



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Do cabimento do dano moral por abandono sócio - afetivo dos filhos menores

Tatiana Dupin Almeida Soares

RIO DE JANEIRO
2015

TATIANA DUPIN ALMEIDA SOARES

Do cabimento do dano moral por abandono sócio afetivo dos filhos menores de idade

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

O DANO MORAL POR ABANDONO SÓCIO-AFETIVO

Tatiana Dupin Almeida Soares

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.
Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional
pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O assunto é controvertido, haja vista o fato de cuidar do direito de família e de situações existenciais. Parte da doutrina não aceita o que ora se propõe, visto entender que esse ramo do direito não abarca critérios aplicados a situações patrimoniais. Deve-se, porém, não esquecer que se vive em uma nova realidade social, com mudança de paradigma voltado para o homem como o centro do ordenamento jurídico. Não pode, pois, o direito ficar alheio a essa nova e indiscutível vertente do direito de família.

Palavra – chave: Dano Moral. Abandono-afetivo. Direito de família. Ausência de afeto. Responsabilidade civil.

Sumário: Introdução. 1. Novos parâmetros principiológicos aplicados ao direito de família: dignidade da pessoa humana como fundamento da República. 2. A liberdade de dar afeto e a afetividade como um dever jurídico. 3. Responsabilidade civil por abandono afetivo e o dano moral. 4. Análise dos casos concretos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir a possibilidade de um pai ser condenado a ressarcir um filho pelos danos causados pelo abandono sócio - afetivo. A questão é: o direito de família poderia abarcar critérios aplicados às situações patrimoniais, nas relações familiares, quando houvesse quebra do vínculo afetivo?

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir compatibilizar a liberdade de dar afeto com o direito do menor de ter sua dignidade e sua moral garantidas no seio familiar.

O enfoque deste trabalho lastreia-se no abandono do menor por parte dos genitores, ressaltando que são em face do pai o maior número de ações judiciais propostas. Há que se dizer, contudo, que não se relega ao plano secundário o abandono materno.

No campo do direito de família, atualmente, este é um dos temas que mais celeuma desperta, tendo como pano de fundo o estudo do dano moral nas relações familiares. São incansáveis as discussões, sem que haja entendimento pacífico.

Não se pretende criar uma obrigação afetiva. Pelo contrário, o essencial é forçar que se pense nas consequências de se abandonar afetivamente um menor em formação.

Para a compreensão do presente trabalho, busca-se trabalhar os princípios constitucionais que estão diretamente ligados à controvérsia que se coloca em análise, tanto nos tribunais, como na jurisprudência. Serão abordados os reflexos que cada princípio enseja na questão. Frise-se que houve uma mudança de paradigma que envolve o ramo do direito de família. O paradigma passou a ser o melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade responsável e da afetividade, tudo sob o manto da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, o essencial será o direito e os deveres de seus membros e a necessidade de se controlar o cumprimento das obrigações dentro da ótica do afeto como elo essencial à sobrevivência saudável da humanidade. Inúmeros são os casos em que o abandono de um filho ultrapassa a simples ausência da figura paterna.

No terceiro capítulo será abordado um breve introito para que se possa compreender a aplicação da responsabilidade civil por abandono sócio - afetivo. A palavra responsabilidade provém do verbo responder que, em última análise, é a obrigação imposta por lei, que as pessoas têm em assumir as consequências dos seus atos. É o dever impostos às pessoas de arcar com aquilo que fazem no limite de seus direitos e deveres.

O quarto capítulo vai tratar diretamente da possibilidade de aplicação do dano moral nas relações familiares. Certo é que ninguém pode obrigar a amar, mas as consequências da ausência de afeto ferem a dignidade dos filhos. Não há opção para os genitores de não criar seus filhos. Trata-se de verdadeira obrigação jurídica.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. NOVOS PARÂMETROS PRINCIPIOLÓGICOS APLICADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

O princípio da dignidade humana tratada pela Constituição de 1988 é, sem dúvida, um alicerce sobre o qual repousam os fundamentos da própria República Federativa do Brasil.

Ao estudar o princípio supracitado, conclui-se que a pessoa é o cerne do ordenamento jurídico. Torna-se imperioso, por isso, fazer uma nova leitura do direito.

O princípio da dignidade humana revolucionou o direito. Trouxe inúmeros outros princípios que refletem indiscutíveis alterações na sua aplicabilidade.

Nesse contexto, importante trazer ao presente trabalho o conceito da dignidade da pessoa humana. Não se cuida, aqui, de conceito de fácil construção, “pois só há consenso acerca da dificuldade em defini-lo,”¹

Coube a Immanuel Kant, trazer a melhor construção do conceito lógico-filosófico da dignidade humana. A filosofia Kantiana concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio. Diferenciava-se dos outros seres desprovidos de razão. Em função dessa condição de ser racional comum a todos os seres humanos. “é que o homem poderia ser chamado de pessoa – logo, pessoa humana.”²

Ocorre que, em decorrência do fato de não se ter um conceito pré-estabelecido, faz-se necessária uma construção na história filosófica.

¹ Assim, neste sentido Rose Melo Vencelau Meireles “a indeterminação do seu significado não impede sua utilização.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99).

² BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. Disponível em <http://jus.uol.com.br>, acesso em 25 julho 2015.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, de acordo com Kant, no mundo social, existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. As coisas têm preço e as pessoas dignidade.³

Constata-se, por conseguinte, que nem sempre o homem foi considerado como o ser mais importante do ordenamento jurídico. Em outras épocas, foi tratado – inclusive – como mercadoria, sendo vítima de inúmeras atrocidades.

Hoje, no direito, não mais se admite tal inversão de valores, pois o homem é efetivamente o paradigma do ordenamento jurídico. É a era da despatrimonialização do direito, onde as figuras tradicionais do pai, comerciante, e testador devem receber nova leitura. Voltam-se, portanto, todos os olhares. Estudar a dignidade em si é desvendar as necessidades do homem em sociedade. Com esta nova visão do direito civil, o homem recebe proteção do sistema jurídico com o escopo de se tutelar uma existência não só física, mas alicerçada na dignidade com base-maior da vida humana.

Cabe ressaltar, que a verdadeira tutela da dignidade perpassa pelos deveres gerais de abstenção com relação ao próximo, ou seja, o dever de respeito, da não violação do espaço do outro, da proteção e o dever de colaboração e solidariedade com as demais pessoas.

Estudando o referido princípio, Paulo Lobo define a dignidade humana como o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.⁴

Pode-se afirmar, sem dúvida, que é no seio da família que se encontra o alicerce do ser humano. É indispensável à reflexão de que o elemento que a estrutura é o sentimento, a emoção, o afeto, sempre sob a ótica da afetividade da pessoa humana.

Note-se que o sustento material, atualmente, não é suficiente para atingir o pleno desenvolvimento do ser humano.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 25 junho 2015.

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61

Sob um olhar mais atento, percebe-se que a Constituição, ao colocar a dignidade da pessoa humana no patamar de fundamentos da República, trouxe – como um princípio implícito – o princípio da afetividade. O referido princípio está presente no ordenamento jurídico pela necessidade de se garantir a aplicação plena da dignidade humana. Em numerosos artigos, a Carta Magna estabelece diretrizes para se preservar e incentivar o afeto.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu art. 227, introduziu o que se convencionou doutrinariamente chamar de “a doutrina jurídica da proteção integral”⁵ da criança e do adolescente, assegurando, 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. Por conseguinte, colocou-os a salvo de toda forma de negligência e omissão.

Com isso, a Carta Constitucional tem a criança e o adolescente como sujeitos de direito, contemplando-os com enormes garantias e prerrogativas, fruto da nova leitura e da conquista consubstanciada no “Direito Civil Constitucional”.⁶ Corroborando este fato, previu também quem são os seus responsáveis: a família, a sociedade e o próprio Estado.

Normatizando e disciplinando o dispositivo supramencionado, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - prescreve o desenvolvimento sadio e harmonioso do menor,

⁵ Maria Celina Bodin de Moraes ao usar a expressão “a doutrina jurídica da proteção integral” expressa que o referido princípio “ramifica-se hoje em inúmeros dispositivos legais, constantes das mais diversas leis e regulamentos, todos atribuídos às crianças e aos adolescentes, preeminência não apenas na família, mas no âmbito da sociedade e do Estado. Assim, por exemplo, o legislador dispôs no art. 1.584 do Código Civil de 2002 que a guarda dos filhos em caso de divórcio “será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, independentemente de qualquer consideração à imputação de culpa na separação (que, infelizmente, o Código manteve)”, *apud* Gustavo TEPEDINO (*O papel da culpa na separação e no divórcio*, op. cit., p. 417-442), *idem* p. 448.

⁶ Maria Celina Bodin de Moraes esclarece o que é “direito civil constitucional”, “em estreita síntese, enquanto o Código Civil dá prevalência e precedência às relações patrimoniais, no novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às relações existenciais, ou não-patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, assegurar tutela e proteção prioritárias. Em consequência, no novo sistema, passam a ser tuteladas, como prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos deficientes, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos etc. Este é o significado atual do direito civil-constitucional. Constitucional porque o seu centro de referência foi determinado e completamente modificado pela Constituição, e enquanto este Código vigorar — ou o que vem aí, cópia mal feita deste — precisaremos usar o qualificativo “constitucional” apenas para lembrar que é a pessoa humana, antes de tudo, que o direito civil tutela e é a ela que ele oferece as garantias prioritárias.” (MORAES, op. cit., p.31).

assegurando — na condição de pessoa humana que é — sua dignidade, sobretudo por estar em processo de desenvolvimento, primordial à formação do “ser”, como detentor de direitos em busca de sua plenitude, e porque não, de sua própria identidade social.

Não se pode mais ignorar a nova ordem social. Não restam dúvidas de que a “proteção integral” do menor é um direito irrevogável. Portanto, o direito da criança e do adolescente gera para os seus responsáveis um dever do qual não podem desobrigar-se.

Idêntico entendimento tem a Desembargadora Maria Berenice Dias quando afirma que “mas direito de uns significam obrigações de outros, e por isso, a Constituição enumera quem são os responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado⁷.”

Outro princípio, não menos importante, diz respeito ao direito à convivência familiar positivado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como elucidou Paulo Lôbo⁸

[...] O direito à convivência familiar, tutela pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente é dirigido à família e a cada membro dela. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova.

Importante, para a diretriz desse trabalho, esclarecer que o direito à convivência familiar não se esgota na família biológica, mas naquelas em que o afeto é o centro de referência, incluindo aí os casos de adoção e outros novos ou similares, já existentes na estrutura social.

Logo é, na convivência em um ambiente familiar, que o homem encontra um porto seguro para aprimorar seus sentimentos, encontrar a autoconfiança necessária para lidar com os desafios diários, suprir as necessidades básicas de sua sobrevivência, não só materiais,

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 4. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2011, p.74.

como também psicofísicas. É, neste ambiente, que se pretende a troca das emoções. Por isso, garantir à pessoa um direito ao convívio é uma das formas de se alcançar a dignidade humana.

Mais do que isso: é na convivência familiar que se formará a ética do indivíduo, seus valores, sendo importante destacar que não se está falando de um espaço físico, mas sim dos laços formados dentro de um ambiente que sejam comuns aos familiares. Fala-se de um lar e não de uma casa. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁹

Percebe-se que o direito à convivência familiar não se resume às famílias tradicionais, como pai, mãe e filhos. Com o alargamento do conceito de família, este direito deve estar presente nas relações que, no caso concreto, possam ser consideradas como família. Pode-se exemplificar: “a convivência com os avós, tios, todos integrando um ambiente familiar solidário.”¹⁰

Essa é uma construção ideológica tão importante que, através da lei 11.698/08, criou-se a chamada guarda compartilhada, que, na verdade, é a pluralização de responsabilidades¹¹, na qual os filhos têm o direito de conviver com ambos os genitores, mantendo, assim, os laços que lhes deram origem, dando freio à irresponsabilidade e concorrendo para o fortalecimento da dignidade do menor.

Assim, percebe-se que é na dignidade que encontraremos um campo amplo para aplicar a responsabilidade nas relações familiares.

2. A LIBERDADE DE DAR AFETO E A AFETIVIDADE COMO UM DEVER JURÍDICO

Não se nega que ter um filho seja um exercício de liberdade privada e da autonomia de cada um. Esse princípio está insculpido no art. 226 da Constituição Federal de 1988. Todos são livres para amar. Não se deve, porém, esquecer que a relação paterno-filiar é revestida de

⁹ LÔBO, op. cit., p. 74.

¹⁰ Ibidem, p. 75

¹¹ Ibidem, p. 395

inúmeras responsabilidades. A paternidade provoca o surgimento de deveres,¹² o que se denomina como paternidade responsável.

Consoante afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “a liberdade de procriação traz consigo a responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, ao exercê-la, geram uma nova vida, cuja pessoa — a criança — deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.”¹³

Ocorre que parte da doutrina vem defendendo, com base no princípio da liberdade, que a assistência material já seria suficiente para alcançar os deveres decorrentes da paternidade/maternidade.

Defendem que não há o porquê de criar-se uma obrigação pautada no ato de dar amor, pois constituiria uma verdadeira violação dos mais íntimos sentimentos humanos. Em última análise, ofenderia a liberdade individual de sentir o amor.

Este entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Por óbvio, ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto, mesmo que seja filho. Da mesma forma, ninguém está obrigado a odiar seu semelhante.

Não há norma jurídica cogente que ampare entendimento diverso, situando-se a questão no campo exclusivamente moral, sendo certo, outrossim, que sobre o tema, o direito positivo impõe ao pai o dever de assistência material, na forma de pensionamento e outras necessidades palpáveis, observada a lei.

Não há amparo legal, por mais criativo que possa ser o julgador, que assegure ao filho indenização por falta de afeto e carinho.¹⁴

¹² BRASIL. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade* - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 454.

¹⁴ BRASIL. Quarta Câmara Cível do TJRJ. Apelação Cível, nº. 2004.001.13664. Relator: Desembargador Mário dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB39138C31D611E&USER=>>>. Acesso em 08 nov. 2015.

Esta é também a posição defendida por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rozenvald:

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.

[...]

Por isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família por importar no deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. Nessa ordem de ideia, 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 em 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 alimentar, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral.¹⁵

Ressalte-se que o tema ora abordado não é pacífico entre os operadores do direito e juristas, principalmente por não haver norma regulamentando-o.

Surgem vozes discordantes do posicionamento até então adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos citados Autores. Há quem defenda que a afetividade é, inclusive, um direito subjetivo do menor¹⁶, sendo admitido o cabimento do dano moral quando violado.

O cerne da questão está no fato de que, pela sistemática do próprio direito subjetivo, parte da doutrina — embora admita o cabimento do dano moral por abandono afetivo —, não aceita que o afeto seja um direito subjetivo do filho, pois não haveria como compatibilizar o caráter patrimonialista com este ramo do direito que cuida de situações existenciais.

Partilha deste entendimento Juliana de Sousa Gomes Lage, que assim acentua:

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.186-187.

¹⁶ CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsia na parte geral*, no direito de família e no direito das sucessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.

[...] afirma-se que, no caso do dano moral por abandono afetivo, não há que se falar em direito subjetivo ao afeto, porque isso significaria afirmar a existência de um dever jurídico de prestar afeto. Dito diversamente, quando se trabalha com direito subjetivo, ele tem um caráter patrimonialista que é distinto do caso em questão. Não se está tratando de direito subjetivo à afetividade ou ao amor, mas sim de paternidade responsável.¹⁷

Assim, fica claro que — mesmo parte da doutrina não admitindo a afetividade como direito subjetivo do filho — já esta inserida como um direito fundamental previsto no ordenamento jurídico. Pode-se exemplificar: na existência da paternidade responsável, nos deveres de guarda, convivência ou educação, ou seja, no correto desempenho das funções paternas/maternas.

Nesse sentido, Giselda Hironaka afirma que:

[...] não se pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e de seus filhos. Para que não reste configurado o abandono afetivo, tornar-se-ia necessário o cumprimento de tais funções paternas pelo menos no que diz respeito ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, perpassando por atitudes permeadas de afeto, atenção, cuidado, e desvelo.¹⁸

Este também é o entendimento proferido na decisão do Juiz Mario Romano Maggioni da Comarca de Capão, no Estado do Rio Grande do Sul, conforme trechos da sentença transcritos a seguir:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 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 presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do réu - deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos.¹⁹

¹⁷ GOMES, Juliana de Sousa. *A reparação do dano moral nas relações familiares*. 2006. Dissertação mestrado em Direito Civil. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2006.

¹⁸ BRASIL. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever da indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.jusnews.com.br>>. Acesso em: 10/07/2015.

¹⁹ BRASIL. Segunda Vara de Capão da Canoa do Tribunal do Rio Grande do Sul. Processo nº 1.030.012.032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/afeto-na-relacao-familiar-indenizacao-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em 08 nov. 2015.

Neste sentido, os deveres de sustento, guarda e educação vão além do aspecto material. Isto só não basta. O afeto é essencial para o fiel cumprimento desses deveres, não se admitindo mais a relação de poder antes existente.

Assim é o entendimento defendido por Maria Berenice Dias:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.²⁰

Hodiernamente, a entidade familiar é recebida pela sociedade como um núcleo de afetividade, no qual o amor, o carinho, a formação saudável são frutos dos deveres que envolvem a paternidade responsável.

Este ponto primacial leva ao enlace afetivo e à responsabilidade dos genitores que são oriundos de uma nova ótica de valores. É indispensável a reflexão de que o elemento que estrutura a família é o sentimento e a emoção. Esse é o núcleo que diferencia tudo. Só ele dá suporte à mudança de concepção de sujeito de direito simplesmente, para a de sujeito de desejos.²¹

Verifica-se, ante essa nova visão da família, que tem como um dos seus pilares, o principio da afetividade, e não há que se falar em patrimonialização do amor, ou na criação da obrigação jurídica de amar um filho, mas sim, no respeito aos deveres oriundos da “autoridade parental funcionalizada”²². “Chega-se a novos conteúdos dos deveres decorrentes da parentalidade, como o de educar, o de assistir, a fim de determinar quais são as condutas exigíveis ao pai em relação ao filho”.²³

²⁰ Ibidem., p. 52.

²¹ DIAS, op. cit., p.59.

²² GOMES, op. cit., p. 135.

²³ Ibidem.

Já dizia Mário Quintana “O que mata um jardim não é o abandono. O que mata um jardim é esse olhar de quem por ele passa indiferente.”

O juiz Mário Romano Maggioni, em decisão, assim se manifestou:

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.

Assim, o sustento material — como também na supracitada e esclarecedora decisão — é apenas uma das facetas que envolvem as obrigações paterno/materna. A legislação já cuidou de tratar os meios de sua reprovação, enquanto no abandono afetivo, ainda cresce a doutrina que se dedica ao tema. Sua existência causa traumas por vezes permanentes na formação dos filhos. Isto é o que se extrai das palavras da jurista Walkyria Carvalho:

O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com a dedicação do(a) genitor(a) ao trabalho; a de afeto não, porquanto corrói princípios morais se estes não estão consolidados na personalidade da criança ou adolescente.²⁴

Entre os exemplos de abandono afetivo, cite-se o afastamento de um dos genitores por constituir outra família, por afastamento proposital, por separação dos genitores e por alienação parental provocada por um deles.

Ressalte-se que a alienação parental se configura quando um dos cônjuges, de forma covarde, começa a denegrir o outro pelos mais variados motivos, seja por que um dos cônjuges se ressentido de uma traição, seja por uma separação conturbada ou, simplesmente, por ciúmes do filho ou qualquer outro motivo.

Walkyria Carvalho, quando trata do abandono, reconhece-o como uma verdadeira traição do dever de prestar apoio moral. Afirma também que:

²⁴ COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental: a traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>, acesso em 20 jun.de 2015.

O trauma decorrente do abandono afetivo parental imprime uma marca indelével no comportamento da criança ou adolescente. É a espera por alguém que nunca vem ou telefona para ao menos cumprimentar pelo aniversário; a comemoração do Dia das Mães ou dos Pais sem a presença destes; a ausência por anos a fio, enfim, a mais absoluta indiferença.²⁵

Deve-se atentar que tal fenômeno — abandono afetivo — é, sem dúvida, uma violação à dignidade humana. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais mercedores de reparação.²⁶

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que não se defende a criação da obrigatoriedade do amor, do afeto, mas sim o efetivo cumprimento do dever de convivência, que é um dos aspectos do poder familiar, que em última análise é irrenunciável.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO E ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

O instituto da responsabilidade civil, em direito de família, sempre foi objeto de divergentes decisões. É um campo muito vasto e complexo com muitas nuances e que requerer um estudo delicado.

Este trabalho não tem por escopo o aprofundamento nas questões relativas a todas as vertentes do estudo da responsabilidade civil. O objetivo é abordá-la, de forma sucinta, no âmbito do abandono afetivo.

Sabe-se que a palavra responsabilidade provém do verbo responder que, em última análise, é a obrigação imposta por lei, na qual as pessoas têm que assumir as consequências dos seus próprios atos. É o dever imposto às pessoas de arcarem com as consequências dos seus atos, agindo no limite de seus direitos e deveres.

²⁵ BRASIL. COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental: A traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>, acesso em 20 jun.de 2015.

²⁶ DIAS, op. cit., p. 407.

Estabelece, ainda, o art. 186 do Código Civil que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido.²⁷ Em relação do dano material, também chamado de patrimonial, há uma perda patrimonial. É o dano que afeta o patrimônio do ofendido, seja através do efetivo prejuízo — dano emergente; seja através do que a vítima deixou de lucrar — lucros cessantes.

Já o dano moral se configura, segundo Sérgio Cavalieri Filho, como “a lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”²⁸

Já para Carlos Alberto Gonçalves, dano moral “não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.”

Percebe-se, nesses dois conceitos, que definir dano moral não é um trabalho fácil, pois existem várias correntes tentando a árdua tarefa de fazê-lo.

A corrente, adotada neste trabalho, é a mesma abraçada por Wesley Louzada Bernardo, tendo como premissa a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, conforme abaixo transcrito:

Com o escopo de dar concretude jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana, noção filosófica fundada sobretudo nos ensinamentos Kantianos, a autora (Maria Celina Bodin) elenca quatro de seus corolários que, uma vez maculados, caracterizariam o dano moral: liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade. Nestes termos, constituiria dano moral toda lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana, independente de tipificação legal. Sempre que houver uma lesão a um dos quatro corolários do princípio, surgirá o dever de indenizar.²⁹

²⁷ Ibidem.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

²⁹ BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 481.

Assim, pergunta-se: como aplicar as regras de responsabilidade civil nas relações familiares?

Sem dúvida, esta é uma questão que tem levantado muita polêmica, uma vez que a resposta reveste-se de variados “fatores de ordem jurídica, e até moral, além de considerar a evolução histórica de diversos institutos.”³⁰

A dignidade, porém, não está sujeita a ponderações. Ela é um fim e não um meio para o ordenamento constitucional. O único aspecto a ser ponderado são os substratos que compõem a proteção à família.

Salienta, por oportuno, Maria Celina Bodin de Moraes que:

Como manter a proteção sem cair no exagero? O maior problema da responsabilidade civil hoje não é de escassez, mas de excesso, como já alertou a melhor doutrina. Se tudo é dano moral, se todo o sofrimento humano deve ser indenizado, a tendência é que os danos venham a custar cada vez menos. Se todos são vítimas, ninguém é vítima; se todos são responsáveis, então ninguém será responsável: a ausência de limites, dogmaticamente estabelecidos, provavelmente acarretará a médio prazo, a desresponsabilização, e, portanto, a desproteção e o desamparo da dignidade humana.³¹

Eis por que o cuidado em estabelecer, para o norteamento deste trabalho, as vertentes da responsabilização pelo abandono moral afetivo.

4. DO CABIMENTO DO DANO MORAL PELO ABANDONO SÓCIO-AFETIVO

Grande parte da doutrina e da jurisprudência ainda não admite a responsabilidade civil decorrente do abandono sócio afetivo por “temor da mercantilização das relações paterno-filiais”.³²

Essa é a posição defendida por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rozenvald:

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

³⁰ BRASIL. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 19 jun. de 2015.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectiva a partir do direito civil-constitucional. In: *Direito civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional* anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro./TEPEDINO, Gustavo, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p.35.

³² MORAES, op. cit, p.453.

subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.

[...]

Por isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família por importar no deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. Nessa ordem de ideia, 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 em 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 alimentar, mas não a obrigação de reparar um pretensão dano moral. Enfim, em hipóteses de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Família 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 situação³³.

Predominava no Superior Tribunal de Justiça o mesmo entendimento dos autores acima: o não cabimento da aplicação do dano moral na relação paterno-filial decorrente do abandono sócio afetivo. Em síntese, a maioria dos Ministros da 4ª Turma sustentavam que o ordenamento jurídico já prevê a sanção para o caso de abandono moral, portanto, não poderiam admitir outra e ainda acrescentavam que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada, sendo certo que não caberia ao judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo.³⁴

No entanto, cabe ressaltar que embora o STJ tenha reformado a decisão do Tribunal de Minas, o julgamento não foi unânime³⁵, tendo tido como voto divergente o do Ministro Barros Monteiro, que assim decidiu:

³³ FARIAS, op. cit, p.186-187.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma. julgado em 29.11.2005. Resp. 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Eis os principais excertos da decisão: “No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (...) Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.”

³⁵ BRASIL. Certidão disponível no endereço eletrônico <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2161209&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=41&formato=PDF> acesso em 07 de dez. 2010., contendo a seguinte informação:

O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso. Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual. Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.

Nota-se que quando o Relator, Ministro Fernando Gonçalves, entendeu que a destituição do poder familiar seria uma sanção capaz de cumprir uma função punitiva e dissuasória, não vislumbrou que o pai que abandonara seu próprio filho, não estaria preocupado com esse tipo de sanção, já que o que se perderia era exatamente aquilo que já havia abandonado. Portanto, pergunta-se: será que o pai que abandona seu filho teria algum interesse em manter o pátrio poder? Seria a perda do pátrio poder, neste caso, uma sanção ou um prêmio?

Maria Celina Bodin responde a essa indagação, posicionando-se da seguinte forma:³⁶

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Mas a assim chamada “sanção” é, surpreendentemente, a “perda, pelo pai, do poder familiar sobre o filho. Que sanção a previsão de perda do poder familiar representa para o pai que abandonou moralmente seu filho? A consequência prevista na lei na verdade o premia, indo ao encontro do seu desejo de se livrar, agora legalmente, do filho indesejado. É evidente o contra-senso. A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência deste cuidado, com prejuízo evidente à integridade de crianças e adolescentes, pessoas a quem o legislador atribui prioridade absoluta, há grave dano moral que merece, sem dúvida, ser reparado.

O Recurso Especial anteriormente mencionado, que deu origem ao julgamento acima, foi interposto em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que admitia o pedido de indenização por dano moral, e teve como fundamento o fato de que “...a dor, sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 29 de novembro de 2005.

³⁶ MORAES, op cit, p. 64.

direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”³⁷.

Porém, em julgado recente, a Ministra Nanci Andrigui³⁸, adotando entendimento contrário ao julgado acima, entendeu pela possibilidade de se admitir o cabimento do dano moral em caso de abandono afetivo.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por **abandono psicológico**. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Nota-se que a jurisprudência que admite o dano moral por abandono afetivo se mostra muito tímida. A primeira ação brasileira teve origem no estado do Rio Grande do Sul, na comarca de Capão da Canoa³⁹. O Magistrado, naquela oportunidade, julgou procedente o pedido da autora para condenar o réu (pai) a pagar uma indenização a título de danos morais, pois entendeu que ocorreu o sofrimento da autora em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 408.550. Julgado em 01.04.2004. Relator: Juiz Unias Silva.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 1159242 SP. Terceira Turma. Ministra Nanci Andrigui. Disponível. <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+e+moral+e+abandono+e+afetivo&&b=ACOR&p=false&l=10&i=1>> Acesso em 22.11.2015.

³⁹ BRASIL. Segunda Vara de Capão da Canoa do Tribunal do Rio Grande do Sul. Processo nº. 1.030.012.032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/afeto-na-relacao-familiar-indenizacao-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em 08 nov. 2015.

Contudo, a questão é tão controvertida que a promoção do representante do Ministério Público, que atuou no referido processo, foi no sentido do não cabimento do dano, por ser incabível ao judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor e que a questão não poderia ser resolvida com base na reparação financeira.⁴⁰

Ocorre que como não houve recurso, a sentença, que foi proferida em agosto de 2003, encontra-se transitada em julgado, sendo a primeira condenação que se tem notícia dessa natureza, ora em fase de execução.

Outra ação importante a admitir a indenização foi julgada em São Paulo, pelo Relator Caetano Lagrasta, que entendeu que “o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ser ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade”.⁴¹

Há também outro julgado importante proveniente do Estado de Santa Catarina, que concluiu pela reparabilidade do dano moral pelo abandono afetivo, como se observa do trecho abaixo transcrito:

Ora, julgar-se ilícito quando um ou ambos os pais, comprovadamente e de forma omissiva, deixam seus filhos em abandono moral e material é não garantir a eficácia do próprio direito no ordenamento jurídico, o que levaria ao ceticismo jurídico, o que levaria ao ceticismo jurídico, incluindo-se aí a ceticemia, consistente na doença moral que corrói todo o sistema jurídico que nos envolve. Para que não haja essa ceticemia jurídica decorrente de ofensas (positivas ou negativas) à lei, ao direito e à justiça, tenho necessidade de entender que o abandono afetivo é ilícito capaz de gerar danos morais e ensejar a sua reparação.⁴²

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 757.411/MG. Julgado em 29.11.2005. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Jurisprudência disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em 01.12.2015.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Oitava Câmara de Direito Privado. Julgada 12.03.2008. Apelação 511.903-4/7-00. Relator: Desembargador. Caetano Lagrasta. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nphbrs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=52&r=1038&s1=em&s2=tj&u=/netahhtml/aa sp/aasp1.asp>>. Acesso em 08 nov. 2015.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2006.01.5053-0. Julgada em 10.12.2008. Relator: Desembargador Monteiro Rocha. Disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20060150530&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em 01.12.2015.

Após atenta leitura dos julgados, observa-se que a conduta do genitor em deixar de cumprir seu dever familiar e formar com o menor um laço de paternidade, configurava uma conduta ilícita e, por isso, passível de reparação.

A Constituição Federal quando prevê a proteção integral do menor não admite sua mitigação. Não há opção dos genitores em não criar seus filhos. Trata-se de verdadeira obrigação. É dever dos pais criar seus filhos e os prover de todo e qualquer ato afetivo, dando-lhes amor, atenção e educação.

Apesar dos conflituosos posicionamentos acima, com a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares após 1988, torna-se inegável a aplicação do dano moral por abandono - afetivo.

Nesse contexto, necessário se faz concluir que o referido princípio é um valor supremo que não admite ponderação⁴³. Tem como objetivo a tutela da pessoa humana e reconhece a importância da família para a formação da integridade da criança e do adolescente, sendo o local onde serão firmadas as raízes principiológicas e onde se verifica o princípio da afetividade.

A Desembargadora Maria Berenice Dias ensina:

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

[...]

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.

[...]

Quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias, para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico⁴⁴.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002, p. 65.

⁴⁴ DIAS, op. cit, p. 407.

Como se sabe, o Código Civil prevê que "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Considerando tal premissa, pode-se afirmar, sem medo, que o pai que violar direito ou causar dano a outrem, comete ato ilícito.

Com isso, no âmbito de tal realidade, “verifica-se que o judiciário já não pode mais pretender dar resposta única a todos os conflitos sociais”, como entende Gustavo Tepedino.⁴⁵ Pelo contrário, quando o legislador estabelece regras de condutas fixa diretrizes que devem ser seguidas de forma a se encontrar a justiça. É função do judiciário analisar o fato e transformá-lo em direito⁴⁶. A omissão legislativa não é justificativa para não se admitir a aplicação da responsabilidade civil aos pais que abandonam afetivamente seus filhos.

É preciso aceitar o dinamismo do direito e acompanhar a evolução do pensamento e as necessidades sociais.

CONCLUSÃO

O prisma deste trabalho demonstra que a família vem se deteriorando rapidamente por diversos fatores, como, por exemplo, falta de diálogo, de amor, atenção, dentre outras situações nocivas à formação da criança.

É indispensável a reflexão de que o elemento que estrutura a família é o sentimento e a emoção. Esse é o núcleo que diferencia tudo. Dá suporte à mudança de concepção, onde o princípio da dignidade da pessoa humana faz surgir novos paradigmas.

O aumento de casos levados ao Poder Judiciário, questionando o abandono - afetivo por parte dos pais — na sua maioria pelo pai — proporciona um rico campo para os debates.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: acesso às Justiças e o papel do Judiciário*, in *Temas de direito civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 362.

⁴⁶ DIAS, op. cit, p. 78.

Assim, a proteção ao núcleo familiar deverá ser o foco centralizador de afeto, fortalecendo o vínculo de solidariedade e da proteção integral do menor.

Todavia, não se pode esquecer que não há, ainda, uma normatização sobre o assunto, o que facilita o surgimento de inúmeros questionamentos, da mais alta indagação. A doutrina e a jurisprudência mais conservadoras ainda não admitem tal responsabilidade por entenderem que haveria uma descontrolada patrimonialização das relações familiares e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com o pagamento de uma indenização.

Já há doutrina e, em sua minoria, jurisprudência, que, de forma inovadora e corajosa, vem admitindo o cabimento da indenização por ausência de afeto nas relações afetivas, pois entendem que não há mais espaço para a omissão do Estado, quando o assunto é a proteção do menor. O ordenamento jurídico deve punir qualquer atuação arbitrária, mesmo que ela parta de dentro do seio familiar, mostrando para a sociedade que tal conduta não deverá subsistir.

Não se defende neste artigo a irresponsável responsabilização do dano afetivo, mas sim partindo-se de um estudo psicológico prévio, onde deverá ficar comprovado, de forma indiscutível, o verdadeiro dano causado pelos genitores que deixou de cumprir com os seus deveres no âmbito familiar. O que se quer evitar é o abuso por ambas as partes: tanto pelo lado do pai, em abandonar um filho, quanto pelo lado do filho, em usar a justiça como meio de vingança por ter sido abandonado por aquele que deveria esbanjar amor.

Irrefutável, portanto, que a “proteção integral” do menor é um direito irrevogável. Assim, o direito da criança e do adolescente gera para os seus responsáveis um dever do qual não podem desobrigar-se.

Nasce uma nova fase que envolve o direito de família e, com ela, a seguinte indagação: será possível a sociedade ignorar o abandono de menores por parte de seus genitores, com a justificativa de que haverá uma mercantilização do amor? Se o amor vale tanto para o homem, será justo deixar o menor sem uma real proteção? São perguntas que

ainda não tem resposta, mas, com certeza, o amadurecimento do debate as responderá, com uma aplicação de uma nova pioneira visão do direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 19 jun. de 2015.

BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?*. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). in *Diálogos sobre direito civil*, V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Quarta Câmara Cível do TJRJ. Apelação Cível, nº. 2004.001.13664. Relator: Desembargador Mário dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.=>>. Acesso em 08 nov. 2015.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. Disponível em <http://jus.uol.com.br>, acesso em 25 julho 2015.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental: a traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>, acesso em 20 jun.de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de, e Nelson Rosenvald. *Direito das Famílias*. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____ *Direito Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. *Tutela da Filiação*, in Tânia da Silva Pereira (coord.), *O Melhor Interesse da Criança*, cit, p. 294 aput Tepedino, Gustavo, *Temas de direito Civil*. Tombo II, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 454.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 3. 5. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana: uma nova leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A interdisciplinaridade no ensinamento jurídico: a experiência do direito civil*. In. Carmem Lucia Silveira Ramos, Gustavo Tepedino e etc (Org). *Diálogo sobre direito civil. Construindo a racionalidade contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Aplicação da psicologia nas questões judiciais*. Disponível em <<http://www.coladaweb.com/direito/aplicacao-da-psicologia-nas-questoes-judiciais>> acesso em 05 de dez. 2015.

SILVA, Larissa Ferreira da, Andressa Lima Abugoche e outros. *Dano moral por abandono sócio afetivo*. Postado em 18. Jun. 2008 por João Rodolfo em: *Direito de Família. Jus Navigandi*. Artigo disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17473/Dano_Moral_Abandono_Daniela%20Athayde%20Maciel.pdf?sequence=1 Acesso em 03 nov.2015.

STANKOWICH, Patrícia. *Psicologia Jurídica: sua inserção na atualidade*. Disponível em <<http://www.pesquisapsicologica.pro.br/pub03/patricia.htm>>, acesso em 05 de dez. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: acesso às Justiças e o papel do Judiciário*, in *Temas de direito civil, Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.