



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano Moral por Abandono Afetivo?

Andréa Sales Macedo

**Rio de Janeiro
2009**

ANDRÉA SALES MACEDO

Dano Moral por Abandono Afetivo?

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO?

Andréa Sales Macedo

Graduada em Direito pela Universidade
Cândido Mendes - Campus Centro. Advogada.

Resumo: O direito de família está em constante evolução e os papéis dos membros da entidade familiar sofrem constantes mudanças, notadamente o dos filhos que antes se sujeitava a vontade do *pater família*, sem qualquer direito subjetivo protegido. Atualmente, todas as crianças e jovens são sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, dentre os quais está o direito a convivência familiar. Nesse contexto atual surge a discussão acerca da responsabilidade civil dos pais pela omissão de afeto. O presente trabalho objetiva abordar essa problemática realizando uma análise doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chaves: Abandono afetivo. Dano Moral.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Evolução histórica do Direito de Família. 3 – Constituição Federal de 1988: alterações axiológicas no Direito de Família. 4 – Aspectos Gerais do Poder Familiar. 5 – Princípios Constitucionais relacionados ao dever dos pais prover afeto. 6 - Responsabilidade Civil dos pais em relação aos filhos pelo abandono afetivo. 7 – Análise Jurisprudencial. 8 – Conclusão.

1- INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado objetiva abordar o tema do cabimento do dano moral pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, que tem sido recorrentemente discutido na doutrina e jurisprudência, gerando acirrada controvérsia.

Considerando a complexidade das relações que se estabelece entre os membros de uma família e a completa dependência emocional e financeira entre os pais e os filhos menores ou deficientes, constata-se que o presente tema deve ser tratado com cautela. Deve se respeitar as regras da responsabilidade civil, mas tendo como norte os princípios relativos ao direito de família e, ainda, o impacto de decisões dessa natureza nos núcleos familiares.

No presente estudo foi abordada a evolução histórica do direito de família e a sua importância para o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

Partiu-se de uma visão histórica, jurídica e filosófica da família até chegar à família idealizada na Constituição da República de 1988, cujo texto introduziu diversas alterações axiológicas nas relações familiares. Procurou-se demonstrar a importância de uma família igualitária, pautada nos deveres e obrigações recíprocos entre os seus membros, para viabilizar o desenvolvimento de indivíduos saudáveis aptos a construir uma vida digna e a contribuir para a sociedade. Os aspectos gerais do poder familiar também mereceram um item próprio.

Discorreu-se acerca dos principais princípios constitucionais e legais atinentes ao direito de família, ressaltando que deve se buscar a efetividade desses vetores para buscar o almejado desenvolvimento sadio da pessoa humana, desde a concepção até a adolescência.

Demonstrados os fundamentos do dever de afeto, discorreremos acerca da responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores ou incapazes, por violação ao dever de afeto, abordando as controvérsias existentes. Menciona-se os elementos da responsabilidade civil no Direito de Família, os critérios de fixação do dano moral e o cuidado que deve se pautar o julgador nessa seara.

Por fim, analisa-se a jurisprudência nos tribunais brasileiros sobre o dano moral por abandono afetivo.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Na Idade Antiga os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião e não pelas relações consanguíneas ou de afinidade. A família era organizada sob o princípio da autoridade, fundamentava-se no poder marital. Nessa época o homem era o chefe da família e o responsável pelo cumprimento dos deveres religiosos, sendo certo que a religião ditava as regras da família estabelecendo o que era certo e errado.

O pai exercia um poder absoluto sobre os seus filhos, podia vendê-los, castigá-los como bem entendesse, inclusive, aplicar penas corporais ou mesmo tirar-lhes a própria vida. Os descendentes não eram sujeitos de direito, mas objeto de uma relação jurídica. A mulher nada podia fazer, pois também era subordinada ao chefe da família.

O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os descendentes que residissem na sua casa, não importava a menoridade ou maioridade. Essa autoridade era exercida sob a sua esposa e as esposas de seus filhos, nos casamentos com manu.

Ressalte-se que existia a *conventio sine manus*, em que a mulher continuava ligada à família de seu pai, não pertencendo ao marido, nesse caso o seu pai ainda exerceria a autoridade.

O ascendente mais velho da família era o chefe e tomava todas as decisões, além de administrar o patrimônio familiar, que era único. O Estado Romano quase não interferia na unidade familiar, cuja responsabilidade era do *pater*. O homem exercia seu *domino* na família, pois nesse período acreditavam que a família era a representação celular do Estado. A família consistia numa unidade política, jurídica, econômica e religiosa que se erigia em torno da figura masculina.

Posteriormente, surgiram os patrimônios individuais, denominados pecúlios que eram administrados por pessoa que ainda estava sob a autoridade do *pater*.

Nessas civilizações antigas os filhos não tinham um tratamento isonômico. Os direitos sucessórios eram limitados ao primogênito do sexo masculino, pois esse era gerado com o intuito de cumprir o dever religioso. Paulatinamente, a severidade das regras foi se

atenuando, as necessidades militares criaram a figura de um patrimônio independente para os filhos.

A idade média foi marcada pelo crescimento da concepção Cristã da família. A igreja crescia e influenciava cada vez mais os sistemas jurídicos da época, filosóficos, culturais e sócias. O homem era um pecador que precisava seguir as determinações da igreja para alcançar a plenitude da alma.

Uma grande contribuição do cristianismo para as relações familiares foi pregar o direito à dignidade para todos, indistintamente, inclusive para os menores e mulheres. Esse ideal de dignidade refletiu diretamente nos núcleos familiares, principalmente na relação entre pai e filho, pois os castigos imoderados esbarravam diretamente no direito a dignidade do filho.

Em que pese tal contribuição, existia o outro lado da concepção cristã, rígida nas suas idéias de moralidade. Como exemplo, pode-se mencionar que os filhos havidos fora do casamento eram renegados por toda a sociedade, pois representavam uma verdadeira afronta à instituição sagrada do matrimônio, o que a igreja repudiava. Não importava a condição de pessoa humana e não ter havido qualquer direito de escolha dessa criança, aquele indivíduo seria discriminado e viveria à margem da sociedade.

Durante a idade média, as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico e o casamento religioso era o único conhecido. Contudo, ainda era possível notar uma influencia das idéias da idade antiga, principalmente, quanto ao pátrio poder.

Não há dúvidas de que os ideais canônicos tiveram forte influencia na família brasileira, principalmente em razão da colonização pelos portugueses, para ilustrar essa influencia podemos mencionar o art. 1.523 do Código Civil de 2002 que seguiu a linha do direito canônico mencionando as situações de invalidade do casamento.

Cumpre mencionar em virtude da aludida influencia o modelo de família brasileiro por muito tempo foi marcado por ter o casamento como a figura central, o casamento era o centro de tutela, inclusive, constitucional.

As constituições anteriores a de 1988, com exceção da de 1967, declaravam que a família constituída pelo casamento civil era indissolúvel e estava sob a proteção estatal. Essa família constituída pelo casamento passou a ser denominada família legítima, prevista em lei e baseada no casamento civil, com total amparo legal e proteção estatal. Como uma

decorrência lógica, as famílias não formalizadas pelo matrimônio ilegítimas, uma vez que criadas à margem da lei e sem as prerrogativas da primeira.

Saliente que, embora o Código Civil de 1916 não tenha definido o instituto da família, condicionou a sua legitimidade ao casamento civil, conforme podemos observar no artigo 229, *in verbis*: " Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos."

A rigidez do Código Civil de 1916 foi tornando-se insustentável diante da realidade social dinâmica, e já no ano de 1977 passou a admitir o divórcio como instituto que põe fim ao casamento.

Atualmente, o direito de família encontra-se em constante transformação, principalmente, em função das mudanças sociais, políticas, culturais. O padrão hierárquico de família vem cada vez mais cedendo lugar à democratização e as relações passam a ser igualitárias e baseadas no respeito mútuo e é nesse cenário que o presente estudo tem espaço.

3 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ALTERAÇÕES AXIOLÓGICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro valores atribuídos às entidades familiares objetivando abarcar as diversas modificações sociais ocorridas nas últimas décadas no direito de família.

Analisando a realidade social observamos que ocorreu uma irrefutável modificação da estrutura família, tais transformações são identificadas pela doutrina que passou a enfrentar temas jamais imaginados como a família monoparental, união estável, união homoafetiva, direito de alimentos da concubina, filiação socioafetiva.

Consoante afirma TEPEDINO: “ Verifica-se do exame do art. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as

relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes (...)” (p. 421, TEPEDINO, 2008).

A entidade familiar passa a ser afirmada como base da sociedade e a ser dotada de uma especial proteção estatal, que protege cada membro da família. O casamento deixa de ser a única forma de se constituir uma família legítima, pois a constituição reconhece a possibilidade de apenas um dos pais e seus descendentes e também a união estável como formas de constituição de família.

Cumpram-se outros importantes aspectos introduzidos pela constituição: a proibição de qualquer discriminação entre os filhos, sejam eles concebidos dentro ou fora do casamento conforme reza o art. 227, § 7; a consagração da igualdade entre o homem e a mulher (art. 5, I e art. 226, § 5, todos da CF); a possibilidade da dissolução do vínculo da sociedade conjugal independentemente da culpa (art. 226, § 6, CF); o planejamento familiar voltado para o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7, CF) e possibilidade da intervenção estatal para coibir a violência doméstica.

Conforme já demonstrado no presente trabalho, no sistema anterior atribuía-se um poder desmedido ao cônjuge varão, os filhos e a esposa se submetiam à sua autoridade. Tal forma patriarcal de organização fazia parte do sistema estabelecido no Estado e era entendido como necessário para garantir a ordem doméstica, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Contudo, a constituição ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana diz implicitamente que nenhuma entidade, nem mesmo o Estado, pode se sobrepor a esse valor supremo que é a dignidade do homem.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a família deixa de ser um fim em si mesmo e passa a ser um instrumento destinado a buscar o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. Não importa mais o dogma da família legítima oriunda da reunião de pessoas formalmente casadas e de filhos legítimos. A própria constituição passou a reconhecer outras formas de família e a dar a essas entidades semelhante proteção estatal.

O constituinte colocou como prioridades os direitos individuais de cada ente da família e não apenas a instituição familiar como digna de proteção.

4 – ASPECTOS GERAIS DO PODER FAMILIAR

Diante de tantas transformações no Direito de Família é imperioso fazer algumas considerações acerca do poder familiar na atualidade. Saliente-se que o enfoque será na pessoa do filho e não na administração de seus bens.

O poder familiar consiste no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores, devendo salvaguardar a pessoa e administrar os bens.

O aludido instituto se justifica pela própria natureza humana, pois diferentemente dos animais irracionais não basta apenas prover alimentos e moradia, é imprescindível que se dê também a assistência imaterial que abrange o afeto, cuidado, amor, educação, direção, convivência familiar, proteção.

Os pais têm o dever de participar ativa e continuamente na vida dos filhos, provendo-lhes uma estrutura financeira e emocional digna. Saliente-se que somente é possível avaliar a adequação dessa assistência dentro do caso concreto, pois varia de acordo com a classe social e o local em que residem.

O art. 229 da Constituição declara que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, sendo que entendemos no mesmo sentido da Prof. Kátia Regina Ferreira Lobo que assim dispõem: “ Analisando a redação do art. 229 da CF/88, no que tange aos deveres dos pais em relação aos filhos menores, notamos a amplitude do termo e as suas vertentes possíveis. Se por um lado significa ajudar, por outro a vertente de estar presente perto, comparecer, presenciar, acompanhar e até coabitar.” (MACIEL, 2009)

Portanto, o dever de assistência não é apenas material, mas também imaterial, que dentre outros aspectos envolve o afeto. Além do mais, o Código Civil no seu art. 1.634 ao estabelecer de forma esmiuçada o dever dos pais em relação aos filhos, determina no II que compete aos pais ter a guarda e companhia dos filhos menores.

A infração ao dever de criação pode configurar o crime de abandono material previsto no art. 244 do Código Penal e constitui causa de extinção do poder familiar, conforme o art. 1638, II do Código Civil. Mesmo nos casos de perda do poder familiar persistirá o dever de sustentar os filhos, sob pena de se premiar o pai faltoso com a exoneração do encargo.

Modernamente, o poder familiar possui um caráter protetivo, principalmente após a criação da Doutrina da Proteção Integral fundamentada no art. 227, CF/88, segundo a qual a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direito, respeitando-se acima de tudo a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Ficou ultrapassada, portanto, a idéia de pátrio poder, tanto que hoje se denomina poder familiar.

Importante mencionar as duas principais características do instituto em comento: a irrenunciabilidade e imprescritibilidade. Não pode ser abdicado por tratar-se de um múnus público e, se assim não fosse, estar-se-ia permitindo que os genitores pudessem ao seu alvedrio retirar de si tal obrigação. A imprescritibilidade diz respeito ao fato de que esse poder não decai pelo fato de não ser exercido, somente cessa nos casos expressos em lei.

A titularidade do poder familiar é exercida simultaneamente entre o homem e a mulher, e em caso de divergência é possível recorrer ao juiz para solucionar a lide envolvendo o interesse do menor, nesse sentido dispõe o art. 1.631 do Código Civil.

Ressalte-se, ainda, que a separação ou divórcio em nada interfere no poder familiar, pois não tem o condão de romper o vínculo entre os pais e o filho, nesse sentido dispõe o art. 1.631 do Código Civil. Aliás, muito pelo contrário, pois é nesse momento que a criança precisa sentir segurança e saber que aquela separação não afetará a sua relação com seus pais.

Contudo, nesses casos de separação ou divórcio, é necessário decidir, acerca de quem ficará com a companhia ou guarda da prole. A guarda significa autonomia de um dos cônjuges de decidir questões cotidianas da vida dos filhos, mas não impede que o outro cônjuge possa opinar em questões importantes da vida dos filhos, como a escolha da escola.

Consoante reza o art. 1630 do Código Civil os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, esclareça-se que aqui não há qualquer distinção entre filhos legítimos ou ilegítimos.

O poder familiar extingue-se quando os filhos atingem a maioridade, ou com a morte dos pais, pela emancipação dos filhos, pela adoção ou por decisão judicial. O poder familiar será destituído, por decisão judicial, nos casos em que aqueles que o exercem demonstrarem não estar qualificados para esta função primordial no desenvolvimento da pessoa humana, representando perigo para a integridade física e mental da criança ou seu desenvolvimento saudável.

É possível ocorrer a suspensão do poder familiar em caso de abuso de autoridade pelo pai ou pela mãe como a aplicação de castigos imoderados, quando deixam de cumprir os deveres a eles incumbidos ou arruinando os bens dos filhos. A condenação do pai ou da mãe por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão também pode gerar a suspensão. Nestes casos, a pedido de uma das partes interessadas ou do Ministério Público, o juiz poderá suspender o poder familiar, a seu critério, pelo tempo que julgar ser necessário, visando a segurança do menor.

Por qualquer ângulo que se analise o instituto em apreço é forçoso reconhecer a importância fundamental da constituição federal, que ao propor diversas modificações no âmbito do direito de família, refletiu positivamente na estrutura do poder familiar que atualmente passou a ter um caráter de proteção e não de sujeição. Isto porque, o principal objetivo daquele que exerce o poder familiar, é adotar todas as providências necessárias para o sadio desenvolvimento mental, físico, social e intelectual da criança, para que se torne um adulto preparado para enfrentar a vida, profissional e emocionalmente.

5 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DEVER DE DAR AFETO

5.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É inconcebível imaginar a sociedade sem a família, a própria sobrevivência do ser humano depende de alguém que o acolha no momento de seu nascimento até os primeiros anos de vida, lhe dando alimento, cuidado, amor e colo.

A entidade familiar antecede ao próprio Estado e decorre da própria natureza humana, razão pela qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro assegura a convivência familiar como direito fundamental no art. 227 da Constituição Federal.

Ressalte-se, que a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança também prevê norma no mesmo sentido ao dispor que o menor não será separado dos pais,

salvo quando houver interesse maior da criança (art. 9, I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20/09/89 na Assembléia Geral das Nações Unidas, ratificada no Brasil através do Dec. 99.710/90).

Crescer inserida dentro de um núcleo familiar é direito da criança que precisa ser confortada e ter afeto para que possa ter um desenvolvimento sadio e futuramente tornar-se um adulto seguro. A saúde não abrange apenas o corpo, mas também a inteligência emocional, afinal, de que adianta uma saúde perfeita sem um emocional equilibrado para enfrentar os desafios e obrigações do dia a dia.

Conforme afirmam pesquisadores, na mente das crianças as dificuldades são entendidas como ameaça. Portanto, fome, frio ou ausência de cuidado e afeto por parte dos pais acarretam o mesmo efeito de uma agressão. O estresse libera um hormônio chamado cortisol e o excesso em um cérebro ainda jovem pode ser um veneno para as células nervosas. ([http: g1.globo.com/globoreporter](http://g1.globo.com/globoreporter), 2009)

A criança tem o direito de viver num ambiente que lhe seja facilitador no qual jamais poderá inexistir o afeto e aconchego. Ela deve ter a segurança de viver e experimentar sabendo que será sempre nutrida de cuidado e amor, seja para incentivar ou para acolher.

O ambiente saudável para o crescimento da criança é indubitavelmente no seio de sua entidade familiar, não apenas enquanto criança, mas também na adolescência, pois caberá aos pais auxiliar na formação da personalidade e caráter dos filhos quando ampliarem os seus relacionamentos e tiverem experiências fora de casa.

Portanto, a convivência familiar constitui um verdadeiro porto seguro da criança, fator essencial para que se torne um adulto equilibrado.

5.2 - PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Dispõe a constituição no art. 226, § 7 que o planejamento familiar é decisão livre do casal, devendo se fundamentar na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Assim, ainda que o casal tenha o direito de escolher quanto filhos terá essa liberdade se limita pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Isto porque, os genitores deverão ter ciência da necessidade de prestar a assistência material e também a imaterial aos filhos a fim de lhes garantir um desenvolvimento sadio.

A decisão de ter um filho é séria e compreende uma série de modificações na estrutura da família e dos pais. Compreende uma série de encargos para os quais a pessoa deve estar preparada física e emocionalmente. A função de pai ou mãe exige uma dedicação incomensurável, a pessoa precisa ter condições financeiras de prover as necessidades do filho e vontade de lhe aconchegar em todos os momentos de sua vida.

A paternidade ou maternidade é um exercício diário de amor e cuidado e precisa ser feito de forma adequada, pois a irresponsabilidade nessa função reflete diretamente na vida de uma pessoa e decide a postura que a criança assumirá perante a vida quando tornar-se adolescente e adulta. Se tratada com amor será amorosa, segura, equilibrada e se tratada com desprezo grandes chances de se tornar um adulto amargo, inseguro, depressivo, autoritário.

Pode-se afirmar que o ato de amor e respeito começa a partir dessa decisão, pois uma vez constatado a inexistência de estrutura para criar um filho, seja econômica ou emocional, deve o casal se abster de tê-lo e aguardar o momento oportuno.

Com base nesse princípio devemos considerar sempre que o filho não escolhe nascer naquele momento, essa decisão pertence aos pais que devem ser responsáveis por cumprir os deveres atinentes ao poder familiar, inclusive, o de dar afeto.

5.3 – DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral consiste num princípio definido no art. 227 da Carta Constitucional de 1988 e possui íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A inclusão desse paradigma na carta constitucional foi um importante marco no Direito da Criança e do Adolescente. Restou afastada a Doutrina da Situação Irregular em que o menor somente tornava-se sujeito da proteção estatal quando se enquadrassem na situação irregular descrita no Código de Menores. A norma era direcionada apenas aos menores desprovidos das condições básicas de subsistência, deviam preencher o binômio pobreza e delinqüência, como os abandonados, expostos, infratores, vítimas de maus tratos.

O Direito da Criança e Adolescente ocupava-se em remediar as fatos e, atualmente, com a mudança desse paradigma o Estado passa a adotar uma postura mais atuante e a criança e o adolescente, definitivamente, passam a ser titulares de direitos subjetivos.

A Doutrina da Proteção Integral significa reconhecer a peculiar condição da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento, a sua vulnerabilidade e em razão disso lhes conferir uma proteção especial. A partir dessa doutrina, a criança e adolescente passam a ser sujeitos de direito e, para assegurá-los, se estabeleceu um sistema de garantias regulado pela lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto pertinente a transcrição da seguinte afirmativa: “A Carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever de concorrentemente assegurá-los.” (AMIM, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, 2009).

Portanto, com o essa doutrina da Proteção Integral as crianças e adolescentes são entendidos como cidadãos, sujeitos de direitos civis, sociais e humanos.

Dúvidas não podem pairar no sentido de que o direito a convivência familiar e o direito ao afeto constituem um direito subjetivo da criança e do adolescente, que necessitam desses fatores para ter um desenvolvimento saudável.

5.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme já demonstrado, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas mudanças no ordenamento jurídico, estabelecendo uma série de direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana definido no art. 1, III, da Constituição, constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Trata-se de ma valor supremo no qual a própria existência do Estado está pautada e do qual decorre todos os demais princípios liberdade, cidadania, igualdade, solidariedade.

A Dignidade é o fundamento de todos os direitos fundamentais e deve ser respeitada a partir do nascimento da pessoa humana. Esse fundamento serve como indicador do conteúdo de todas as outras normas constitucionais e infraconstitucionais seja quanto à organização do Estado, ordem econômica e social.

O homem não é concebido para uma determinada finalidade ele é um fim em si mesmo. No entanto, não podemos assumir uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana, pois é fundamental compatibilizar a relação entre os valores individuais e coletivos.

Deve-se mencionar, ainda, que a dignidade não representa apenas um limite à atuação estatal, deve também nortear a atuação do legislador e do administrador público para que implementem medidas eficazes aptas a promover a dignidade, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

Ora, considerando a família como a base de toda a sociedade e primordial para o desenvolvimento regular do indivíduo, é o primeiro local onde deve se construir uma relação digna, respeitosa, baseada no amor, carinho e respeito mútuos.

A dignidade integra a própria essência do indivíduo, constituindo elemento que integra a própria personalidade. Uma agressão à dignidade humana tem o condão de gerar direito a indenização por danos morais conforme prevê a própria Constituição no art. 5, V e X.

A atuação estatal no sentido de promover a dignidade não tem sentido algum se a própria família não o faz. Ao nascer a criança passa os primeiros dias e anos de sua vida em contato apenas com os pais e familiares e essa será a base primordial de sua existência.

Uma criança tratada com desprezo, indiferença é uma criança que não tem dignidade, pois a essa criança está sendo negado o direito de ser tratada com amor, carinho, respeito para que possa crescer de forma saudável e ser feliz.

Podemos a seguinte analogia: da mesma forma que o Estado se organiza destinando suas regras para viabilizar a dignidade do homem, igualmente uma família deve se estruturar tendo como norte este valor supremo. Assim, o filho tratado com respeito e carinho, ao crescer agirá sempre defendendo a sua dignidade e respeitando a dignidade do próximo. Ao passo que uma criança tratada com desprezo tende a seguir os mesmos passos daquele que o desprezou tornando-se muitas vezes um adulto complexo, autoritário, e perpetuando uma educação inadequada.

Como já visto no decorrer do presente estudo, a função principal da família é desenvolver a personalidade dos filhos para que se tornem adultos íntegros e contribuam de uma forma positiva à sociedade. O respeito mútuo, a generosidade e a idoneidade, são ensinamentos que somente podem ser aprendidos no lar, pela convivência diária nas mais diversas situações. Há de se convir que é impossível transmitir tais ensinamentos se não houver afeição entre os membros da família.

São valores advindos da família que não poderão ser absorvidos pela criança senão pela experiência familiar, sendo certo que a omissão do afeto também acarreta dano irreparável e compromete o desenvolvimento da criança. O pai ou mãe omissos também desrespeitam os filhos, na medida em que são indiferentes e não agem como espera o filho e a sociedade.

Não importa se os membros da família vivem ou não sobre o mesmo teto, se o filho vive com o pai ou a mãe. Conforme já demonstrado, o poder familiar não cessa com o divórcio, e enquanto não ocorrer a maioridade ou outra causa extintiva os pais devem assistir aos filhos, dando-lhes não apenas estrutura financeira, mas também afeto.

Conforme afirma DIAS: “O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar.” (p. 415, DIAS, 2009)

A evolução do estudo da psicologia demonstra a decisiva influencia da entidade familiar para o desenvolvimento sadio da criança, devendo se considerar a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

A própria experiência comum nos demonstra que o afeto norteia a auto-estima da criança e que a constituição de um vínculo afetivo filial é imprescindível para uma vida tranqüila. Os pais devem acolher, estimular, motivar e disciplinar objetivando o bem estar e o comportamento saudável da criança.

Certamente ao prover afeto aos seus filhos eles se tornarão bem resolvidos consigo e isso influencia diretamente na convivência em sociedade.

Por tais fundamentos, o afeto é fundamental para garantir o desenvolvimento sadio da personalidade do indivíduo sem o qual não haverá dignidade. Prover o afeto é um dos deveres decorrentes do poder familiar que deve ser exercido como qualquer outro em respeito à doutrina da proteção integral que considera a peculiar situação do menor como pessoa em desenvolvimento.

6 - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS COM FUNDAMENTO NO ABANDONO AFETIVO

6.1 – O DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A Carta Constitucional de 1988 inclui no rol dos direitos fundamentais a indenização por dano moral, encerrando uma discussão existente na doutrina e jurisprudência acerca de tal possibilidade.

Preconiza o art. 5, inciso V que é “assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por danos morais ou à imagem” e o inciso X, do mesmo dispositivo, que: “ são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

peças assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”. Pode-se afirmar que, o dano moral constitui uma agressão à dignidade da pessoa humana.

Imperioso salientar, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidado no verbete de súmula número 37 no sentido de ser possível a cumulação entre o dano material e moral, ainda que advindo do mesmo fato.

Nesse contexto, pertinente mencionar o entendimento de CAVALIERI que, partindo da premissa de que o dano moral consiste numa agressão à dignidade, afirma a impossibilidade de fatos corriqueiros ocasionarem um dano imaterial. Assim sendo, aborrecimentos, irritação, sensibilidade aflorada, não geram o direito à indenização, por não serem duradouros a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Afirma o autor, que somente a dor, o vexame, a humilhação, o sofrimento que causam aflição e angústia interferindo no bem estar da pessoa seriam passíveis de serem indenizados. (CAVALIERI, 2009, p. 83).

Saliente-se que a existência do dano constitui um dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, devendo ainda existir o nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente.

Na hipótese de dano moral por abandono afetivo, portanto, o filho abandonado deve demonstrar que o pai, mãe ou ambos ao violarem os deveres decorrentes do pátrio poder de prestar a assistência imaterial traduzida pelo afeto, amor, carinho lhe causou dor vexame humilhação, atingindo a sua dignidade.

Diversas passagens no Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam a proteção imaterial do menor, para tanto, observe-se os art. 3 e 5 que mencionam a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais que propiciem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, pois somente dessa forma haverá liberdade e dignidade. Mencione-se também o art. 17 do estatuto legal em comento que define o direito ao respeito como a inviolabilidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.

Além do mais, conforme já demonstrado, a própria constituição assegura o direito a convivência familiar por ser a principal forma de garantir esse desenvolvimento íntegro

idealizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito ao respeito no que tange a integridade psíquica e moral.

As alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal de 1988 trouxeram uma importantíssima inovação, pois as pessoas passaram a ser consideradas individual e separadamente do seu grupo familiar. Portanto, não há nada que impeça a caracterização do dano moral no âmbito do direito de família, uma vez que os seus membros são sujeitos de direitos e isso inclui as crianças e adolescentes.

Em que pese a afirmativa anterior logicamente devemos ressaltar a peculiaridade da responsabilidade civil nas relações familiares, principalmente entre pais e filhos, decorrentes da ausência de afeto. É preciso imensa cautela do julgador ao apreciar casos dessa natureza, uma vez que o poder judiciário não pode ser usado como instrumento para movimentar vingança ou alimentar picuinhas contra os pais omissos. A ocorrência ou não do dano moral somente pode ser constatada pela análise do caso concreto e o julgador poderá valer-se da prova pericial para constatar a efetiva existência de dano psíquico causado no menor.

O julgador deve observar, ainda, a existência de separação, a relação entre os pais, pois muitas vezes em virtude de separações e divórcio o genitor guardião dificulta ou mesmo impossibilita a continuação do vínculo afetivo entre pai e filho. Nesse caso, não poderia ser o pai ausente condenado a pagar indenização, deve-se analisar toda a realidade que circunda a demanda instaurada, sob pena de se banalizar um instituto jurídico e economizar o direito ao afeto e a convivência familiar.

A doutrina de um modo geral é receptiva a possibilidade de indenização por danos morais pelo abandono afetivo. (p. 416, DIAS, 2009; p. 701, GONÇALVES, 2008; p. 45, Revista da EMERJ, 2007)

Aqueles que sustentam a impossibilidade do dano moral no direito de família o fazem sustentando que não se pode dar azo à mercantilização das relações filiais. A questão de fato é delicada e esse não é o intuito de se permitir esse tipo de indenização, e foi por essa razão que ressalvamos a necessidade de inigualável prudência do poder judiciário ao apreciar esses casos.

Contudo, é inegável que violação de poder-dever de prover afeto ao filho possui aptidão de gerar danos de ordem moral por caracterizar os requisitos da responsabilidade civil.

Ora, o poder familiar atualmente não é apenas um poder do pai, constitui também um dever. Tal instituto foi estruturado observando as necessidades do filho para viabilizar uma existência digna e uma vez violado gera sim o dano extrapatrimonial para o filho abandonado afetivamente, razão pela qual deve indenizar para compensar o incomensurável sentimento de tristeza.

Vejam as palavras de DIAS “Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. A omissão justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono”. (p. 416, DIAS, 2009)

Imperioso, ainda, ressaltar que para restar possível a condenação na indenização por falta de afeto é imprescindível o completo abandono por parte do genitor e que aquela situação seja irreversível. Se assim não fosse, a ação de indenização por danos morais poderia acabar por dificultar ainda mais o vínculo paterno-filial, o que não pode em hipótese alguma ocorrer.

Certamente melhor seria que não fosse necessário esse tipo de ação, e certamente não se quer estimular a litigância na seara do direito de família. Entretanto, procura-se amenizar a ofensa pela omissão do afeto e o rancor mediante a indenização por danos morais, e essa é a finalidade do instituto do dano moral.

6.2 – ARBITRAMENTO DO DANO MORAL

A indenização por danos extrapatrimoniais, ao contrário do que ocorre na reparação por danos materiais, visa compensar a dor da vítima com uma sensação agradável.

Substituem-se a angústia e o constrangimento causados pelo evento danoso por sensações de alegria e bem-estar, proporcionadas pela reparação pecuniária. Ademais, ao lado do caráter indenizatório, tem a indenização a natureza punitiva para o causador do dano. Sendo assim, a indenização assume importante papel preventivo-punitivo, desestimulando a reiteração o fato, seja pelo infrator condenado, seja por todos integrantes da sociedade.

Estes dois referenciais, a compensação e a punição, devem ser ponderados quando da fixação da verba indenizatória, de modo a não ser tornar inexpressiva ao causador do dano, nem tão elevada, ao ponde de gerar enriquecimento ilícito para que sofreu as conseqüências deste ato danoso. Há que se buscar, por meio da equidade, o ponto de equilíbrio entre esses dois extremos, devendo ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade, como o norte do julgador ao determinar o valor da indenização dos danos morais.

Portanto, ao arbitrar o dano moral por abandono afetivo deve o juiz levar em conta a extensão do dano provocado pelo pai omissor ao filho e arbitrar quantia apta a compensar a dor do desafeto, de forma proporcional.

7 - ANÁLISE JURISPRIDENCIAL

A questão do abandono moral embora possua ampla aceitação doutrinária, na jurisprudência a questão é bem controvertida.

Alguns julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul têm acolhido a pretensão dos filhos afetivamente abandonados de obter indenização por danos morais. (TJSP, 8ª C. Cível AC 511.903-4/7-00, 2008; TAMG, 7ª C. Cível, AC 408.550-5, 2004; TJRS, 7ª C. Cível Ap. 70.013.037.882, 2006)

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se posicionou contrariamente, entendeu o Des. Mário dos Santos Paulo ao julgar caso dessa espécie que

não há amparo legal que justifique um pai a pagar dano moral ao filho por falta de afeto e carinho. Salientou que ninguém está obrigado a dar afeto, amor e carinho a alguém, nem mesmo a um filho. Da mesma forma não se poderia obrigar alguém a odiar seu semelhante. Argumenta não haver norma jurídica apta a amparar o pleito que se situa no campo da moral, sendo certo que o direito positivo impõe apenas o dever de prestar assistência material. (TJRJ, 4ª C. Cível, Ap. 2004.001.13664, 2004)

O Superior Tribunal de Justiça também já examinou a questão e na ocasião, por maioria, a 4ª Turma deu provimento ao recurso do pai para afastar a indenização por danos morais.

O relator Ministro Fernando Gonçalves entendeu ser indevida a indenização ao filho abandonado afetivamente pelo seu pai, considerando que a lei apenas prevê como punição pelo abandono afetivo, a perda do poder familiar. Argumenta ser essa a pena mais grave a ser imputada a um pai e mostra de forma eficiente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não aceitam a conduta do abandono. Portanto, afirma que cai por terra a justificativa dos defensores da indenização por dano moral pelo abandono afetivo do filho.

O ministro salientou, ainda, que o pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, não encontrará um ambiente para reconstruir o relacionamento, mas ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele.

Imperioso salientar que o Ministro Barros Monteiro votou pelo não provimento do recurso do pai ao considerar que a destituição do pátrio poder não interfere na indenização. Nesse contexto, cabe transcrever um trecho do voto vencido: "Ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho". Além do mais, afirma que o pai estaria desobrigado da indenização, apenas se comprovasse a ocorrência de motivo de força maior que o impedisse de cumprir o dever de prover afeto ao seu filho. (STJ, 4ª Turma, Resp, 757. 411 - MG, 2005).

8 - CONCLUSÃO

À indagação acerca da possibilidade dos danos morais pelo abandono afetivo dos pais foi respondida positivamente ao longo do presente estudo.

O fundamento da indenização nesses casos é o dever de prestar a assistência imaterial aos filhos, traduzida pelo afeto, carinho, aconchego, decorrente do poder familiar.

Além do mais, a doutrina da proteção integral (art. 227 da CF/88) resignificou o papel da criança e do adolescente na sociedade ao reconhecê-los como sujeitos de direito.

Mencione-se que diversas passagens no Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam a proteção imaterial do menor, como os art. 3 e 5 que mencionam a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais, que propiciem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Outrossim, o art. 17 do estatuto legal em comento define o direito ao respeito como a inviolabilidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.

Frise-se a imensa cautela que deve ter o julgador em casos concretos dessa natureza para evitar a economização do afeto filial e a banalização do dano moral, o que já constitui um dos desafios do Poder Judiciários em várias outras searas.

Conforme demonstrado, após as alterações axiológicas introduzidas pela Constituição, o poder familiar passa a constituir um poder-dever. Tal instituto foi estruturado observando as necessidades do filho para viabilizar uma existência digna e o dever de prover afeto decorre do poder familiar. Assim, a violação desse dever sem que haja motivos que justifiquem legitimamente o abandono gera sim o direito de indenização por danos morais ao filho abandonado afetivamente.

Por tais fundamentos, o dano à dignidade humana do filho em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento deve ser passível de indenização a título de danos morais.

REFERÊNCIAS:

_____.Coord. *A Ética da Convivência Familiar no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Coord. *Atualidades no Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: Editora Notadez, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, VI Volume*, 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris., 2008.

MERLINI, Guacira. *Afeto influencia a formação do cérebro*, 2009. Disponível em <http://g1.globo.com/globoreporter/>.

NOVAES, Simone Ramalho. *Revista da EMERJ*, volume 10, número 40, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 4ª ed. São Paulo: Editora renovar, 2008.