

Revisão

Dano moral decorrente de abandono afetivo

Moral damage resulting from emotional abandonment.

Brenda Leal Aires dos Santos. Faculdade de Ensino Superior de Florianópolis

Resumo

O presente estudo analisa a possibilidade da indenização por danos morais nos casos em que o pai não exerce a verdadeira paternidade, não dando amor e carinho aos seus filhos. Nessa perspectiva, parte-se de um enfoque no Instituto da Responsabilidade Civil, discorrendo sobre os elementos necessários para sua configuração, abordando com mais ênfase o dano moral. Na sequência, procura conduzir-se ao leitor pelo conteúdo do Direito de Família, trazendo à tona a importância do afeto paterno-filial e os danos advindos de sua ausência. Nesse sentido, existem duas correntes doutrinárias: a primeira, positiva, que defende a condenação ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo e a segunda, negativa, que nega essa possibilidade. Por fim, analisa-se a posição jurisprudencial e aponta-se para as novas perspectivas legislativas acerca do assunto, concluindo-se pela análise de cada caso concreto para a condenação ou não pelo abandono afetivo.

Palavras-chave: Danos morais. Indenização. Afetividade. Família

Abstract

The present study analyzes the possibility of compensation for moral damages in cases where the father does not exercise true paternity, not giving love and affection to his children. In this perspective, we take a focus on the Institute of Civil Responsibility, discussing the elements necessary for its configuration, addressing moral damage with more emphasis. Next, the reader will seek to lead the reader through the content of Family Law, bringing to the fore the importance of paternal-filial affection and the damage arising from his absence. In this sense, there are two doctrinal currents: the first, positive, which advocates the condemnation of the payment of compensation for affective abandonment and the second, negative, which denies this possibility. Finally, the jurisprudential position is analyzed and pointed to the new legislative perspectives on the subject, concluding by analyzing each specific case for the conviction or not for affective abandonment.

Keywords: Moral damage. Indemnity. Affection. Family

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a análise da possibilidade jurídica de se condenar um genitor à indenização por danos morais pela ausência de afeto paterno-filial, em conformidade com as normas disciplinadas no Direito Civil, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O conceito do instituto da responsabilidade civil aplicado especificamente a análise da possibilidade do dano moral frente ao abandono afetivo do genitor, deve ser analisado de forma diligente, observando os requisitos básicos quais sejam, o dano (moral e patrimonial), a conduta ilícita e o nexo causal para que as decisões que venham a versar sobre o tema não causem insegurança jurídica e que seja assegurado a proteção do bem jurídico tutelado. O estudo do dano moral, sua

reparação e natureza jurídica, assim como, sua constatação e reparação devem ser incluídos ao estudo da temática.

Em relação a família, é de suma importância que se analisem os princípios que regem a construção de um Direito de Família mais humano e pronto a preencher as necessidades da nova instituição familiar que se apresenta, pois, o tema central do presente artigo: o dano moral decorrente do abandono afetivo, trata do valor do afeto nas relações paterno-filiais, sendo ele essencial ao desenvolvimento saudável dos filhos.

Por fim, deve-se ser avaliado o conflito ocasionado a partir da legislação vigente, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, expondo ainda os fundamentos do dever de indenizar face à ausência do afeto paterno-filial, levando em consideração os pressupostos da responsabilidade civil. Faz-se necessário a análise de alguns julgados em que foi acolhido o pedido de indenização por danos morais decorrentes da ausência do afeto paterno-filial como forma de demonstrar os fundamentos justificadores dessas decisões.

O foco é analisar a importância da presença paterna para o desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente, bem como as consequências de sua ausência, verificando se é ou não possível a caracterização do dano moral e consequente reparação nos casos em que o pai abandona seus filhos afetivamente.

É interessante o estudo desse tema partindo do pressuposto da sua grande relevância social, visto tratar-se de uma questão controvertida, qual seja, o debate acerca da reparação pecuniária como forma de compensação de preenchimento do vazio causado pela ausência de afeto parental, desafiando, principalmente, a extensão da dignidade da pessoa e o desenvolvimento psicológico do ser humano, o qual influi diretamente no homem perante a sociedade e, por conseguinte, na esfera jurídica, através da análise de artigos científicos, precedentes jurisprudenciais, bem como confronto dos pontos de vista.

DESENVOLVIMENTO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO E FINALIDADE

Todo ser humano é dotado de liberdade e discernimento quanto a seus atos, devendo, portanto, responder pelos mesmos. Assim, quando determinada pessoa ao se relacionar em sociedade, atinge o direito de terceiros, deverá arcar com as consequências advindas do seu ato, seja em virtude do descumprimento de um dever conduta, seja pelo descumprimento de uma obrigação.

O conceito de responsabilidade civil é muito amplo, sendo inviável estabelecer precisamente seu significado por apenas uma única definição. Para se definir a responsabilidade civil é importante lembrar que a palavra responsabilidade deriva do verbo latim “respondere”, que significa designar

alguém a ser garantidor de algo. O termo “civil” refere-se ao cidadão, contextualizado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

Nas palavras de Stoco:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.”¹

Para Maria Helena Diniz, responsabilidade Civil pode ser definida como:

“[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.”²

Faz-se importante a distinção entre responsabilidade e obrigação. A responsabilidade traduz um dever jurídico sucessivo resultante da violação ao dever jurídico anterior. A obrigação, por sua vez, trata de um dever jurídico originário.

Em suma, Cavalieri esclarece distinção:

“Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação.”³

Com isso, diante de todas as definições apresentadas acima nas doutrinas, é plausível concluir que responsabilidade civil está em responsabilizar, atribuir a culpa ao agente praticante de algum dano, para que através desta ligação seja este agente obrigado à reparação do prejuízo, ou seja, reaver o equilíbrio moral e patrimonial violados pelo dano.

¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.118.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.7. Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.51.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.02

1.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil têm como base a regra consagrada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro que estabelece que todo aquele que causa prejuízo a outrem tem o dever de indenizar. Da análise do referido dispositivo, extrai-se que são três os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

Há divergência quanto à caracterização da culpa como elemento da responsabilidade civil. No entanto, a doutrina majoritária continua a considerar a culpa genérica como pressuposto do dever de indenizar. Veja-se a seguir cada um desses requisitos.

1.2.1 A Conduta Humana

É o elemento primário de todo ato ilícito. A conduta denota um comportamento humano voluntário apto a produzir efeitos jurídicos. A voluntariedade é o principal elemento definidor da conduta humana, representando a liberdade de escolha do agente com discernimento necessário para ter consciência daquilo que fez.⁴ Não representa a intenção de causar o dano, mas tão somente a consciência daquilo que se está fazendo. Sem a presença do elemento volitivo não há que falar em responsabilidade.⁵

A conduta humana pode ser exteriorizada através de uma ação ou omissão. A primeira consiste num fazer, numa ação positiva. Já a omissão é resultado da abstenção da ação devida. Podendo o homem agir de forma lícita ou ilícita, para a configuração do direito à reparação civil.

Na análise de Maria Helena Diniz:

“A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”⁶

No entendimento de Silvio Rodrigues:

“A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que devia tomar. O motorista que atropela um pedestre imprudente poderá ser exonerado do dever de reparar o dano se conseguir demonstrar que a culpa foi exclusiva

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III, p. 69.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.24-26.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.7. Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.56.

do atropelado. Mas, se vier a ser provado que a morte da vítima resultou da falta de socorro que o motorista deveria prestar mas não prestou, a sua responsabilidade de fluir não de seu ato comissivo, mas de seu comportamento omissivo.”⁷

Alguns autores afirmam que para se configurar a responsabilidade civil é necessário que o ato praticado pelo autor seja ilícito. Nesse sentido afirma Venosa: “O ato de vontade, contudo, no campo, da responsabilidade de revestir-se de ilicitude”.⁸

Vale ressaltar que, em algumas situações, a obrigação de indenizar pode resultar de atos lícitos, tratando-se de situações excepcionais, dependendo assim de norma legal que a preveja. Acerca disso Carlos Roberto Gonçalves entende:

“Frise-se que a obrigação de indenizar pode resultar, em certos casos, de atos lícitos, como, por exemplo, os praticados em estado de necessidade (CC, arts. 188, II, 929 e 930) e o do dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (CC, art. 1.285).”⁹

Finalmente, ressalta-se que, para que a conduta seja passível de repreensão pela ordem jurídica é necessário que o autor seja imputável, ou seja, capaz de compreender a reprovabilidade de seu comportamento e de determinar-se de acordo com esse entendimento. São elementos da imputabilidade a maturidade e a sanidade mental.¹⁰

1.2.2 O Dano

O dano é o pressuposto indispensável à caracterização da responsabilidade civil. Somente haverá possibilidade de indenização se ficar constatado que do ato ilícito resultou um dano, visto que não se pode falar em indenização sem sua ocorrência. Indenização sem dano importaria pena para quem a pagasse e enriquecimento sem causa para quem recebesse, o que não é admitido em nossa legislação. Dano, portanto, a lesão a um interesse jurídico – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator.¹¹

A princípio, quando se fala em dano, para muitos surge apenas a ideia do dano patrimonial, no entanto, acrescenta Cavalieri Filho:

⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 4. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4, p.23.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p.33.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.26

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III, p. 78.

“Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.”¹²

Desse modo, pode-se verificar duas hipóteses de danos: dano patrimonial e dano moral. Cujas distinções se fazem, levando-se em conta a esfera de interesses que é atingida pelo ato danoso.

O dano patrimonial ou material ocorre toda vez que alguém sofrer uma diminuição no seu patrimônio, experimentando, assim, um prejuízo material, podendo ser este reparado mediante restituição da coisa ou indenização equivalente ao valor do bem. O dano pode ser avaliado tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio (dano emergente) ou o que impediu seu crescimento (lucro cessante).

Dispõe o artigo 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.¹³

Dano emergente representa o efetivo prejuízo suportado pela vítima, enquanto o lucro cessante significa aquilo que ela razoavelmente deixou de ganhar em função da ocorrência do dano. Já o dano moral ocorre quando a vítima de ato ilícito experimenta uma dor considerável, com ou sem perda patrimonial, se define por afetar o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Viola direitos personalíssimos da pessoa humana tais como a honra, a imagem, o nome, a vida privada e a intimidade.

Assegura Sérgio Cavalieri Filho que: “Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade”.¹⁴

1.2.3 O Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Caso não exista essa relação de causalidade, não se admite a obrigação de indenizar.

A definição de nexo causalidade não é jurídico decorre de leis naturais. É vínculo, é a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Sérgio Cavalieri Filho afirma, em suma, que: “O nexo causal é um elemento referencial entre conduta e o resultado. É através dele que

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.96.)

¹³ BRASIL. **Código Civil**.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.101.

poderemos concluir quem foi o causador do dano.”¹⁵

Do mesmo modo dispões Carlos Roberto Gonçalves:

“É relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houver o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento.”¹⁶

Se o resultado danoso decorrer de uma única conduta do agente, a identificação da relação de causalidade entre os mesmos será facilmente perceptível. Contudo, se várias são as condutas e circunstâncias que contribuem decisivamente para o prejuízo, certamente ficará complicada a definição do nexo causal.

Algumas situações retiram o nexo causal, fazendo que não ocorra a responsabilidade civil: a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior. Portanto, conclui-se que inexistindo a comprovação do nexo de causalidade torna-se impossível imputar a alguém qualquer obrigação, não basta que a vítima apenas sofra dano, é preciso, ainda, que este passe a existir a partir do ato do agente para que haja o dever de compensação.

DANO MORAL

2.1 REPARAÇÃO DO DANO MORAL

A reparação do dano moral, embora definitivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 5º, em seus incisos V e X da Constituição Federal de 1988, ainda é tema que ocasiona diversas discussões, sobretudo, quanto à fixação do valor da indenização.

Nas palavras de Clayton Reis,

“E quando se tratar de danos morais? Como será possível aferir o estado de espírito da pessoa antes e depois da lesão para valorar o *pretium doloris*? Será possível concluir que a pessoa lesionada apresentará um estado diverso do anterior à ofensa.”¹⁷

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.46.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p.36.

¹⁷ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Dano Moral. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

A indenização pelo dano moral não possui o intuito de reparar a situação ao *status quo ante*, mas sim, compensar o ofendido pela dor sofrida, pois não há como reparar o dano moral, o que existe é uma compensação, uma vez que não se pode estipular o preço da dor. Daí surge a dificuldade em sua reparação. Como saber o quanto aquele fato ocasionou dor, sofrimento ou constrangimento ao lesado? Qual o valor justo a ser indenizado?

Finaliza Clayton Reis,

“Uma das questões de maior relevância na reparação dos danos morais consiste no seu arbitramento equivalente, isto porque conhecer a profundidade da dor íntima experimentada pela vítima é uma tarefa extremamente árdua para o julgador. Afinal, a nossa personalidade é formada por um universo de sentimentos e sensações multiformes. Não há como aferir com precisão quem sofreu mais ou menos em decorrência de algum ato lesivo experimentado pela vítima. Neste particular, a questão envolve conceitos não delineados de forma aritmética, visto que jamais será possível estabelecer parâmetros, ou padrões absolutos, de reparação do dano extrapatrimonial”.¹⁸

Sendo assim, verifica-se que a dificuldade se encontra justamente em responder a essas perguntas, aliadas à falta de dispositivos legais que ajudem o juiz na quantificação do valor a ser pago.

2.1.1 Natureza Jurídica da Reparação do Dano Moral

No que tange a natureza jurídica, vale lembrar o ensinamento de Silvio Rodrigues, para quem "O dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito."¹⁹

Na atualidade, percebe-se que a compensação do dano moral é cercada por um duplo aspecto. De um lado visualizamos o caráter compensatório, e do outro lado o caráter punitivo, cujo objetivo é penalizar o ofensor. Conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

“Compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Assim, ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos

¹⁸ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. _____. Dano Moral. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 35.

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 4. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191.

lesivos à personalidade de outrem.”²⁰

O aspecto compensatório traduz-se na satisfação à vítima, representando uma compensação entre a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento.

O caráter sancionador ou punitivo tem por finalidade castigar e advertir, no bolso, o causador do dano que agiu com desprezo pelos seus semelhantes, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, desestimulando-o a reincidir na prática de outros atos ilícitos.

DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 Princípios do Direito de Família

Assim como os demais ramos do Direito, Direito de Família é regido por princípios que determinam sua base e seus valores. Alguns destes contam com referência expressa em diversos textos legais; já outros, embora não sejam mencionados de forma explícita, decorrem da ética e dos valores que permeiam todos os ordenamentos jurídicos, a exemplo do princípio da afetividade.

Atualmente, imperam no Direito de Família os seguintes princípios:

- Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

É o princípio mais geral do direito e encontra referência expressa no art. 1º, inciso III, bem como no art. 226, § 7º ambos da CF/88, compõe a base do Estado e também da comunidade familiar, é ainda garantidor máximo dos direitos humanos.

Sobre este princípio, Gustavo Tepedino afirma que:

“[...] a milenar proteção da família com instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular do que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”.²¹

Trata-se então do princípio mantenedor do pleno desenvolvimento e realização de todos os membros da família, em especial da criança e do adolescente. Nesse contexto, a entidade familiar

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p.375

²¹ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civi-constitucional das relações familiares**, in A nova família: problemas e perspectivas, p. 48-49. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.6. Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p.22

deixa de ser um núcleo social fechado e individualista para ser o campo propício e destinado à realização da dignidade de todos os seus integrantes, inspirado sempre no afeto e respeito mútuo.²²

- Princípio da solidariedade familiar

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a solidariedade era apenas encarada como um dever moral e ético a ser cumprido pelos cidadãos.

Contudo, encontra, hoje, amparo constitucional e traduz o comprometimento do constituinte originário com a convivência social, podendo ser observado no inciso I, do art. 3º, da CF/88.

- Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Como estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, implica dizer que deve haver responsabilidade individual e social do homem e da mulher que decidem procriar uma nova vida humana, sendo dever dos mesmos priorizar o bem estar físico, psíquico e espiritual da criança que está por vir

- Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Tal princípio encontra previsão no art. 227 da CF/88, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos nele previstos

- Princípio da afetividade

É um dos fundamentos do direito de família constitucionalizado, sendo o mesmo responsável por dar primazia às relações socioafetivas, baseadas na comunhão de vida. Esse princípio é o norte da interpretação da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, pois consiste na base da convivência familiar e da solidariedade.

Conforme demonstrado com os princípios acima explanados, é notório que os novos horizontes do Direito de Família conduzem a prevalência da afetividade sobre os meios unicamente formais e, com isso, a família socioafetiva conquista cada vez mais o apoio de doutrinadores e magistrados.

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo consiste na situação em que o pai ou a mãe deixa de prestar a assistência física e psíquica ao filho, por vontade própria deixa de conviver com o mesmo, nada mais é do que a “atitude omissiva dos pais no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar”.²³

²² MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial.** Jus Navigandi.

²³ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação.** Jus Navigandi,

Destarte, percebe-se que o abandono afetivo não ocorre tão somente quando há ausência física e moral do pai na vida do filho, mais também, embora haja coabitação entre eles, o pai não dar ao filho a menor demonstração de afeto e atenção.

Acerca deste assunto, Maria Berenice Dias discorre:

“A convivência dos filhos com os pais **não é direito, é dever**. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.”²⁴

Nesse mesmo sentido o artigo 227 da Constituição Federal, traça um panorama das responsabilidades da família em relação ao menor, apontando para o fato de que fornecer apenas suporte material não é suficiente para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, tal princípio consagra expressamente o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, cuja rejeição provoca dano moral.

Destaca-se, portanto que o dano moral consiste na afetação dos direitos da personalidade da pessoa, gerando um abalo na tranquilidade psíquica desta, assim o abandono afetivo, e sua grande maioria geram constrangimentos aos filhos, afetando assim a dignidade da criança ou adolescente.

Nesse contexto, a Constituição prevê a indenização por dano moral, quando estabelece:

Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”²⁵

Essa questão da falta de afeto dos pais em relação aos filhos é preocupante mas que aos poucos vem quebrando paradigmas e solidificando entendimentos positivos quanto ao direito dos filhos buscarem na justiça uma indenização pelos danos sofridos, não que isto lhe aliviará a dor do abandono, mas servirá como uma forma de demonstrar o valor dos seus sentimentos.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p.460. Apud VENEZ, Hilma da Silva Costa. **Possibilidade de indenização em face do abandono afetivo**. Jus Navigandi,

²⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**.

4.1 ANALISES JURISPRUDENCIAIS

O abandono afetivo, recorrente na realidade social há muito tempo, aos poucos vem ganhando espaço no âmbito judicial. A primeira decisão acerca do referido tema foi proferida na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa – RS (141/1.03.0012032-0), na qual condenou o pai ao pagamento de duzentos salários mínimos à filha pelo abandono material e psicológico que lhe infundiu.²⁶

Essa decisão se fundamentou no princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, levando em consideração a necessidade da filha de estar junto do pai para seu desenvolvimento.

No mesmo sentido, podemos destacar o julgado quanto ao fato de o pedido ser juridicamente possível:

“APELAÇÃO CÍVEL Nº 015096006794APELANTE: CARLA DOS SANTOS FERNANDESAPELADO: PAULO CEZAR FRANÇA CABRALRELATOR: DES. SUBST. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY A C Ó R D ã O E M E N T A : P R O C E S S O C I V I L - I N D E N I Z A Ç Ã O P O R D A N O S M O R A I S - G E N I T O R - A B A N D O N O M O R A L E F A L T A D E A F E T O - P E D I D O J U R I D I C A M E N T E P O S S Í V E L - S E N T E N Ç A A N U L A D A - P R O S S E G U I M E N T O R E G U L A R D O F E I T O - R E C U R S O P R O V I D O .

1. O pedido de reparação por danos morais sofridos é um pedido juridicamente possível e reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico.

2. No caso de pedido de indenização por danos moral em decorrência de abandono moral e falta de afeto por parte do genitor, é necessária a caracterização dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam, o dano experimentado pelo filho, o ato ilícito praticado pelo pai, e liame causal que conecta os referidos elementos.

3. Impõe-se a remessa dos autos à instância de origem, a fim de propiciar a angularização do processo, citando-se o réu apelado para exercer o contraditório e a ampla defesa, bem como proceder a dilação probatória necessária ao deslinde da quaestio.

4. Recurso conhecido e provido. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, anulando a sentença objurgada e determinando o retorno dos autos à instância de origem, para o seu regular processamento.(...)”

Da leitura dos referidos julgados, percebe-se que as decisões foram favoráveis aos filhos, condenando os genitores em virtude do abandono afetivo, com isso, há uma tendência em **reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de reparação pecuniária**.

Dentre as decisões desfavoráveis, destacamos a Apelação Civil da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, segue a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio

²⁶ Segundo informações constantes na página <http://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs>

emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação. (...) ²⁷

Assim, segundo o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não basta afirmar a existência do dano, deve-se comprová-lo para que seja preenchido um dos requisitos indispensáveis da Responsabilidade Civil, sem o qual não há que se falar em indenização.

No entanto, a controvérsia sobre o tema abordado está longe de ter sido encerrada. Esse assunto ainda precisa ser bastante discutido, como também cada caso deverá ser indagado isoladamente, analisando a presença dos pressupostos necessários para a caracterização do dano moral pelo abandono afetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou o tema do abandono afetivo, analisando a possibilidade de condenar os pais por danos morais provocados pela falta de afeto aos filhos frente ao ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios norteadores do Direito de Família, em especial o princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

O Judiciário, aos poucos, vem se desprendendo do formalismo rígido, a fim de levar em conta as alterações sociais das últimas décadas em seus julgados e assim, atender a um maior número de demandas envolvendo questões afetivas.

Verificou-se também que o dever de convivência familiar surge no ordenamento pátrio como direito fundamental da criança e do adolescente, compreendendo o dever dos pais de prestarem afeto, carinho, atenção e orientação aos filhos.

Cumprir lembrar que a obrigação de indenização em face do abandono afetivo só estará configurada se estiverem os presentes os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta culposa ou dolosa, o nexo causal e o dano. Sendo assim, o julgamento será objetivo e baseado em fatos concretos.

No entanto há controvérsia acerca da possibilidade de reparação pecuniária decorrente do abandono afetivo do genitor. Nos dois sentidos existem posições, tanto para defender a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, quanto para rejeitar. De fato, os argumentos expostos no

²⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70022648075, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008.

trabalho pelas duas correntes são bastante fortes e convincentes, de modo que chegar a uma conclusão absoluta acerca da matéria consiste em uma difícil missão.

Os doutrinadores que defendem a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo argumentam que o instituto além da função reparadora e punitiva, possui a função socioeducativa, dissuasória, devendo ser aplicada com a finalidade de expor à sociedade e ao ofensor a reprovação do Direito com a conduta de abandono, para que os pais tenham consciência de seus deveres e, assim, sejam evitados novos casos de abandono.

Conclui-se, por fim, que o Direito, especialmente o Direito de Família, não possui fórmulas exatas de aplicação. Cada caso é um caso, cada família é uma família, cada dor é uma dor e cada amor tem a sua própria medida. Assim, nessa seara, jamais se poderá falar de “ações em massa” ou “modelos de sentença”, pois a lei regula situações genéricas, que devem ser analisadas na sua especialidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.**

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo.** Apelação Cível, 15096006794, Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível n. 70022648075, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.02

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.24-26.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.26

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.96.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.101.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.46.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8ª Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p.460. Apud VENEZ, Hilma da Silva Costa. **Possibilidade de indenização em face do abandono afetivo.** Jus Navigandi

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.7. Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.51.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.7. Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.56.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III, p. 69.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III, p. 78.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p.33.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p.36.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p.375

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. 2012. Jus Navigandi.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial**. 2012. Jus Navigandi.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. _____. Dano Moral. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. _____. Dano Moral. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 35.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 4. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 4. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.118.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civi-constitucional das relações familiares**, in A nova família: problemas e perspectivas, p. 48-49. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.6. Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p.22

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4, p.23.