neste processo, pois a criança é um ser totalmente dependente de seus genitores, de forma que toda e estrutura e espelho para a criança se concentra na pessoa dos pais.

Estrutura essa que poderá ser abalada caso a criança seja rejeitada, fator que poderá desencadear inúmeros traumas e desequilíbrios emocionais dificilmente reversíveis.

Fato é que convivência familiar não se caracteriza necessariamente como coabitação, pois ainda que exista distância física, os pais poderão ser moralmente presentes na vida dos filhos.

Em pesquisa realizada nos Estados Unidos por Martorelli (2004), referente às consequências da falta do convívio entre pai e filho, restou evidenciado que,

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.

Nesse mesmo sentido, aponta Dias (2007, p 407),

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, poder gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da

sociedade. [...] A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornando-se pessoas inseguras, infelizes.

Em interessante artigo científico intitulado de “Não só de pão vive o homem” Pereira e Silva (2006, p. 647), afirmam que:

A transferência de valores com a inserção do filho na vida social ocorre por meio da convivência e do afeto. E o exercício da função paterna nunca poderá estar atrelado, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais do filho. A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro.

Há quem diga que não se pode obrigar os pais a amarem seus filhos, contudo a mais bem da verdade, em que pese existirem circunstâncias pelas quais o filho não tenha sido planejado, a criança não escolheu vir ao mundo, de forma que, se o pai se sente impossibilitado de amar uma criança inofensiva que apenas necessita de cuidados e amor, ele deverá arcar com a indenização pelos prejuízos referentes ao seu desprezo.

### **3. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL AO ABANDONO AFETIVO NA VISÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

A questão da possibilidade da aplicação do Instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de Família é ainda uma questão controvertida, pois como se sabe, e mais adiante se verá, os tribunais cada vez mais vêm admitido esta possibilidade, haja vista o advento da Constituição da República de 1988, cuja qual, tutelou valores tais como dignidade da pessoa humana.

No atual contexto jurídico, existe grande discussão acerca da possibilidade da aplicação do instituto do dano moral nos casos de abandono afetivo.

Questiona-se se seria possível obrigar um pai a amar seu filho, ou ainda se existiria a possibilidade de se valorar o amor.

Em que pesem posicionamentos divergentes, a melhor doutrina e decisões recentes dos tribunais vem entendendo acerca da possibilidade da reparação pecuniária em ocorrendo o abandono afetivo.

Inicialmente serão trazidas noções gerais sobre o dano moral nas relações familiares, e após, far-se-á uma análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do abandono afetivo.

#### **3.1 Do Dano Moral no âmbito das relações familiares**

Ainda que não exista previsão legal, para a possibilidade de reparação pecuniária no âmbito das relações familiares, não existe vedação legal para tanto, conforme afirma Dias (2015, p.90-91),

Ainda que não haja expressa previsão sobre a possibilidade de indenização em decorrência da vida em comum, a lei também não a proíbe. No entanto, numerosos dispositivos do Código Civil (1.212, 1.572, 1.573, 1.637, 1.638, 1.752, 1.773, 1.814 e 1.995) apontam condutas a serem observadas pelos cônjuges, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo

descumprimento gera direito de indenização. Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de ato ilícito, sempre gera obrigação indenizatória. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito ( CC 9 27) , o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e os morais.

Contudo a doutrina e o judiciário vem entendendo que a reparação pecuniária não deve possuir o viés de impor a obrigação de cumprimento de todas as promessas feitas no início de um relacionamento. Entendendo que impor tal obrigação constituiria obstáculo à liberdade como, por exemplo, de um dos cônjuges romper com o relacionamento.

Assim a situação deve ser analisada à Luz da Constituição, pois deve-se buscar a correta aplicação do Instituto do Dano moral com vistas a reparação dos danos suportados pela vítima, sem perder de vista a liberdade do indivíduo assegurada pela Constituição.

A questão do dano moral no direito de família não deve ser analisada conforme o direito obrigacional, pois nas relações familiares os vínculos que unem as pessoas não são vínculos patrimoniais mas sim afetivos.

Sobre o tema do Dano moral no direito de família existem três correntes. A primeira afirma que não há possibilidade de reparação pecuniária no que concerne as relações familiares, haja vista que no direito de família já existem sanções próprias, como por exemplo perda do poder familiar. Já a segunda corrente, entende que cabe o dano moral dentro do direito de família, desde que observados os requisitos da responsabilidade civil subjetiva. E por fim, a terceira corrente defende que a indenização somente pode ocorrer nos casos em que os danos causados afetem o direito de personalidade de forma a trazer à vítima transtornos graves e desequilíbrios emocionais. (BRITO et al, 2013, p. 58).

Assim, nota-se que a teoria mais acertada seria aquela que entende que a possibilidade da aplicação do dano moral no direito de família deve ser restringida às ofensas mais graves que atentam contra a dignidade da pessoa humana, sob pena de se banalizar o instituto do Dano Moral.

É Neste sentido que afirmou Hironaka (2005, p. 148) *apud* Pereira (2014, p. 333):

A indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configura como parcimônia e bom-senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.

### **3.2 Posicionamento doutrinário acerca da possibilidade de aplicação do instituto do dano moral em razão de abandono afetivo**

Não existe na doutrina consenso acerca da possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo, existindo assim uma corrente doutrinária favorável a reparação pecuniária e outra que defende a impossibilidade da aplicação de referido instituto ao caso em tela.

Machado (2012) destaca a existência dessas duas correntes:

A primeira entende que é possível a reparação civil, utilizando como argumentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio implícito da afetividade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Por outro lado, a segunda corrente entende não ser possível a reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo, sob pena de se quantificar o amor, sem se esquecer do fato de que ninguém pode ser obrigado a amar.

Para os que defendem a possibilidade da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, a criança se caracteriza como sendo pessoa em desenvolvimento que necessita da presença dos genitores a fim de que ocorra o pleno desenvolvimento mental e psicológico, de forma que a indenização deverá gerar um comprometimento dos pais nesse sentido.

Neste sentido argumentou Dias (2007, p. 408):

[...] Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um

valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.

Para outros a responsabilidade civil é devida para quem descumpre os deveres inerentes ao poder de família, conforme aduz LOBO, (2011, p. 312):

Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpre o múnus inerente ao poder familiar. “Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”.

Ao contrário aos argumentos apresentados, a corrente que defende a impossibilidade da aplicação do dano moral no caso em evidência, afirma que não é possível ao ordenamento jurídico regular relações afetivas entre as pessoas.

Conforme ensina Neves (2012):

Não se pode acreditar que o ordenamento jurídico seja capaz de regular as intrincadas relações afetivas entre as pessoas, como se houvesse um modo correto de agir nesse campo, ou como se houvesse algum tipo de padrão de comportamento afetivo considerado como adequado.

A corrente que segue o entendimento da impossibilidade da reparação civil entende que a reparação pecuniária do abandono afetivo causaria uma monetarização do amor, conforme SCHUH (2006, p. 75) *apud* MACHADO (2012), “[...] a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares.”

Ademais afirmam que a imposição de sanção não seria capaz de apagar as cicatrizes causadas, ao passo que culminaria em uma maior dificuldade para a aproximação entre pai e filho.

Conforme assinalou Neves (2012):

A função indenizatória também não se mostra viável nesses casos, porque não pode acreditar que o recebimento de uma certa quantia em dinheiro seja capaz de apagar as cicatrizes que tenham sido causadas pela

falta de afeto. Ao contrário, qualquer tipo de litígio entre pai e filho a esse respeito, seja qual for a solução encontrada, só serve para alargar o abismo afetivo entre eles.

Ainda segundo o autor, o eventual reconhecimento judicial de que houve falta de afeto por parte do genitor poderá gerar maiores sequelas de forma que haverá um reforço na crença de abandono o sentimento de rejeição e desamparo, conforme transcrito a seguir,

Por fim, o eventual reconhecimento judicial de que houve indevida falta de afeto pelo genitor pode ser causa de agravamento dos danos causados. A condenação do genitor confirma, de maneira irrefutável, para o filho a sua posição de vítima. Do ponto de vista psicológico, há um reforço na crença de abandono, no sentimento de rejeição e desamparo. Diante disso, é possível que sejam maiores as dificuldades do filho para a superação das conseqüências da lamentável falta de sorte de não ter tido pais que tivessem condições atender aos idealizados padrões de afetividade.

De todo modo deve-se ressaltar a necessidade de uma análise minuciosa dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo de forma a não banalizar o instituto da responsabilidade civil, quanto mais ao aplica-lo ao direito de família.

### **3.3 Posicionamentos jurisprudenciais sobre a responsabilidade no caso de abandono afetivo**

Não poucas são as decisões proferidas pelos nossos tribunais, condenando pais ausentes ao pagamento de indenização a seus filhos.

Um caso bastante interessante que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, fora de um pai que foi condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao pagamento de indenização à sua filha, em virtude de abandono afetivo.

Em sede de recurso especial, o pai sustentou que não abandonou a filha, e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se revestiu de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das

obrigações relativas ao poder familiar, seria a perda do poder familiar – conforme o art. 1638 do CC-2002.

Contudo a Corte manteve a condenação, reformando apenas o valor da indenização que foi reduzido para R\$ 200.000,000 (duzentos mil reais).

Conforme ementa da decisão a seguir,

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI-STJ).

Vale-se destacar o voto da Ministra Nancy Andrichi, que foi relatora do processo, a qual afirma que o caso não discute a questão de amar, mas sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, concluindo que, "amar é faculdade, cuidar é dever".

Em outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a Desembargadora Mariza de Melo Porto votou pela condenação de um pai ao

pagamento de indenização afirmando que o amor é um sentimento que deve ser aprendido, conforme ementa do voto a seguir,

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - **ABANDONO AFETIVO** - ILICITUDE POR OMISSÃO - COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS - POSSIBILIDADE. 1. Com fulcro na dignidade da pessoa humana, consagrada na CR/88, há que se condenar os pais negligentes ao pagamento de indenização com o escopo de firmar **responsabilidades** da ação volitiva de se conceber uma criança, mesmo sendo tal ato advindo de uma situação não planejada ou até mesmo daquelas em que não há relação marital entre os genitores. 2. É inconcebível a ideia de deixar os filhos à deriva pelo mundo, abandonados à sua própria sorte, privando-os de cuidados necessários a um desenvolvimento sadio, garantido pelo nosso ordenamento jurídico. Alguns papéis são insubstituíveis e indelegáveis: os de pai e mãe são bons exemplos disso. Pai e mãe são apenas rótulos, quando não se dedicam ao papel imposto a eles por meio legal. 3. É imperioso ressaltar que várias decisões já foram proferidas pelos tribunais com base no argumento de que não se pode impor a obrigação de amar. Seria impossível realmente tal imposição. No entanto, tais julgadores se esquecem de que amor é um sentimento aprendido. Ninguém nasce amando os pais, os irmãos ou a natureza, daí a importância do convívio. Por isso o absentismo de um pai é tão perverso na vida do filho, uma vez que este foi privado de aprender a amar. Por outro lado, há de se imputar uma pena a essa conduta moralmente reprovável. 4. Em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, no voto da Ministra Nancy Andrighi, é possível pleitear indenização por danos morais quando há comprovação de que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida, ocorrendo ilicitude **civil** sob a forma de omissão. (DESEMBARGADORA MARIZA DE MELO PORTO - VOGAL VENCIDA). (TJMG - Apelação Cível 1.0628.13.001301-2/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2015, publicação da súmula em 29/04/2015).

É oportuno ainda mencionar recente decisão do tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja qual condenou os pais ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em virtude de haverem abandonado a filha portadora de deficiência mental em instituições públicas e após aos cuidados de terceiros por muitos anos, sem prestar cuidados materiais e afetivos à filha. Conforme acórdão a seguir,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA POR INCAPAZ. SOLIDARIEDADE. Nos

termos do artigo 198, inciso I, do Código Civil, não corre a prescrição contra incapaz. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexos de causalidade. Nesse passo, o absoluto e voluntário abandono material e afetivo da filha - portadora de deficiência mental - por ambos os genitores em instituições públicas por dezenove anos, além de ser relegada aos cuidados de terceiros por outros dezenove anos, constitui dano moral passível de indenização. A solidariedade, nos termos do art. 265 do Código Civil, "não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes". Apesar de ambos os genitores terem praticado o ato ilícito, cada qual deve responder pela sua atuação não podendo a falta de um ser imputada ao outro. Logo, as indenizações devem ser fixadas individualmente. AFASTARAM A PRESCRIÇÃO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO. (Apelação Cível Nº 70061225074, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 09/04/2015).

Em outro julgado o mesmo Tribunal entendeu pela condenação, afirmando na ementa que a responsabilidade pela concepção e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados apenas a mulher, esses decorrem da liberdade sexual assumido pelos pais. Conforme transcrição a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM 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. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/01/2014, publicação da súmula em 23/01/2014).

No entanto, apesar das decisões favoráveis ao pagamento de danos morais, existe outra parte da Jurisprudência a qual entende que o abandono

afetivo não constitui ilícito cível, conforme se verá nas decisões a seguir expostas.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"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, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil" (Ap. Cível nº. 1.0499.07.006379-1/002, 17ª Câmara Cível do TJMG, rel. Des. Luciano Pinto, d.j. 9-1-2009; fonte: site do TJMG).

Em outro julgamento o mesmo Tribunal entendeu por não condenar o genitor, por acreditar que não se pode obrigar um pai a amar seu filho,

O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar 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, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. (Ap. Cível nº. 1.0145.05.219641-0/001, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Domingos Coelho, d.j. 15-12-2006; fonte: site do TJMG).

Apesar da não unanimidade nos Tribunais acerca da questão, nota-se que o Judiciário vem direcionando suas decisões no sentido de admitir a reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo

## CONCLUSÃO

Buscou-se nesse trabalho analisar a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil aos pais que abandonam afetivamente seus filhos.

Como pôde-se observar, não existe unanimidade acerca da questão proposta, tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Pois para a corrente que defende a aplicação do dano moral no caso tela, a criança e/ou o adolescente são lesionados com a negligência de afeto dos pais, de forma que essa ausência pode acarretar inúmeros problemas psicológicos ao indivíduo por toda sua vida.

Defendem ainda que a não aplicação do dano moral seria o mesmo que não considerar o afeto um bem valioso.

Na outra vertente situa-se outra corrente, contrária aos argumentos utilizados pela primeira. Segundo esse posicionamento, a aplicação do dano moral seria o mesmo que dar um valor ao amor, ao passo que o judiciário não pode interferir nas relações familiares. Afirmam ainda que a reparação civil aumentaria ainda mais a apatia existente entre pai e filho.

A fim de elucidar a questão posta, no primeiro capítulo foi apresentado o instituto da responsabilidade civil. Num primeiro momento foi abordado a responsabilidade civil quanto a culpa que se divide em objetiva e subjetiva, nesta exige-se prova da culpa, sendo que naquela, este requisito não se faz necessário.

Depois foi abordada a responsabilidade civil quanto à natureza jurídica da norma violada, a qual se divide em contratual, na qual um dos contratantes fere uma cláusula do contrato particular e a outra extra contratual na qual o indivíduo fere norma legal a todos imposta.

Na sequência após o estudo da responsabilidade civil, buscou-se apresentar os principais princípios norteadores da proteção à criança e ao adolescente.

Num primeiro momento foi apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana, que se caracteriza por ser o princípio basilar do Estado

Democrático de Direito, pelo qual se fundam todas as garantias essenciais do indivíduo em sociedade.

Após foi trazido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual defende que os interesses da criança e do adolescente devem ter prioridade absoluta nas ações do Estado, da sociedade e da família.

Posteriormente foi analisado o princípio da afetividade, que se encontra de forma implícita na Constituição Federal. Este princípio se traduz em uma concepção de cuidado, amparo moral e psicológico.

Na sequência fez-se uma breve explanação bibliográfica acerca das informações existentes no que diz respeito as consequências psicológicas desencadeadas em crianças e adolescentes, quando afrontados os princípios constitucionais de proteção.

E por fim, no último capítulo, buscou-se apresentar como a doutrina e a jurisprudência vem se posicionado acerca do tema.

Viu-se que não existe unanimidade quanto a questão. Para a corrente desfavorável, o Judiciário não pode intervir nas relações particulares, ao passo que o afeto não seria um dever, mas sim um sentimento intelectual não passível de imposição.

Ao mais foi demonstrado que, para essa corrente não se pode quantificar o amor, ao passo que a aplicação da reparação pecuniária distanciara ainda mais pai e filho.

No entanto, viu-se que a corrente doutrinária e jurisprudencial favorável à reparação civil entende que o Estado não obriga o indivíduo a amar seu filho, existindo, contudo, um dever de cuidado, de auxílio moral e psicológico para o filho.

Conforme analisado, comprovadamente, a criança, e mais precisamente em seus primeiros anos de vida, necessita da presença dos pais para a sua boa formação psíquica e emocional. Haja vista ser nos pais o primeiro contato da criança com o mundo. Ocorrendo a partir daí a assimilação acerca das pessoas, dos sentimentos, do conhecimento, e também acerca de sua identidade.

Uma rejeição pelos pais, em qualquer fase da vida, mas essencialmente, nesse momento, certamente ocasionará inúmeros desequilíbrios emocionais dificilmente reversíveis.

Conforme demonstrado no segundo capítulo, a ausência de convívio entre pai e filho aumenta substancialmente a probabilidade, no caso das meninas, de engravidarem na adolescência bem como cometerem suicídio, sendo que nos meninos aumentam as chances de fugirem de casa e utilizarem drogas. De forma que meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.

Verificou-se também no presente estudo que o dever dos pais de prestarem afeto, carinho, atenção, apoio moral e psicológico emerge do ordenamento jurídico como direito fundamental garantido por meio dos princípios apresentados, à criança e ao adolescente.

Desse modo o desrespeito aos deveres de cuidado lesiona a criança e ao adolescente, atentando contra sua dignidade. Diante disso a conduta omissiva e indiferente do pai ou da mãe gera o dever de indenizar.

Nota-se que não se trata de mercantilizar o amor, mas de não permitir que o afeto seja banalizado e não considerado como aspecto essencial na formação do indivíduo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0628.13.001301-2/001, Relator: PAIVA, Wanderley, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2015, publicado no Dje em 29-04-2015. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=43D7AE948600E382CC2220D66CABB3F2.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0628.13.0013012%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=43D7AE948600E382CC2220D66CABB3F2.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0628.13.0013012%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em 20 agosto 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0145.07.411698-2/001, Relator: LEVENHAGEN, Barros, 5ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 16/01/2014. Publicado no Dje em 23-01-2014. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=43D7AE948600E382CC2220D66CABB3F2.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.07.4116982%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=43D7AE948600E382CC2220D66CABB3F2.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.07.4116982%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em 22 agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0499.07.006379-1/002, 17ª Câm. Cível. Relator: PINTO, Luciano. Julgamento em 27-11-2008. Publicado no Dje em 9-1-2009. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=43D7AE948600E382CC2220D66CABB3F2.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0499.07.0063791%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=43D7AE948600E382CC2220D66CABB3F2.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0499.07.0063791%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em 18 agosto 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível nº. 1.0145.05.219641-0/001, 12ª Câm. Cível. Relator: COELHO, Domingos. Publicado no Dje em 15-12-2006. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>>. Acesso em 12 setembro 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70061225074, Oitava Câmara Cível, Relator: SCHMITZ, Alzir Felipe. Julgamento em 09/04/2015 Publicado no Dje em 16-04-2015. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70061225074&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politicasite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70061225074&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em 21 agosto 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no Dje de 10-05-2012, p. 02. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num\\_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 20 agosto 2015.

BOM SUCESSO, Edina de Paula, Afeto e Limite: uma vida melhor para pais e filhos. Rio de Janeiro: Dunya Ed., 1999.

BRITO, Edigleison Rodrigues de. *Dano moral no direito de família*. Évora/Portugal: Revista Homem, Espaço e Tempo, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 25. ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DORNELAS, Bruna Giroto. *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo dos pais perante os filhos*. Presidente Prudente, 30 novembro 2012. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3047/2809>>. Acesso em: 21 maio 2015.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol III. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao>>. Novembro 2012. Acesso em 22 junho 2015.

MARTORELLI, Gisele. *Guarda compartilhada: uma necessidade imperiosa*. 25 junho 2004. Disponível em: < <http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-guarda.html>>. Acesso em 23 maio 2015.

MODERNA biblioteca de direito: Códigos: Civil, Processo Civil, Penal, Processo Penal, Comercial e Legislação Complementar. São Paulo: CONSULEX, 2009. v. 6.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. Indenização por abandono afetivo impossibilidade. 01 dezembro 2012. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/86> >. Acesso em 20 junho 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Direito de Família. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*: direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Claudia Maria da. Nem só de Pão Vive o Homem. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf> >. Acesso em: 28 maio 2015.

REVISTA jurídica consulex 12 anos: Registrando os mais signitativos movimentos do direito e as tendências dos nossos tribunais. São Paulo: CONSULEX, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Vade Mecum: 8000 em 1. 5. ed. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, v.4. 2004.