



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

ROBERTA STELLA FERNANDES DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO
AFETIVO**

Campina Grande/PB
Maio de 2014

ROBERTA STELLA FERNANDES DE OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), em convênio com a Escola Superior da Magistratura (ESMA), em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Especialista.

Orientador: Prof. Ms. Fábio José de Araújo

Campina Grande/PB
Maio de 2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

O48r Oliveira, Roberta Stella Fernandes de.
Responsabilidade civil e abandono afetivo [manuscrito] /
Roberta Stella Fernandes de Oliveira. - 2014.
40 p.

Digitado
Monografia (Especialização em Prática Judicante) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Prof. Me. Fábio José de Araújo, Departamento
de Direito Público".

1. Responsabilidade civil. 2. Família. 3. Abandono afetivo.
I. Título.

21. ed. CDD 346.02


ROBERTA STELLA FERNANDES DE OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO


Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), em convênio com a Escola Superior da Magistratura (ESMA), em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Especialista.

Aprovada em: 02/05/2014

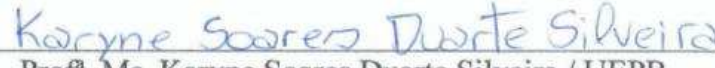
BANCA EXAMINADORA

 - 10,0

Prof. Ms. Fábio José de Araújo / UEPB
Orientador

 - 10,0

Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo / UEPB
Examinador

 10,0

Prof. Ms. Karyne Soares Duarte Silveira / UEPB
Examinadora

“Não deverá gerar filhos quem não quer dar-se ao trabalho de criá-los e educá-los.” (Platão)

RESUMO

A responsabilidade civil surge a partir da violação de uma obrigação, seja esta de fazer ou de não fazer, que resulte em prejuízo para outra parte. Havendo a violação da obrigação (dever jurídico originário), e dela resultando dano, nasce a responsabilidade (dever jurídico sucessivo), ou seja, nasce o dever de reparar o prejuízo causado. Só é possível falar de responsabilidade quando há o descumprimento de uma obrigação assumida (contratos) ou imposta pelo Estado com resultado prejudicial a alguém ou algum grupo. Os elementos da responsabilidade são três: conduta,nexo e dano, o qual pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. O dano moral, espécie de dano extrapatrimonial, consiste em uma violação a direito da personalidade. E, quando um direito da personalidade é violado, há ilícito civil, sendo absolutamente admitida, no ordenamento pátrio, a possibilidade de responsabilização civil por dano moral. Família é um ente despersonalizado, base da sociedade, moldado pelo vínculo afetivo e reconhecido pelo Estado. O abandono afetivo consiste na falta da convivência familiar. Tal abandono ocorre quando o pai (mais comum) ou a mãe não oferece ao seu filho cuidado, afeto, atenção, zelo. Pode-se dizer que a inexistência ou deficiência de laços afetivos dilacera a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e direito da personalidade. Se o abandono afetivo fere direito da personalidade, a situação que se apresenta é: é cabível responsabilização civil no caso do pai que comete abandono afetivo? A questão não é pacífica na doutrina nem nos tribunais, bem como não há legislação sobre o tema. A fim de que se possa alcançar o embasamento necessário para a elucidação da problemática que ora se afigura, será adotado o método exegetico-jurídico e histórico-comparativo, além de análise documental, com consultas a doutrinas, livros, artigos científicos, textos da internet e legislação. Ainda, utilizar-se-á a revisão bibliográfica como procedimento técnico. Primeiramente, serão analisados a responsabilidade civil e o dano moral. Logo após, far-se-á a abordagem do conceito de família e abandono afetivo. Por fim, será vista a opinião dos principais doutrinadores sobre o tema, bem como o que entendem o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e alguns tribunais estaduais. Do estudo, concluiu-se que é possível responsabilizar aquele que comete abandono afetivo, em virtude da desobediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, conforme previsão do artigo 227, da Constituição Federal, é dever da família zelar pelos seus componentes, ou seja, os genitores, salvo impossibilidade justificada, têm o dever de cuidar e zelar pelos seus filhos.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Família. Abandono Afetivo.

ABSTRACT

The civil responsibility arises from the violation of an obligation, whether it is the duty to do something or to refrain from doing something, which results in losses to another party. If there is a breach of the obligation (original legal duty), resulting damage from it, the liability (successive legal duty) emerges, in other words, the duty to repair the damage emerges. It's only possible to discuss the responsibility when there is a breach of an assumed obligation (contracts) or a duty imposed by the State, which results in loss to someone or some group. The elements of civil responsibility are three: conduct, nexus and damage, which can be property or extra property. The moral damage, kind of extra property injury, consists in a violation of personality rights. And, when a personality right is violated, there is an illicit civil act, being absolutely admitted, in Brazilian legal system, the possibility of civil responsibility for moral damage. Family is a depersonalized entity, basis of society, shaped by the affective bond and recognized by the State. The affective abandonment consists in the absence of family interaction. This abandonment occurs when the father (most common) or the mother does not offer care, affection, attention, zeal to his/her child. It can be said that the absence or lack of affective bonds lacerates the dignity of the human being, foundation of the Federative Republic of Brazil and a personality right. If the affective abandonment violates a personality right, the situation that is presented is: Can civil responsibility be applied in cases of fathers who commit affective abandonment? The issue is not pacific in doctrine or in the courts, besides, there is no regulation on the subject. In order to achieve the necessary base for the elucidation of the issue that now appears, it will be adopted the legal-exegetical and historical-comparative method, as well as documental analysis, with consultation of doctrines, books, scientific articles, web texts and legislation. Still, it will be used the bibliographic review as technical procedure. Firstly, the civil responsibility and the moral damage will be analysed. Thereupon, it will be made an approach of the concepts of family and affective abandonment. Eventually, it will be exhibited the opinion of the main doctrinators on the subject, as well as the position of the Federal Supreme Court, the Justice Superior Court and some state courts. From the study, it was concluded that it is possible to take the ones who commit affective abandonment as responsables, due to the violation of the principle of human dignity. Furthermore, according to the article 227 of the Brazilian Federal Constitution, it is a family duty to look after their components, ie, the genitors, unless under justified impossibility, have the duty to take care and look after their children.

Keywords: Civil Responsibility. Family. Affective Abandonment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL.....	9
1.1 Conceito de Responsabilidade Civil.....	9
1.2 Elementos da Responsabilidade Civil.....	11
1.3 O Dano Moral.....	14
1.4 A Prova do Dano Moral.....	16
1.5 Determinação do Quantum Indenizatório.....	16
1.6 A Dupla Função da Indenização por Danos Morais.....	18
2 CONCEITO DE FAMÍLIA E DE ABANDONO AFETIVO.....	20
2.1 A Família e os seus Princípios Constitucionais.....	20
2.2 Definição de abandono afetivo segundo a doutrina jurídica.....	24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO.....	29
3.1 A Opinião de Doutrinadores Relevantes.....	29
3.2 Análise da jurisprudência do STF, do STJ e de alguns tribunais estaduais sobre o tema.....	32
3.3 Responsabilidade Civil e Abandono Afetivo.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, consagrou que é dever da família, da sociedade e do Estado 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. De todos os deveres citados, observa-se que a convivência familiar é, por óbvio, responsabilidade da família, visto que é no lar onde os laços afetivos nascem.

O abandono afetivo consiste justamente na falta desta convivência. Tal abandono ocorre quando o pai (mais comum) ou a mãe não oferece ao seu filho cuidado, afeto, atenção, zelo. Pode-se dizer que a inexistência ou deficiência de laços afetivos dilacera a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e direito da personalidade.

A responsabilidade civil surge a partir da violação de uma obrigação, seja esta de fazer ou de não fazer, que resulte em prejuízo para outra parte. Havendo a violação da obrigação (dever jurídico originário), e dela resultando dano, nasce a responsabilidade (dever jurídico sucessivo), não podendo se falar em responsabilidade quando não há o descumprimento de uma obrigação assumida (contratos) ou imposta pelo Estado com resultado prejudicial a alguém ou algum grupo. Os elementos da responsabilidade civil são conduta, nexos causal e dano. Este dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial (por exemplo, o dano moral).

Pode-se definir dano moral como violação a direito da personalidade. E, neste caso, há ilícito civil, sendo absolutamente admitida, no ordenamento pátrio, a possibilidade de responsabilização civil por tal violação.

Com base na dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade (um dos princípios que regem o direito de família), há decisões nos tribunais estaduais pátrios, e mais recentemente no Superior Tribunal de Justiça, permitindo a responsabilização daquele que comete abandono afetivo.

A motivação para escrever sobre tal assunto se deu porque nos últimos anos as ações de indenização por abandono afetivo se multiplicaram nos tribunais brasileiros, e ainda não há legislação sobre o tema, além de que a doutrina é divergente, o que torna as discussões mais acirradas.

O presente trabalho tem por objetivo a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, bem como o estudo de alguns julgados importantes dos tribunais estaduais, abordando também opiniões dos principais doutrinadores, no afã de verificar se realmente um pai deve pagar indenização ao seu filho por não lhe ter oferecido afeto.

A fim de que se possa alcançar o embasamento necessário para a elucidação da problemática que ora se afigura, será adotado o método exegetico-jurídico e histórico-comparativo, além de análise documental, com consultas a doutrinas, livros, artigos científicos, textos da internet e legislação.

Salienta-se, neste diapasão, que o presente estudo utilizar-se-á da revisão bibliográfica como procedimento técnico, tendo em vista ser este tipo de pesquisa o procedimento básico para estudos monográficos. A pesquisa bibliográfica pode ser definida como o levantamento, a documentação, dos principais textos publicados sobre o tema (LAKATOS; MARCONI, 2005, p. 66).

O primeiro capítulo tratará da responsabilidade civil e do dano moral. Estudar-se-ão todos os elementos da responsabilidade civil. Também será analisado o conceito de dano moral, suas características e os métodos para quantificar a indenização neste tipo de dano. Será mostrado ao leitor que no âmbito do direito de família também são aplicadas as regras da responsabilidade.

Logo após, far-se-á uma abordagem sobre a família e abandono afetivo. Será vista a evolução jurídica e social da família, que culminou na aceitação pelo direito das diversas formas de arranjos familiares. Ainda, serão analisadas as consequências nefastas do abandono afetivo, o qual, segundo pesquisas científicas, pode causar complicações físicas e psicológicas para quem o sofre.

No terceiro e último capítulo, será feito o elo entre a responsabilidade civil tratada no primeiro capítulo e o abandono afetivo tratado no segundo. Neste ponto do trabalho será possível ver se o abandono afetivo é dano moral e se os elementos da responsabilidade civil podem ser encontrados nos casos de tal abandono. Abordar-se-á a opinião dos principais doutrinadores e a opinião do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Também serão analisados julgados de alguns tribunais estaduais.

Importante asseverar que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar o tema, mas, sim, ao contrário, pretende contribuir para o estudo crítico do abandono afetivo, instigando para que outros continuem a se debruçar sobre ele.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

A responsabilidade civil surge a partir da violação de uma obrigação, seja esta de fazer ou de não fazer, que resulte em dano para outra parte. O dano moral, por sua vez, pode ser definido como lesão a direito da personalidade.

1.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Havendo a violação da obrigação (dever jurídico originário), e dela resultando dano, nasce a responsabilidade (dever jurídico sucessivo), não podendo se falar em responsabilidade quando não há o descumprimento de uma obrigação assumida (contratos) ou imposta pelo Estado com resultado prejudicial a alguém ou algum grupo.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 01) afirmam que “a palavra ‘responsabilidade’ tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade (...)”.

Responsabilidade é uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesante) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 01).

Rodrigues (2000, p. 07) enfatiza a afirmação segundo a qual o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe "a quem causa dano o dever de reparar". Na mesma linha de raciocínio inscreve-se Lopes (1962, p. 188), para quem a responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo. Savatier (1951, p. 01) apresenta uma definição, assentada na "obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por um fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dependentes dela".

Havendo dano (patrimonial, moral ou físico) derivado da violação de um dever jurídico preexistente, surge a responsabilidade civil, que impõe a reparação deste dano pelo seu causador, a fim de que se restabeleça a situação anterior à lesão e que se adote uma postura sempre de acordo com os preceitos jurídicos vigentes. Assim, a responsabilidade tem dupla função: restabelecer o *status quo ante* e penalizar o agente lesante, evitando a reiteração de condutas contrárias à boa ordem social e jurídica.

Sem dano, não há que se falar em reparação, em ressarcimento e, portanto, em responsabilidade, já que a própria finalidade da responsabilidade é o resgate da situação

anterior ao dano, o reestabelecimento do que foi modificado pelo descumprimento de um preceito estabelecido¹.

A responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente. A depender da natureza da norma violada, a responsabilidade civil poderá ser contratual (artigos 389 e 395, do Código Civil) ou extracontratual, também chamada de aquiliana (artigos 186, 187 e 927 do mesmo Código).

A responsabilidade aquiliana pressupõe o descumprimento da lei. O artigo 186, do Código Civil traz a regra geral da responsabilidade no Brasil, definindo o ato ilícito. O dito artigo aduz que aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O artigo 186 retro mencionado, por influência do artigo 159, do Código Civil brasileiro de 1916, que, por sua vez, buscou inspiração nos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil da França, consagra uma ilicitude subjetiva, ao fazer nítida referência aos elementos culpa e dolo.

Logo em seguida, ao definir o abuso de direito em seu artigo 187, o codificador consagrou uma ilicitude objetiva, dispensando a culpa e o dolo, e preferindo um critério finalístico (objetivo) de análise: também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em síntese, no direito brasileiro, à luz do triângulo normativo formado pelos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil, pode-se concluir que a responsabilidade civil poderá ser subjetiva ou objetiva.

O citado artigo 927, parágrafo único, bem define responsabilidade civil objetiva quando assevera que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹ Deve-se ressaltar que existe corrente doutrinária que admite a responsabilidade civil sem dano. Neste caso, havendo apenas exposição ao risco, é possível a responsabilização. Tem-se como exemplo o caso do patrão que não oferece ao empregado os equipamentos de segurança, apenas paga-lhe adicional de periculosidade. Ora, mesmo que não tenha ocorrido qualquer dano, o empregador será penalizado porque existe a *possibilidade* do dano. Neste sentido entende Lopez (2008, p. 126).

1.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Os elementos da responsabilidade civil são três: conduta humana; dano ou prejuízo; nexo de causalidade. A culpa, vale lembrar, é elemento meramente acidental da responsabilidade civil, uma vez que, como afirmado anteriormente, poderá haver responsabilidade sem a análise da culpa (responsabilidade civil objetiva).

Toda forma de responsabilidade pressupõe um comportamento humano marcado pela voluntariedade consciente, razão porque não se pode responsabilizar animais ou atuações humanas involuntárias (ato reflexo, hipnose...). Acrescenta-se que a conduta humana, passível de responsabilidade civil, poderá ser omissiva ou comissiva.

Deve existir conduta humana e não necessariamente ilícita. Excepcionalmente, admite-se a responsabilidade civil por ato lícito. Tem-se, como exemplo, o direito de vizinhança descrito no artigo 1.285, do Código Civil, qual seja, o direito de passagem forçada: é preciso indenizar o proprietário que sofre a passagem, mesmo que seja lícito o direito do vizinho de passar na terra alheia. A desapropriação também é exemplo de ato lícito que gera a responsabilidade do Estado.

No Direito de Família, que é o ramo central do presente trabalho, não existe a possibilidade de responsabilização por ato lícito, ou seja, nas relações familiares, como se verá no próximo capítulo, faz-se necessário, para que surja a responsabilidade, a prática de conduta ilícita.

Para que exista responsabilidade, faz-se mister, segundo a maior parte da doutrina, a existência de dano ou prejuízo. Cumpre ressaltar que nem todo dado é indenizável, nem todos os danos interessam à responsabilidade civil.

O dano traduz uma lesão a um interesse jurídico tutelado, material, moral ou físico.

São requisitos do dano indenizável:

1. Violação a um interesse jurídico tutelado: por exemplo, fim de namoro não é interesse jurídico tutelado, não caracteriza dano indenizável. Como será visto no capítulo seguinte, com a evolução do conceito de família, o afeto tornou-se interesse jurídico, o que leva a conclusão que a falta de afeto gera dano indenizável.
2. Subsistência do dano: se o dano foi reparado, não há que se falar em responsabilidade civil. O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo.
3. Certeza do dano: o prejuízo não pode ser hipotético, tem que ser certo. Quanto a esta certeza, vale salientar que a jurisprudência já admitiu em alguns julgados a teoria da perda de uma chance, a qual admite a indenização à vítima quando esta sofre a perda

de uma probabilidade que lhe seja favorável para a melhora de sua situação atual. Surgida na França e comum em países como Estados Unidos e Itália, a teoria da perda da chance vem despertando interesse no direito brasileiro – embora não seja aplicada com frequência nos tribunais do país. A teoria enuncia que o autor do dano é responsabilizado quando priva alguém de obter uma vantagem ou impede a pessoa de evitar prejuízo. Nesse caso, há uma peculiaridade em relação às outras hipóteses de perdas e danos, pois não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010). O Recurso Especial 788 459 da Bahia traz importante decisão que admitiu a indenização pela perda de uma chance:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA).

O dano, como já reiterado, para a corrente majoritária da doutrina é elemento essencial ao surgimento da responsabilidade e configura-se pelo prejuízo suportado por um indivíduo ou grupo, pela lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo tal prejuízo ser patrimonial ou não. Em qualquer dos casos, a responsabilidade civil impõe o dever de indenizar, mesmo que, no caso de dano moral, a indenização não restaure a situação anterior, principalmente pela dificuldade, para não dizer impossibilidade, da quantificação do dano e reparação do prejuízo suportado íntima e individualmente pelo lesionado.

Consoante Diniz (2002, p. 59-61), para haver indenização por um dano é necessária a presença de outros requisitos além dos já citados:

1. Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa: Para que haja dano, imprescindível à existência do lesado. Se ninguém sofreu o dano, este, em sua essência, cai por terra, perde sua natureza, deixa de existir. A título de exemplificação, a mesma autora cita a destruição de uma *res nullius*, coisa de ninguém, como hipótese em que resta afastada a configuração de dano indenizável por não haver a existência de uma vítima, um lesado. Importante salientar que a “pessoa” lesada, como acima colocado, não se trata necessariamente de pessoa física, uma vez que o patrimônio e bom nome da pessoa jurídica também recebem a proteção

do ordenamento jurídico, devendo, da mesma forma, ser esta ressarcida dos prejuízos que porventura vier a suportar. Aqui ainda cabe uma sucinta diferenciação entre vítima direta e indireta. A primeira delas é representada pela pessoa que sofreu o dano diretamente, como a própria denominação indica. No caso de um atropelamento, por exemplo, a vítima direta é a pessoa que foi atingida pelo veículo, sofreu os ferimentos físicos e adquiriu as possíveis sequelas decorrentes do acidente. Já a vítima indireta pode ser representada por alguém da família ou terceiros.

2. Causalidade: Para surgir o dever de indenizar há que existir nexos causal entre a conduta do agente lesante e o resultado obtido. Ou seja, a atitude do acusado deve ter concorrido para a concretização do dano.
3. Legitimidade: Este requisito refere-se a uma das condições da ação, e deve estar presente em qualquer processo, não sendo restrito à ação de indenização aqui tratada. Para que exista a legitimidade, o autor da lide deve ser o titular do direito material em litígio, pois preceitua o art. 6º, do Código de Processo Civil, que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, “os titulares poderão ser os lesados, ou seus beneficiários, isto é, pessoas que dele dependam ou possam reclamar alimentos” (DINIZ, 2002, p.61).
4. Ausência de causas excludentes de responsabilidade: Existem danos que não merecem ressarcimento, vez que a legislação brasileira elenca situações específicas em que resta afastado o dever de indenizar. É o que ocorre, por exemplo, diante dos danos ocasionados por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Por fim, resta analisar o nexo de causalidade como elemento da responsabilidade civil. Por nexo de causalidade entenda-se o liame que une a conduta do agente ao resultado danoso. Sem nexo causal, não há responsabilidade.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 134-142), são três as principais teorias sobre o nexo:

1. Teoria da equivalência de condições, de autoria do filósofo Von Buri, também conhecida como a teoria da *conditio sine qua non*: essencialmente, sustenta que, em havendo culpa, todas as "condições" de um dano são "equivalentes", isto é, todos os elementos que, de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como causas, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo. Em outras palavras, todo e qualquer

comportamento anterior que haja concorrido para o resultado é causa. Em verdade, partindo-se desta ideia original, o intérprete seria levado absurdamente a um espiral infinito de comportamento. Essa primeira teoria não é bem vista no direito civil.

2. Teoria da causalidade adequada (desenvolvida a partir de ideias do filósofo Von Kries): O problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente produzi-lo. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer se, mesmo na ausência daquela causa, o prejuízo ocorreria.
3. Teoria da causalidade direta e imediata: para a terceira teoria, mais objetiva e precisa, causa é, simplesmente, aquele comportamento anterior que haja determinado o resultado como consequência sua direta e imediata. Deve-se verificar se há um vínculo de necessariedade entre o comportamento anterior e o resultado danoso. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sofrem influência desta terceira teoria.

A doutrina, no âmbito do direito civil, não é pacífica quanto à teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro. A maioria entende que foi adotada a causalidade adequada (CAVALIERI FILHO, 2007). Todavia, respeitável parcela de estudiosos (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2005) afirma haver sido adotada a teoria da causalidade direta e imediata (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 140-142).

1.3 O Dano Moral

O dano moral é aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa. Savatier (1951, p. 525) oferece uma definição de dano moral como qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.

Em outras palavras, pode-se dizer que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Defende-se que o dano moral é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios atos), visto

que, em determinados casos, pela dimensão do fato, prova-se o prejuízo moral, como por exemplo no caso de mãe que perde seu filho. Atualmente é pacífico na doutrina o entendimento de que o dano moral deve ser indenizado.

Para a reparação do dano moral não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*. Por isso é que se utiliza a expressão *reparação* e não *ressarcimento* para os danos morais.

O dano moral pode ser classificado de diversas formas. Quanto ao sentido da categoria, ele pode ser entendido em seu sentido próprio (aquele que causa dor, tristeza, humilhação, amargura, sofrimento, depressão); ou impróprio/amplo (qualquer lesão a direito da personalidade, não necessitando de prova do sofrimento em si para sua caracterização).

Quanto à necessidade ou não de prova, o dano moral pode ser subjetivo (aquele que precisa ser provado pela parte) ou objetivo/presumido (não necessita de prova, como no caso de morte de pessoa da família).

Por fim, pode-se classificar o dano como base na pessoa atingida. Dano moral direto é aquele que atinge a própria pessoa, a sua honra objetiva e subjetiva. Dano moral indireto, também chamado de dano em ricochete, é aquele que atinge a pessoa de forma reflexa (o dano atinge uma pessoa ou coisa e repercute em outra pessoa), como no caso de lesão à personalidade do morto – artigo 12, parágrafo único, do Código Civil (TARTUCE, 2011, p. 428).

É necessário diferenciar o dano moral do mero aborrecimento, vez que o cotidiano traz sempre diversas contrariedades e desgostos imprevisíveis. Obviamente, não há que se falar em necessidade de reparação de todos os contratemplos da vida moderna. Isso seria inviável. É preciso saber qual dano moral é indenizável. Para isso, o dano deve se referir à violação de direito da personalidade e tem que possuir as características já citadas no tópico anterior.

Quanto às possíveis consequências de quem sofre um dano moral, alerta Cavalieri Filho (2007, p. 77) que não há necessária vinculação entre o dano e as reações psíquicas da vítima, podendo haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, humilhação. Portanto, tais reações não são elementos necessários à configuração do dano moral. Se assim fosse, nunca ocorreria dano moral em relação a pessoas com alguma deficiência mental ou com pouca maturidade para perceber tal violação, tais como os doentes mentais, pessoas em estado vegetativo ou comatoso e crianças em tenra idade.

O Direito, por conseguinte, não repara qualquer dor ou contratempo, mas somente aqueles que advêm da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse

reconhecido juridicamente.

Remetendo a discussão para o tema central deste trabalho, qual seja, o abandono afetivo, cumpre destacar que a convivência familiar é interesse reconhecido juridicamente pela Constituição em seu artigo 227, caput. Assim, retirar da criança ou adolescente o direito ao convívio com a família é ato ilícito que gera dano moral.

Deve, portanto, em cada caso concreto, haver detalhado estudo das circunstâncias em que ocorreu o dito dano moral e dos bens efetivamente atingidos com a conduta do possível agente lesante, para que não se abra espaço para uma indústria de indenizações por danos morais inexistentes, juridicamente falando, e seja propiciado o enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra, que passará, nesse caso, a ser lesada.

1.4 A Prova do Dano Moral

É difícil atestar a prova do dano moral e quantificar sua extensão, vez que se trata de dano íntimo e pessoal. Ou seja, o que atinge em demasia uma pessoa, pode simplesmente não atingir outra. Desta feita, surgem os seguintes questionamentos: Como provar o constrangimento, a dor e a humilhação sofridos? Como materializar sentimentos tão íntimos? Como transformar em valor indenizável o dano moral?

Assim, como forma de resolver a querela, leciona Cavalieri Filho (2007, p. 83):

[...] que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Deste modo, o dano moral traz uma presunção absoluta, vez que a vítima tem que provar tão somente o fato com a potencialidade lesiva, não havendo necessidade de comprovar as sensações íntimas causadas pelo dano moral. Neste sentido, como já citado neste trabalho, não é necessário que a mãe, por exemplo, prove a dor sofrida pela perda de um filho num acidente.

1.5 Determinação do Quantum Indenizatório

Em conformidade com o artigo 946, do Código Civil, o julgador, considerando a

extensão, as circunstâncias e a repercussão do dano, é o responsável pela definição do valor da indenização. Isto porque na legislação brasileira não há fixação de parâmetros ou tarifas para quantificar o dano moral e sua conseqüente indenização.

Rebatendo os argumentos daqueles que defendem a inaplicabilidade da reparação do dano moral em pecúnia, pela impossibilidade de avaliação do dano, Diniz (2002, p. 85) se posiciona da seguinte forma:

[...] O direito não repara a dor, a mágoa o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão do dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o *deficit* acarretado pelo dano.

É cediço que existe dificuldade na quantificação da indenização por dano moral, visto que não é um dano paupável pecuniariamente. Em razão disso, alguns autores devem a estipulação de valores mínimos e máximos para cada “espécie de dano moral”. Em posição contrária, há o argumento de que a tarifação da indenização por dano moral permitiria ao agente lesante avaliar o caso e, pesando vantagens e desvantagens advindas da conduta, decidir por causar dano a outrem, sabendo previamente quanto dinheiro aquilo lhe custaria.

Da mesma forma que os civilistas, em sua maioria, não são favoráveis ao tabelamento do dano moral, vez que haveria lesão à isonomia constitucional (artigo 5º, caput, CF/1988), o Superior Tribunal de Justiça também não admite o tabelamento:

Indenização por Dano Moral - Tarifação da Lei de Imprensa

A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 281 - 28/04/2004 - DJ 13.05.2004).

Em meio à dificuldade de quantificação do dano moral, faz-se necessário a observação pelo magistrado de alguns critérios para que a indenização fixada não seja desproporcional ao dano sofrido e acabe por servir como forma de enriquecimento sem causa da parte vencedora da demanda; nesse caso, assumiria função contrária à que se propõe, causando injustiça à parte condenada, fazendo surgir um novo dano.

São os critérios para quantificação da indenização por danos morais para compensação da vítima:

1. Extensão do dano (artigo 944, *caput*, do CC): por exemplo, o número de vítimas.

2. Grau de culpa do agente e contribuição causal da vítima (artigos 944, parágrafo único, e 945 do CC).
3. Condições gerais dos envolvidos: sociais, econômicas, psicológicas e culturais.
4. Caráter pedagógico, educativo ou até punitivo da indenização: a indenização por dano moral tem natureza principal reparatória e natureza acessória educativa (Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil).
5. Vedação do enriquecimento sem causa (artigo 884 do CC): a indenização deve ser fixada com razoabilidade.

A posição majoritária na doutrina é a que vem sendo aplicada no cotidiano do judiciário brasileiro, e determina a quantificação do dano moral por arbitramento, sem qualquer tarifação ou vinculação objetiva, dependendo o jurisdicionado do bom atuar do órgão ou agente julgador, que deverá se ater às peculiaridades do caso concreto e dos envolvidos, arbitrando um valor para a reparação do dano sofrido, sempre levando em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Cumprе salientar, por fim, que é comum a fixação em salários mínimos, consoante entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal (súmula nº 490).

1.6 A Dupla Função da Indenização por Danos Morais

É cediço na doutrina e na jurisprudência que a indenização por danos morais possui dupla função: ressarcitória e punitiva. A função primordial é o ressarcimento ou compensação do prejuízo acarretado pela violação de uma imposição legal genérica de que nenhum indivíduo pode praticar atos nocivos, danosos, dos quais possam resultar prejuízos de qualquer natureza a outros indivíduos. A indenização tem, também, função punitiva, funcionando ainda como instrumento de desencorajamento à prática de outros danos da mesma natureza.

Nesse sentido, aduz Gonçalves (2007, p. 379) que a reparação pecuniária do dano material e do moral tem caráter compensatório em relação à vítima e punitivo em relação ao ofensor, ressaltando que o caráter punitivo é puramente reflexo, pois o desfalque patrimonial advindo de sua conduta desencoraja a prática de novos atos de mesma natureza. Segundo Diniz (2002, p. 85), a reparação pecuniária tem, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, já que é encargo suportado por quem causou o dano moral.

Sobre o tema, ressalta Cavalieri Filho (2007, p. 91) que:

[...] a indenização punitiva do dano moral deve também ser adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.

No mesmo sentido, Lisboa (2004, p. 667) afirma que a reparação por danos extrapatrimoniais tem um sentido de proteção social e deve ser prestigiada pelo operador do direito e aplicada de forma condizente, objetivando-se a defesa dos interesses da vítima do evento, como também dos interesses difusos e coletivos.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA E DE ABANDONO AFETIVO

A família, base da sociedade, possui especial proteção do Estado, consoante preleciona o artigo 226, da Constituição Federal. De forma genérica, pode-se dizer que o abandono afetivo ocorre quando o indivíduo, no seio da família, não encontra carinho, atenção, zelo e cuidado.

2.1 A Família e os seus Princípios Constitucionais

A sociedade brasileira sofreu transformações ao longo do século XX. A família, inicialmente patriarcal e patrimonialista, transformou-se numa união de indivíduos pelo afeto.

Não se pode negar que no início do século passado a família, para o Estado, era a união, pelo matrimônio, de pai, mãe e filhos. Mãe e filhos, por sua vez, eram submetidos à hierarquia paterna, não havia igualdade entre os entes familiares, e a proteção dada pelo Estado voltava-se muito mais para a preservação do patrimônio familiar do que para os laços afetivos existentes entre os familiares. Essa visão patriarcal era bastante valorizada na época dos militares (1964-1985), tanto é que a mulher desquitada² era vista com preconceitos.

O próprio Código Civil de 1916 mostra que o Estado estava mais preocupado com o patrimônio do indivíduo do que com o próprio indivíduo. Assim, não só no que tange à família, mas em relação a todos os âmbitos da vida civil, a legislação pátria valorizava mais o “ter” do que o “ser”.

Com o fim da Ditadura Militar e o advento, no país, de uma verdadeira democracia, houve a promulgação, em 1988, da Constituição Cidadã, a Carta Magna que até os dias de hoje rege o Estado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 226, rompendo com uma tradicional visão matrimonialista, consagra um sistema inclusivo e não discriminatório acerca do conceito de *família*, na medida em que, além do casamento, admite outras formas de arranjos familiares, na perspectiva do princípio da afetividade.

A CF/1988 valoriza a pessoa humana, e a dignidade é fundamento da República. O próprio Direito Constitucional foi valorizado, na medida em que a Carta Magna passou a

2 O termo Desquite foi substituído por Separação Judicial pela Lei 6.515/1977 (Lei do divórcio). Desquite era uma forma de separação do casal e de seus bens materiais, sem romper o vínculo conjugal, o que impedia novos casamentos. O termo desquite faz lembrar o rompimento conjugal do passado (início do século XX), época em que o casamento era perpétuo e indissolúvel.

interferir em todos os ramos do direito, inclusive no direito privado. A partir desse momento, criou-se a ideia de que as relações privadas também devem obediência à Constituição Federal, em razão da proteção que foi dada ao indivíduo.

Desta forma, atendo-se à família, a CF/88 quebrou paradigmas e aceitou diversas formas de núcleos familiares, pois o que realmente transforma um grupo de pessoas em família não é laço sanguíneo, mas sim o afeto.

Gonçalves (2005, p. 09) traz como um dos princípios do direito de família a liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado.

Para se adequar à realidade da sociedade brasileira, a Constituição inovou ao consagrar a união estável como entidade familiar, atribuindo a esse tipo de união praticamente todos os direitos inerentes ao casamento civil. A Carta Magna também trouxe a possibilidade de dissolução do casamento e a admissibilidade dos diversos tipos de família, como por exemplo a família monoparental, que é aquela formada por apenas um dos pais e seus filhos. Ainda, reconheceu-se a igualdade dos filhos havidos dentro e fora do casamento.

O instituto familiar passa a ser visto pelo prisma da afetividade, uma vez que os laços formados pelo casamento vão bem além dos laços patrimoniais e patriarcais das Constituições anteriores. Houve uma flexibilização do conceito de família em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, a dignidade da pessoa humana, além de fundamento da República Federativa do Brasil é um dos inúmeros princípios do direito de família que foram consagrados pela Constituição.

Tartuce (2006, p. 3-15) elenca todos os novos princípios do direito de família segundo a Carta de 1988:

1. Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988). Sarlet (2005, p. 124) conceitua o princípio em questão:

[o princípio da dignidade da pessoal humana é] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

Definir o princípio da dignidade da pessoa humana é deveras complexo, mas é possível entender sua aplicação jurisprudencial, como no caso da súmula 364, do Superior Tribunal de Justiça, a qual aduz que o conceito de impenhorabilidade de bem de família

abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Ora, a impenhorabilidade do bem de família foi criada para proteger a pessoa, e não somente um conjunto de indivíduos, a família. Assim, estar-se-á protegendo o direito à moradia e a dignidade.

Também se pode usar como exemplo de proteção à dignidade a tese da possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, tema principal deste trabalho. A jurisprudência pátria condenou pais a pagar indenização aos filhos pelo *abandono afetivo*, por clara lesão à dignidade humana. O julgado mais notório é o do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, cuja ementa é transcrita a seguir:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva, v.u.).

2. Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I, da CF). A solidariedade familiar deve ser afetiva e financeira. Daí surge, por exemplo, o dever de prestar alimentos aos filhos menores, bem como aos pais idosos que não tenham condições de manter seu próprio sustento. Esta solidariedade resume-se em afeto, união familiar, amparo financeiro.
3. Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CF, e art. 1.596 do Código Civil). A Constituição define que todos os filhos são iguais, havidos ou não dentro do casamento. São, portanto, discriminatórias as expressões “filho bastardo” ou “filho incestuoso”. Essa igualdade reflete-se no campo patrimonial e pessoal, não cabendo distinções entre os filhos, senão as previstas em lei. Percebe-se aqui a consagração dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.
4. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da CF, e art. 1.511 do código civil). A união estável foi reconhecida pela Constituição como entidade familiar. Assim, por exemplo, tanto o cônjuge como o companheiro podem pleitear alimentos. Além disso, o companheiro supérците também tem direito à pensão por morte.
5. Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da CF, e arts. 1.566, III E IV, 1.631 e 1.634 do CC). Não existe mais a figura do chefe de família. Em decorrência do princípio da igualdade, a chefia familiar deve ser exercida

igualmente pelo pai e pela mãe, podendo os filhos opinarem, trazendo a ideia da família democrática.

6. Princípio da não-intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do Código Civil). É proibida ao Estado ou a qualquer ente privado a interferência na vida privada da família. O Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Entretanto, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas³. Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88). Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88). Pelo afeto é que o indivíduo escolhe com quem casar ou constituir união estável, não podendo haver intromissão nesta escolha.
7. Princípio do melhor interesse da criança (art. 227, caput, da CF, arts. 1.583 E 1.584, do CC e art. 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Em qualquer situação familiar, deve-se levar em consideração o que é melhor para a criança, para o seu desenvolvimento psicológico. Por exemplo, mesmo com o fim da sociedade conjugal, tem-se defendido que a melhor opção é a guarda compartilhada, pois assim a criança não perde a convivência contínua com nenhum de seus genitores.
8. Princípio da afetividade. A família é formada pelo afeto, muito mais do que pelo aspecto biológico. A afetividade é a base da vida em família. A afetividade, como princípio jurídico, segundo Lôbo (2011, p. 73), não se confunde com o afeto, como fato psicológico, sendo um dever imposto aos pais em relação aos filhos e igualmente destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O Código Civil, em seu artigo 1.584, §5º, menciona a afetividade, quando determina que se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá

3 O mesmo sentido consta do art. 1.565, § 2º, do Código Civil, inovação pela qual: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Considerando a família um grupo social fundado essencialmente na afetividade, percebe-se que tal princípio tem respaldo constitucional, vez que está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.

9. Princípio da função social da família. Como afirmado pelo texto constitucional, a família é a base da Sociedade, merecendo especial proteção do estado (art. 226, caput, CF). Desta feita, a família deve ser analisada dentro do contexto social e diante das diferenças de cada região do país. Sem dúvida, a socialidade também deve ser aplicada aos institutos do Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil (TARTUCE, 2006, 14-15). A função social da família, por exemplo, pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva.

Feitas estas breves considerações sobre os princípios do direito de família, resta a análise do significado da expressão “abandono afetivo”.

2.2 Definição de abandono afetivo segundo a doutrina jurídica

A família, como já tratado no tópico anterior, pode ser definida como um ente despersonalizado, base da sociedade, moldado pelo vínculo afetivo e reconhecido pelo Estado.

Deve-se destacar que, com a valorização do ser humano trazida pela CF/88, o afeto foi transformado em valor jurídico. Ora, os casais se separam quando descobrem que não há mais afeto entre eles; famílias alternativas se formam em razão do vínculo afetivo existente; adoções são deferidas em função do vínculo afetivo preestabelecido; crianças escolhem com qual dos pais residir também em função dos laços de afeto. E todas essas situações elencadas são protegidas pelo direito.

O artigo 5º, III, da Lei Maria da Penha, define ambiente familiar como sendo a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Interpretando o já citado artigo 227, caput, da Constituição, observa-se que incube primeiramente à família assegurar a dignidade, bem como o bom convívio familiar da criança, do jovem e do adolescente.

Cabe àqueles que convivem diretamente com o ser humano em desenvolvimento a formação de laços afetivos, para que haja uma boa formação psicológica da pessoa. O

abandono afetivo ocorre justamente quando o pai (mais comum) ou a mãe não oferece ao seu filho cuidado, afeto, atenção, zelo. Pode-se dizer que a falta de laços afetivos dilacera a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Segundo Machado (2012), convém ressaltar que o abandono afetivo na filiação não ocorre apenas quando há a ausência física e moral do pai na vida do filho, mas também quando, embora haja coabitação entre eles, o pai não dispensa ao filho a menor forma de afeto e atenção. Isso porque a convivência familiar requer a presença moral, muito mais do que a presença física.

Acerca do abandono moral dos genitores, Madaleno (2009, p. 310) ensina:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

Vale acrescentar que já existem projetos de lei para a regulamentação do abandono afetivo, dentre eles o Projeto de Lei nº 700 de autoria do Senador Marcelo Crivela, em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, o qual visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, de modo a garantir a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos.

Tal projeto pretende acrescentar o seguinte parágrafo único ao art. 5º do mencionado Estatuto:

Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Outro projeto de lei que trata do abandono afetivo é o de nº 4294/2008, em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende acrescentar parágrafo único ao art. 1632 do Código Civil para estabelecer a indenização por dano moral nestes casos.

Inúmeras situações podem configurar o abandono afetivo: separação dos pais e a formação, pelos genitores, de nova família, o que pode acarretar negligência em relação aos filhos do primeiro casamento; a falsa percepção de que somente o pagamento de pensão

alimentícia já é suficiente para o cumprimento das obrigações como pai; o intencional descumprimento das visitas aos filhos como forma de vingança contra o ex-cônjuge; etc. A intersecção de todas essas situações é o descaso intencional pela criação, educação e convívio com os filhos.

Sobre as consequências da conduta de pais negligentes, Gomide (2004, p.69), constata:

A negligência é considerada um dos principais fatores, senão o principal, a desencadear comportamentos antissociais nas crianças. E está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e de adolescentes com o comportamento infrator.

Conforme Nader (2010, p. 262):

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência (...) Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

O abandono afetivo é bem mais gravoso do que o material. Isso porque o abandono material pode ser suprido por terceiros e pelo Estado, através de seus programas assistencialistas, os quais são bem comuns no Brasil (bolsa família, bolsa escola, etc.). Todavia, o Estado ou a comunidade nunca poderá suprir a falta de carinho do pai ou da mãe.

Aliás, aqui convém fazer a diferenciação entre abandono afetivo, o conceito jurídico de abandono material e falta de assistência social. O primeiro, como já dito, ocorre quando o pai ou a mãe não dispensa ao seu filho afeto, carinho, atenção. Já abandono material é crime tipificado no Código Penal em seu artigo 244⁴.

⁴*Abandono material*

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

O artigo 244 é bastante claro ao definir abandono material, ou seja, abandono financeiro. O caput do artigo, na parte final, afirma que também comete o mencionado crime quem deixa de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

A assistência social, juntamente com a saúde e a previdência social, formam os três componentes do sistema de Seguridade Social no Brasil. A descrição e diretrizes básicas da assistência social estão contidas na Constituição Brasileira nos artigos 203 e 204, sendo que sua regulamentação está sistematizada pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

A função da assistência social é manter uma política social destinada ao atendimento das necessidades básicas dos indivíduos, mais precisamente em prol da família, maternidade, infância, adolescência, velhice, o amparo às crianças e aos adolescentes carentes, promoção da integração ao mercado de trabalho, bem como a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

As prestações de assistência social são destinadas aos indivíduos sem condições de prover o próprio sustento de forma permanente ou provisória, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

Desta forma, conclui-se que a falta de assistência social ocorre quando o Estado não promove políticas sociais em prol dos necessitados. Logo, o abandono afetivo e o abandono material são condutas imputadas à família, e a falta de assistência social é problema do Estado.

Feitas essas distinções, faz-se mister destacar que cada integrante da família tem o seu papel. Aos pais é dado o dever de educação, criação, alimentação e formação psicológica dos filhos, sendo esses direitos garantidos pela Carta Constitucional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sentença proferida pelo Juiz Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara Cível de Capão da Canoa/RS, conceitua muito bem a função paterna:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (MAGGIONI, 2003)

Pereira (1999, p. 62-63) assim se manifesta a respeito da relação paterno-filial:

Para que um filho verdadeiramente se torne filho, ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem. A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNA. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe. A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paterna e materna, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas cultural, insista-se.

Na opinião de Branco (2006, p. 126), “embora não se possa adotar tal afirmação como regra, na grande maioria dos casos a ausência da figura paterna tem como consequência o surgimento de sérios problemas envolvendo o desequilíbrio de personalidade da criança”.

Para Verucci (2000, p. 92), “é sempre motivo de grande constrangimento para as pessoas, independente de sua classe social, ser filho de pai desconhecido ou saber quem é o seu pai, mas não entender a rejeição daquele que nega ao seu filho o reconhecimento da paternidade e de suas obrigações para com o filho”.

A ausência das funções paternas já se apresenta hoje como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas consequências conhecidas por todos, como o aumento da delinquência juvenil, menores de rua e na rua etc. E isto não é um fenômeno de determinada classe social. Certamente, nas classes menos favorecidas economicamente, o abandono afetivo é maior, pois se mistura também com a questão política de abandono do Estado, que também exerce, em muitos casos, uma função paterna e de o "Grande Outro" (PEREIRA, 1999).

Duarte (2007, p. 17), psicanalista, realizou estudo que concluiu que a falta de convivência paterna traz prejuízo para a formação da personalidade da criança, bem como é capaz de desenvolver doenças, como dermatites e alergias.

Observando a sociedade, não é preciso respaldo de análises científicas para perceber que o abandono afetivo causa efeitos nefastos no desenvolvimento do ser humano. A criança acaba por criar um sentimento de rejeição, e não entende porque a figura paterna não se faz presente em sua vida. A autoestima do indivíduo é prejudicada, pelo fato de saber que o seu próprio pai o despreza.

O abandono traz traumas que vão acompanhar a pessoa pelo resto de sua vida, podendo afetar todas as demais relações do indivíduo ao longo de sua existência.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO

Diante da judicialização do afeto tratada no capítulo anterior, bem como diante das consequências devastadoras do abandono afetivo, ver-se-á neste capítulo que tal abandono configura dano moral e, desde que preenchidos todos os elementos da responsabilidade civil, será cabível indenização para aquele filho que foi rejeitado pelo pai.

3.1 A Opinião de Doutrinadores Relevantes

Primeiramente, cumpre destacar que é possível a responsabilização civil no Direito de Família. Como bem destacam Farias e Rosenvald (2012, p. 161), a responsabilidade civil permeia todos os domínios da ciência jurídica:

A possibilidade de caracterização de um ato ilícito (conforme regras gerais dos arts. 186 e 187 do Código Civil em uma relação familiar é certa e incontroversa, impondo, por conseguinte, a incidência da responsabilidade civil no Direito das Famílias, com o consequente dever de reparar danos, além da possibilidade de adoção de medidas para eliminação do dano (tutela específica, conforme balizamento do art. 461 do Código de Processo Civil).

Seguramente, a obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da prática de um ato ilícito também incide no Direito das Famílias. Por certo, não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiaristas.

A dúvida que existe na doutrina é sobre o alcance da ilicitude nas relações de família. Ou seja, o que pode ser considerado ato ilícito indenizável no direito de família?

Há esse questionamento porque o ordenamento jurídico atual está recheado de normas que defendem a mínima intervenção estatal nas relações familiares. O Direito de Família pertence ao direito privado e o indivíduo tem o direito de autodeterminar-se afetivamente. Como corolário da intervenção mínima estatal no Direito de Família tem-se o artigo 227, §7º, da CF, o qual afirma que o planejamento familiar decorre de *livre decisão do casal*, mas impõe ao poder público propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, evitando a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção. Pode-se citar também o artigo 1.513, do Código Civil, que determina que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Mencionam Farias e Rosenvald (2012, p. 162) que Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos e Inácio de Carvalho Neto afirmam que a indenização seria devida tanto nos

casos gerais de ilicitude (tomando como modelo os artigos 186 e 187 da Lei Civil), como em casos específicos, decorrentes da violação de deveres familiares em concreto. Seria o exemplo da violação a um dos deveres do casamento (artigo 1.566, do CC), como o adultério. Outra parte da doutrina só admite a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família nos casos em que se caracterizar efetivamente um ilícito civil, consoante previsão legal genérica. É a opinião de Gustavo Tepedino e Aparecida Amarante.

É importante destacar que o entendimento majoritário é de que não basta a violação de um dever jurídico familiar para se caracterizar dano indenizável. Faz-se necessária a efetiva ocorrência de um ato ilícito, de acordo com os artigos 186 e 187, do CC:

Pois bem, a melhor solução parece sinalizar no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar *não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar*; dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do Código Civil.

Esclareça-se que as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito das Famílias (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 162-163).

O Estado só deve interferir quando for necessário para a garantia de direitos fundamentais (por exemplo: reconhecimento da paternidade, alimentos, etc.). Resta analisar se abandono afetivo é um dano indenizável.

Não existe legislação sobre o tema, bem como não houve pacificação jurisprudencial para admitir, ou não, a responsabilidade civil no caso de abandono afetivo. Em ações desse tipo, o juiz, ao analisar o mérito, na formação do seu convencimento, deverá considerar, dentre outros pressupostos, a capacidade processual do autor da ação, o convívio familiar no qual está inserido, se seus genitores estão ou estiveram envolvidos em litígios de ordem familiar, quais os motivos que fizeram com que o elo entre os familiares fosse perdido, ou não consentido, a comprovação dos supostos danos sofridos, bem como a configuração de culpa unilateral ou concorrente.

Machado (2012) afirma que Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, Bernardo Castelo Branco, Rui Stoco, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Cláudia da Silva e Claudete Carvalho Canezin se posicionam favoravelmente à reparação civil do dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação.

Dias (2009, p. 416), entende que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de reparação”.

Para os autores acima citados, o abandono afetivo fere a dignidade da criança e prejudica seu desenvolvimento social, intelectual e emocional. Neste sentido, entende-se que a conduta omissa do pai em descumprir o dever de convivência familiar deve ser punida.

Farias e Rosenvald (2012, p. 163-164), no mesmo sentido dos que negam a possibilidade de indenização, entendem que o afeto não tem exigibilidade jurídica:

(...) não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizasse como ilícita é que seria possível indenizar os danos materiais e morais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*:

(...)

Nessa ordem de ideias, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretensão dano moral. Enfim, em hipótese de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito das Famílias deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação.

Nessa esteira, percebe-se que os autores que negam a possibilidade de indenização por abandono afetivo defendem que o afeto não pode ser exigido juridicamente, o que só pioraria a convivência familiar. Em síntese, tais autores afirmam que a legislação pátria possui outros mecanismos para punir o genitor que abandona o filho, tais como a perda do pátrio poder. Ademais, o deferimento desta indenização por abandono causaria um afastamento ainda maior entre pai e filho, diante do desgaste trazido pela “batalha judicial”.

Já aqueles que admitem a possibilidade de indenização afirmam que a ausência paterna na formação da criança causa evidentes danos psicológicos e desvio de personalidade no indivíduo. Ademais, ser pai compreende também a prestação de afeto à prole, e não só prestação material. Ainda, tal reparação não visa, de forma alguma, restabelecer o carinho entre pai e filho, uma vez que as relações de amor já foram desfeitas diante da ausência de contato entre o genitor e sua prole. O que se quer com a indenização é reparar o prejuízo causado por tal abandono.

3.2 Análise da jurisprudência do STF, do STJ e de alguns tribunais estaduais sobre o tema

Num primeiro momento, grande parcela da jurisprudência optou pela rejeição da tese do abandono afetivo. Afirmava-se que o abandono afetivo não constituía dano ilícito indenizável. Segue julgado sobre o tema:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA).

O Supremo Tribunal Federal, na única vez que se manifestou sobre o assunto, no Recurso Extraordinário 567.164/MG, também negou a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo. A Suprema Corte afirmou que, para tais casos, a legislação prevê punição específica, ou seja, a perda do poder familiar por abandono do dever de guarda e educação dos filhos e não pela via pecuniária da indenização (STF, RE 567.164/MG, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 27.5.09).

Desta feita, o primeiro entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto foi no sentido de que o Poder Judiciário não pode compelir ninguém a manter um relacionamento afetivo. Assim, nenhuma utilidade teria uma indenização eventualmente fixada. Ainda, a estipulação da dita indenização poderia acirrar ainda mais os ânimos entre as partes.

Ocorre que a opinião dos julgadores pátrios nunca foi uníssona.

Narra Machado (2012) que a primeira decisão – que inclusive já foi citada no segundo capítulo deste trabalho – acerca do tema foi proferida pelo juiz Mario Romano Maggioni, em 15.09.2003, na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa – RS (Processo n.º 141/1030012032-0). Na ocasião, o pai foi condenado ao pagamento de 200 salários-mínimos de indenização por dano moral, em razão do abandono afetivo e moral da filha de 9 anos.

Ao fundamentar sua decisão, o magistrado priorizou os deveres decorrentes da paternidade, insculpidos no art. 22 da Lei n.º 8.069/90, dispondo que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei n.º 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme.

Ademais, o magistrado destacou as consequências negativas que podem decorrer do abandono afetivo na filiação, ao considerar que:

(...) a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

No caso em tela, o Ministério Público, intervindo no feito por haver interesse de menores, se mostrou contrário à admissibilidade da indenização no caso de abandono afetivo, por considerar que não compete ao judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor. Contudo, em que pese tais argumentações, a sentença foi julgada procedente, transitando em julgado em razão da não interposição de recurso pelo réu, considerado revel no processo.

Há também julgado de 2004 admitindo a reparação por abandono afetivo com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Tal julgado é do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais e também já foi citado no presente trabalho no segundo capítulo, item 2.1. Segundo a dita jurisprudência, a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, ainda, outra decisão favorável que foi proferida pelo magistrado Luis Fernando Cirillo, em 05.06.2004, na 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP (Processo n.º 01.036747-0), na qual se reconheceu que, conquanto não seja razoável um filho pleitear indenização contra um pai por não ter recebido dele afeto, “a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”.

Prosseguindo em sua argumentação, o magistrado entendeu que não devem prosperar teses no sentido de que julgar procedente referidas demandas implicaria numa monetarização do afeto, até porque também “não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra, a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens”.

Recentemente, no ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento, para admitir a possibilidade de responsabilização por abandono afetivo.

“Amar é faculdade, cuidar é dever.” Com essa frase, da ministra Nancy Andriahi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo. No caso mais recente, a autora entrou com ação contra o pai, após ter obtido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, tendo o juiz entendido que o distanciamento se deveu ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

A Ministra Nancy Andriahi afirmou que não há óbice para a aplicação das regras da responsabilidade civil no direito de família, isso porque o tema dos danos morais é tratado pela legislação pátria de forma ampla, podendo ser aplicado nos casos das relações familiares.

Apesar dos nobres sentimentos que envolvem as relações familiares, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar o dano no direito de família. Frise-se que o artigo 186 do Código Civil se trata de cláusula geral e é princípio geral de proteção à pessoa. Tal artigo está na parte geral do código e se aplica a todos os demais institutos, pois a lesão a interesse juridicamente protegido deve, via de regra, ser indenizada.

No julgado do STJ, também se destaca a questão da perda do pátrio poder nos casos de abandono afetivo. A Ministra assevera que a perda do poder familiar não afasta nem suprime a possibilidade de indenização, porque seu objetivo é resguardar a integridade do menor, possibilitando-lhe, por outros meios, a criação e educação negadas pelos pais. Assim, a perda do poder familiar tem outra função totalmente diversa da função da reparação civil, que é compensatória, dissuasória, e também punitiva.

Nancy Andriahi afirmou ainda que é inerente à qualidade de pai o dever de cuidado. E este dever aplica-se tanto ao pai biológico como adotivo. Isso demonstra que o STJ está alinhados aos novos valores familiares constitucionais, ou seja, a família construída em todo do afeto, do zelo, do carinho.

Dessa maneira, o afeto, como já dito neste trabalho, em virtude dos novos princípios do direito de família, tem valor jurídico apreciável, com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui fator essencial – e não acessório – no desenvolvimento da personalidade da criança.

Existe diferença entre o amor e o cuidado. O amor não pode ser mensurado nem exigido, pois está no campo metajurídico, filosófico, psicológico, religioso. Já o cuidado pode ser aferido por meio de atitudes, e também pode ser cobrado. O cuidado, o afeto, como valor

jurídico, é a presença do pai na vida do filho, é a atenção, a preocupação com o que acontece no dia-a-dia da prole.

Segundo a Ministra, o ilícito deve ser comprovado, ou seja, devem estar caracterizados todos os elementos da responsabilidade civil. O dolo ou a culpa do agente tem que ser provados. Ainda, é necessário que dano esteja devidamente caracterizado. Deve restar comprovado o dano psicológico/físico sofrido pelo filho em decorrência do abandono afetivo.

3.3 Responsabilidade Civil e Abandono Afetivo

No decorrer do presente trabalho, foi possível deixar claro que as regras da responsabilidade civil são aplicáveis aos casos de direito de família. Desde que provados a conduta, o nexa e o dano, é possível a responsabilização dos entes familiares pelos atos ilícitos.

Mostrou-se também que a falta do pai ou da mãe causa imensuráveis danos ao psicológico da criança ou adolescente. A Constituição de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual engloba, por óbvio, um desenvolvimento sadio do ser humano. Ademais, o artigo 227 da CF deixa claro que é dever da família, da sociedade e do Estado propiciar um desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Nessa esteira, não é difícil concluir que se deve responsabilizar o pai que, deliberadamente, abandona o filho e não lhe oferece cuidado, atenção e zelo. Aqui não se está falando de amor, porque o amor é inexigível, mas sim dos mandamentos constitucionais que delegam aos pais o dever de criação dos filhos.

Obviamente, ninguém pode ser responsabilizado por não amar. Afinal, o ser humano é dono de seus próprios sentimentos. Mas, é palpável a possibilidade de responsabilização pela falta de cuidado. Assim, pode-se afirmar que o que se exige de um pai é um amor no sentido objetivo, prático, de cuidar e zelar pela sua prole.

Claro que essa responsabilização só deverá valer se o pai tiver condições de oferecer cuidado e assim não agir. Ou seja, no Direito de Família também cabem excludentes de responsabilidade. Não é possível, por exemplo, culpar um pai que nem sabia que tinha um filho. Desta forma, o julgador deverá analisar o caso minuciosamente, até mesmo para evitar indenizações para filhos que deliberadamente se afastaram dos seus pais.

Como já dito, devem restar comprovados todos os elementos da responsabilidade civil: a conduta omissiva ou comissiva, o nexa causal e o dano. Sendo pai, tem que ser responsável, tem o dever de acompanhar o crescimento do seu filho.

Devidamente preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, havendo dano moral, deve o pai indenizar seu filho se, por vontade própria, o abandonou afetivamente.

Assim sendo, estabelecido exato nexos causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de doenças psicológicas e físicas no filho, é possível falar-se de indenização o abandono afetivo com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão encontra guardada no art. 1º, III da Carta Magna.

Tal indenização se justificaria pelo fato de que todo cidadão tem o dever de ressarcir dano causado a outrem com a sua conduta voluntária e consciente, ante o disposto nos arts. 186 e 187 do Código Civil.

A intenção não é, claro, quantificar o amor, conforme já mencionado, tampouco compensar com dinheiro a dor de uma vida sem afeto. A intenção é punir o pai, para que ele entenda a gravidade do mal que causou, bem como dissuadi-lo de praticar novamente a conduta ilícita.

Para o direito, é possível afirmar que afeto é emanção do direito à convivência familiar, do princípio da paternidade responsável, da proteção integral de crianças e adolescentes, e, mais importante, do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o abandono afetivo é passível de indenização desde que comprovado o dano à integridade física e moral dos filhos, bem como a conduta ofensiva e o nexos de causalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi tratada a problemática da possibilidade ou não de responsabilização do pai pelo abandono afetivo, questão que não está pacificada na doutrina nem na jurisprudência.

No primeiro capítulo abordou-se a temática da responsabilidade civil e do dano moral. Foram analisados todos os elementos da responsabilidade (conduta, nexos causal e dano) e a possibilidade de indenização dos danos extrapatrimoniais. Houve também a análise dos requisitos do dano indenizável, bem como da definição de dano moral. Restou claro que o dano moral é a lesão a direito da personalidade.

O segundo capítulo tratou da família e seus princípios e do conceito de abandono afetivo. Viu-se que a família, no decorrer do século XX, passou a ser vista como a união de indivíduos pelo afeto. O afeto, para a constituição do núcleo familiar, tornou-se muito mais importante do que os laços sanguíneos.

Naquele capítulo foram vistas também as consequências nefastas do abandono afetivo, tais como o desenvolvimento, nos filhos, de doenças como dermatites e alergias, além de doenças psicológicas, baixa autoestima, sentimento de rejeição, etc.

No terceiro e último capítulo, foi analisada a opinião dos principais doutrinadores sobre o tema. Viu-se também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de alguns tribunais estaduais. Não obstante a falta de unanimidade entre os estudiosos, percebe-se uma inclinação para a aceitação da tese da responsabilidade no caso em tela, desde que comprovados a conduta, o nexos causal e o dano.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que em um primeiro momento foi contra esse tipo de indenização, hoje decide a favor da reparação civil do abandono afetivo. Restando devidamente preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, havendo culpa do pai, defende-se a possibilidade de indenização. A Constituição Federal determina que será assegurada à pessoa em desenvolvimento a convivência familiar, sendo então fato ilícito, dilacerador da dignidade da pessoa humana, a desídia do pai em estar presente na vida de seu filho.

Não pode a Justiça tipificar como conduta ilícita a falta do amor, sentimento que não há como ser mensurado por nenhum juiz, mas a lei pode exigir a convivência, visto que o filho é responsabilidade dos seus genitores.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed. Método. São Paulo, 2006.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**. -- Edição: 5. ed. rev. atual. --. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Serviços Gráficos, 2006.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 08 de agosto de 2006.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível 408.555-5**. Decisão de 01.04.2004. Relator: Unias Silva. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/juridico>> Acesso em 10.02.2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: ATLAS, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7: direito das coisas. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4. ed. Bahia, Juspodium, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**, volume 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMIDE, Paula Inez. **Pais presentes pais ausentes: regras e limites.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade Silva. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.77.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancora. **Princípio da Precaução e da Evolução da Responsabilidade Civil.** São Paulo, 2008.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação.** 2012. Em: < <http://jus.com.br/revista/texto/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao#ixzz2MNnoMmfX>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAGGIONI, Mario Romano. **Processo n.º 141/1030012032-0.** Ação indenizatória. Sentença proferida em Capão da Canoa, 2º Vara, 15 set. 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Vol. 7: Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **As consequências da ausência do pai,** janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.com.br/reportagens.html>>. Acesso em 05.02.2014.

_____. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 62/63.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civil en droit français**. 10. ed. Paris: LGDJ, 1951. v. 2.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Perda da chance: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879>. Acesso em: 20.02.2014.

_____. **STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em: 10.02.2014

_____. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 10.02.2014

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. 2006. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 01.02.2014.

VERUCCI, Florisa. O direito ao pai. In. **Grandes temas da atualidade DNA como meio de prova da filiação**. Eduardo de Oliveira Leite (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2000.