

FACULDADE DE JUSSARA
CURSO DE DIREITO

PAULO ROBERTO CANDIDO BRITO

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Jussara
2016

PAULO ROBERTO CANDIDO BRITO

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Monografia Jurídica apresentada ao
Departamento de Direito da Faculdade de
Jussara - FAJ, como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Esp. João Paulo de Oliveira.

Jussara

2016

PAULO ROBERTO CANDIDO BRITO

O DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Monografia Jurídica apresentada ao
Departamento de Direito da Faculdade de
Jussara - FAJ, como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Esp. João Paulo de Oliveira
Orientador

Professora Me. Graciele Araújo de Oliveira Caetano
Membro da banca

Professora Me. Alexandrina Benjamin Estevão De Farias
Membro da banca

A meus pais pelo incansável apoio, confiança e incentivo, colaborando para que eu alcançasse mais esse objetivo.

À minha família e a todos aqueles que de alguma maneira estiveram comigo nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pela proteção e benção durante toda a jornada, e por me fortalecer nas situações desfavoráveis.

Agradeço a minha mãe Alessandra Cândida, por todos os sábios conselhos, por sua contribuição e amor. A meu pai Paulo Tadeu, pela paciência, dedicação e sabedoria, fonte de inspiração. Às minhas irmãs, o meu reconhecimento pela colaboração e minha admiração pelas pessoas que se tornaram. Vocês são a minha base, o alicerce de todas as minhas conquistas. A vocês todo meu afeto e respeito.

À minha namorada Lídia Silveira, meu sincero agradecimento pela compreensão, inspiração, carinho, por todo o incentivo para encarar as dificuldades.

Agradeço aos colegas, amigos e professores pelos ensinamentos que me proporcionaram verdadeiro engrandecimento como estudante e como pessoa.

A todos que contribuíram para a superação de mais essa etapa, a minha imensa gratidão.

“Amar é faculdade, cuidar é dever.”
(Ministra Nancy Andrigli)

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo alcançar um entendimento sobre o que vem a ser o abandono afetivo paterno-filial, além de estruturar um ponto de vista relativamente à possibilidade de cabimento de indenização por danos morais à criança desprezada, através da responsabilização civil do pai (ou mãe) que deixa de conviver e de prestar o devido afeto ao filho. Tanto as famílias quanto as crianças possuem direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002, no Estatuto da Criança e do Adolescente e em diversas outras leis, de modo que, em caso de desobediência a tais disposições, o Estado ou mesmo o ordenamento jurídico, deve proporcionar meios para que possa haver uma compensação àquele que sofreu o prejuízo. É traçado um panorama sobre a reparação civil abordando os importantes pontos que a circunda, quais sejam: o instituto da responsabilidade civil e seus requisitos, e a conceituação e classificação do dano moral. A temática do Direito de Família faz parte do estudo, oportunidade em que se elencam os princípios relacionados à matéria, bem como são apresentados os principais cuidados que os pais devem ter para com seus filhos e as obrigações oriundas do chamado Poder Familiar. A pesquisa se aprofunda na questão da caracterização do abandono afetivo e seus elementos. O projeto destaca também uma abordagem sobre o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que proferiu julgado reconhecendo à filha o direito à reparação por abandono psicológico. Assim, cumpre ressaltar que devem ser responsabilizados os pais que não cumprirem seus poderes e deveres na relação com seus filhos, obrigações estas que são asseguradas pela legislação.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Danos morais. Responsabilidade civil. Direito de família. Poder familiar.

ABSTRACT

This research aims to reach an understanding about what is to be the paternal-filial affective abandonment, and structure a point of view on the possibility of the appropriateness of compensation for moral damage to the neglected child by father's civil liability of the father (or mother) that lives not and does not provide proper affection for son. Both the families and the children have expressed rights and guarantees in the Constitution of 1988, the Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents and several other laws, so that in case of disobedience of the provisions, the State or the legal system, must provide means for there to be compensation to that suffered damage. It created an overview of the civil compensation and the important points surrounding it, which are: the Institute of liability and its requirements, and the concept and classification of moral damage. The theme of family law is part of the study, opportunity in which we list the principles relating to the matter, and presents the main care that parents should have with their children and the obligations under the so-called Family Power. The research deepens the question of the characterization of emotional abandonment and its elements. The project also highlights an approach to the recent position of the Superior Court of Justice gave judgment recognizing the child's right to compensation for psychological abandonment. Thus, it is emphasized that parents should be held responsible for not fulfilling its powers and duties in relation to their children, obligations that are guaranteed by law.

Key words: Emotional abandonment. Moral damages. Civil responsibility. Family right. Family power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO DE FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR	12
1.1 Direito das Famílias	12
1.1.1 Direito das famílias na Constituição Federal	12
1.1.2 Direito das famílias e sua base principiológica	13
1.1.2.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	13
1.1.2.2 <i>Princípio da solidariedade familiar</i>	14
1.1.2.3 <i>Princípio da afetividade</i>	14
1.1.2.4 <i>Princípio da convivência familiar</i>	15
1.1.2.5 <i>Princípio da proteção integral da criança e do adolescente</i>	15
1.2 Do poder familiar	16
1.2.1 Titularidade e Exercício do Poder Familiar	17
1.2.2 Principais deveres decorrentes do poder familiar	19
1.2.3 O direito fundamental à convivência familiar	21
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	23
2.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil	23
2.1.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	24
2.1.2 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva	25
2.1.3 Elementos da responsabilidade civil	26
2.1.3.1 <i>Conduta humana</i>	27
2.1.3.2 <i>Culpa em sentido amplo</i>	28
2.1.3.3 <i>Nexo causal</i>	29
2.1.3.4 <i>Dano sofrido</i>	30
2.2 Do dano moral	31
2.2.1 A prova do dano moral	33
2.2.2 Fixação do valor e natureza da indenização	33
2.3 Responsabilidade civil no direito de família	35
3 CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E SUA RESPONSABILIZAÇÃO	37
3.1 O que vem a ser o abandono afetivo?	37
3.2 Do descumprimento de princípios e de obrigações legais	38

3.3 Elementos da responsabilidade civil no abandono afetivo	40
3.4 Da responsabilização pelos danos decorrentes do abandono afetivo	42
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O dano moral, um dos temas mais discutidos do mundo jurídico, tem sua origem em tempos remotos, no entanto, no Brasil somente após o advento da Constituição Federal de 1988 é que se consolidou e passou a ser admitido pela doutrina em geral e pela jurisprudência.

A questão do abandono afetivo é mais recente e controvertida que a responsabilização em razão de prejuízo psíquico, sendo que, ainda nos dias correntes não há na legislação pátria, dispositivo que especifique e regule o tema.

As famílias brasileiras tem passado por transformações ao longo dos anos, mudanças que interferem nas estruturas familiares, principalmente após a facilitação do divórcio, e, mais recentemente, com o reconhecimento da união homoafetiva. Tais transmutações têm contribuído para a ocorrência de novas composições familiares, nas quais os cônjuges separados recorrem a outros parceiros em busca da sonhada felicidade.

O abandono afetivo pode ser definido como sendo a omissão paterna ou materna em proporcionar o devido carinho, afeto, cuidado, educação, companhia e assistência moral, psíquica e social ao filho menor de idade, o que provoca uma ofensa a um bem juridicamente amparado, na esfera extrapatrimonial, haja vista que a criança e o adolescente encontram-se em uma fase sensível da vida, durante sua formação e desenvolvimento como pessoa.

A discussão do dano moral decorrente do abandono afetivo consubstancia-se nas disposições presentes na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), e em outras legislações que materializam as obrigações provenientes do Poder Familiar. O estudo se atenta também para a conceituação da responsabilidade civil que permeia o dano extrapatrimonial.

O capítulo inicial contém um estudo sobre o Direito de Família e o chamado Poder Familiar, que tem seção específica (Arts. 1.630 a 1.638) dedicado ao seu regramento no Código Civil de 2002, dentro do Livro IV – Do Direito de Família. Essa análise apresenta a base principiológica presente nesse ramo do direito, bem como permite compreender os principais deveres dos pais, dentre os quais sobressai o de prestar, não só assistência material, mas também moral e afetiva.

Já o segundo capítulo é composto por uma pesquisa acerca do instituto da responsabilidade civil, quais elementos e requisitos permeiam a sua caracterização, bem como trata da indenização resultante do dano moral. Desse modo, tal conceituação visa dar sustentação e embasamento à responsabilização dos pais pelos danos decorrentes do abandono paterno-filial, a qual se materializa com a devida indenização pecuniária.

Por fim, o capítulo de encerramento abrange um exame aprofundado no que diz respeito às características do abandono afetivo de forma a evidenciar os elementos que devem estar presentes para que seja possível buscar a via judiciária com a intenção de se alcançar a justa indenização. Destaca ainda uma abordagem sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que, em decisão inovadora, confirmou sentença que reconheceu à filha, vítima de abandono afetivo, o direito à reparação pecuniária.

1 DIREITO DE FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

O instituto do Abandono Afetivo surgiu como resposta ao não cumprimento de uma série de deveres que os pais possuem com relação a seus filhos, obrigações estas que são impostas tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto por outros diplomas infraconstitucionais. Tais cuidados são analisados, principalmente, dentro do Direito das Famílias, cuja origem, evolução, conceitos e princípios serão a seguir explorados.

1.1 Direito das Famílias

Devido às multifacetadas configurações existentes no ceio familiar, notadamente, com a facilitação do divórcio, e mais recentemente, com o reconhecimento da união homoafetiva, entende-se que a expressão mais correta para tratar do assunto seja “Direito das Famílias”, pois, como afirma Dias (2015, p. 30), esta “é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a formação que tiver”.

O conceito do ramo do direito em estudo é apresentado de maneira notável no seguinte trecho:

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. (BEVILAQUA, 1937 *apud* VENOSA, 2013, p. 09)

A organização da própria sociedade se dá em torno da instituição familiar, que inicialmente apresentava um perfil patriarcal e hierarquizado. Sendo a família a base da sociedade e o primeiro agente socializador do ser humano, o Direito das Famílias se origina na proposta de proteção das entidades familiares, tendo como objetivo central a manutenção do afeto.

1.1.1 Direito das famílias na Constituição Federal

O Código Civil de 1916 apresentava uma visão discriminatória da família, que, além de somente se constituir por meio do matrimônio, o qual era indissolúvel, fazia

distinção entre seus membros, segregava pessoas unidas sem casamento e os filhos havidos dessas relações. O texto da Constituição Federal de 1988 eliminou qualquer diferenciação entre homens e mulheres, estendeu a proteção do casamento à união estável e à família monoparental, e reconheceu a igualdade entre os filhos gerados ou não dentro do casamento, ou ainda adotados.

1.1.2 Direito das famílias e sua base principiológica

No Direito das Famílias os princípios refletem valores sociais fundamentais da maior importância para o ordenamento jurídico. Diante de sua função hermenêutica, os princípios assumem absoluto destaque para a temática em estudo, uma vez que podem colaborar para a reafirmação da responsabilização dos pais omissos ou negligentes.

Dentre os mais relevantes princípios norteadores do Direito das Famílias, que são quase unânimes na doutrina, é possível citar: da dignidade da pessoa humana; da solidariedade familiar; da afetividade; da não intervenção ou da liberdade; da igualdade e respeito à diferença; da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos; e da convivência familiar.

1.1.2.1 *Princípio da dignidade da pessoa humana*

No ramo do direito familiar o princípio da dignidade da pessoa humana significa, no entendimento de Dias (2015, p. 45), garantir igual dignidade para todas as entidades familiares, ou seja, “é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”.

A Constituição Federal, no capítulo destinado à família, mais de uma vez, faz menção expressa ao princípio. É o que se pode observar na referência constitucional a seguir:

Art. 226. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

O princípio em comento visa sempre garantir o pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas que integram a comunidade familiar, principalmente com relação às crianças por sua situação de vulnerabilidade. Também está diretamente conectado às normas que fundamentam a independência dos membros do grupo familiar, ou seja, está ligado à atual condição que torna cada elemento do conjunto um sujeito de direito autonomamente capaz.

Cumprido ressaltar ainda que, a família deve se organizar no sentido de desenvolver a dignidade das pessoas que a integram, com vista a transfigurar-se em mecanismo de realização existencial dos seus componentes. O entendimento atual é de que a entidade familiar não mais deve se voltar apenas para si. É importante objetivar um permanente equilíbrio entre os valores coletivos da família e os pessoais de cada participante.

1.1.2.2 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar, que dispõe de assento constitucional, promove a geração de recíprocos deveres entre os membros do conjunto familiar. No dizer de Tartuce (2015, p. 866), o instituto em comento “deve ser tido em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual”.

Oportuno salientar que, decorre do princípio da solidariedade a imposição aos pais do dever de assistência aos filhos, que está previsto no Art. 229, CF/88: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

Baseiam-se neste princípio, de forma explícita ou implícita, decisões de tribunais brasileiros que avançam no sentido de conceder a avós, tios, ex-companheiros, padrastos, madrastas e outros, o direito de visita e de contato com as crianças e adolescentes, uma vez que o afeto e os laços desenvolvidos durante a convivência familiar não devem ser dificultados ou rompidos.

1.1.2.3 Princípio da afetividade

Quanto ao princípio da afetividade, pode-se afirmar que este decorre da constante valorização da dignidade humana e da solidariedade, sendo, portanto, o

afeto o principal fundamento das relações familiares e estando muito ligado ao direito fundamental à felicidade. De acordo com Lôbo (2011, p. 71), um dos elementos essenciais desse princípio é a garantia da convivência familiar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente.

Por esse princípio, o Estado deve atuar de maneira a garantir a dignidade a todos, dedicando-se a ajudar as pessoas a alcançarem seus projetos e realizações individuais. Tal auxílio ocorre por meio da formulação de políticas públicas que contribuam para a felicidade dos cidadãos. Portanto, o que se verifica é que não basta apenas o Estado se manter fora das relações privadas, sendo necessária a criação de instrumentos que apoiem cada um na busca por suas conquistas pessoais.

1.1.2.4 Princípio da convivência familiar

Já o princípio da convivência familiar, que tem referência expressa no Art. 227 da CF/88, assegura à criança o direito a conviver em família de forma estável, sem intervenção no espaço privado, de maneira que possa manter regular relação e contato direto com os pais e com outros parentes. Nesse sentido, Lôbo (2011, p. 74) afirma que “ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, [...] é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles”.

Deve-se dispensar todo tipo de precaução para com as crianças e adolescentes, ainda mais no ambiente de convívio familiar, pois é nesta seara que se dará a sua criação e ocorrerá o seu desenvolvimento, tanto físico, quanto psicológico.

1.1.2.5 Princípio da proteção integral da criança e do adolescente

Assim como consta na Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90) reafirma o princípio em análise e ostenta a seguinte redação em seu Artigo 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

A atenção é voltada para assegurar aos menores de idade, um absoluto cuidado por parte do Estado e da sociedade como um todo, por estarem estes em

uma condição de fragilidade em relação aos que possuem mais de 18 anos. Para Trevisan e Girardi (2013, p. 508), o princípio da proteção integral “visa dar um tratamento especial e diferenciado à criança e ao adolescente, obrigando o Estado a prestar-lhes efetivo atendimento prioritário de seus serviços essenciais”.

O regime de proteção integral dedicado às crianças e adolescentes ocorre devido à condição especial de maior risco, manifestamente exprimida pela falta de maturidade física e intelectual. Nada mais natural que, diante deste fato, a estas sejam asseguradas um quadro específico de salvaguardas com a finalidade de lhes preservar as garantias necessárias ao desenvolvimento integral de sua capacidade como pessoa.

1.2 Do poder familiar

O Poder Familiar, como define Lôbo (2011, p. 295), “é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse desses”, de forma temporária, até a sua maioridade ou emancipação. Para Dias (2015, p. 462), o instituto compreende o conjunto de faculdades delegadas aos pais, no sentido de proteção da menoridade, com a finalidade de garantir o pleno desenvolvimento e a formação integral das crianças e adolescentes, seja física, mental, moral ou social.

A conceituação abaixo reafirma os entendimentos supramencionados:

O poder familiar (*potestà genitoria*) é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu exclusivo interesse. Compreende precisamente os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda, os poderes de representação do filho e de gestão de seus interesses. (BIANCA, 1989 *apud* LÔBO, 2011 p. 296)

Por seu turno, Diniz (2007 *apud* TREVISAN; GIRARDI, 2013, p. 507) explica que:

O Poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.

O termo em análise corresponde ao antigo pátrio poder, que por sua vez rememora o direito romano, o qual conferia absoluto e ilimitado direito (matar, vender, abandonar, etc.) ao chefe da organização familiar, representado pela pessoa do pai/marido. Tamanha era a discriminação, a desigualdade e a supressão de

direitos, que os movimentos sociais reagiram fazendo com que a terminologia fosse alterada.

O tratamento isonômico conferido ao homem e à mulher, fruto da Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, I), assegurou a ambos os pais iguais direitos e deveres no âmbito da sociedade conjugal, além de designar o desempenho bilateral do poder familiar com relação aos filhos comuns.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), seguindo a evolução das relações familiares, alterou substancialmente o instituto, rompendo com o sentido de dominação até então existente, e passando a apresentar uma característica de proteção, com maior relevância sobre os deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

A partir desse contexto, os filhos deixaram de ser objeto de poder para se tornarem sujeitos de direitos. A análise a seguir reafirma o recente entendimento acerca do tema:

Assim, em atenção à Constituição da República, o denominado poder familiar consiste na obrigação dos pais de cuidar dos filhos, assistindo-lhes durante todas as etapas de desenvolvimento, igualmente, proporcionando-lhes as melhores condições possíveis de educação e formação, a fim de contribuir para a adequada e saudável estrutura, física, intelectual e psíquica de seus infantes e adolescentes. (COSTA, 2015, p. 19)

Segundo Dias (2015), dentre as principais características do poder familiar, destaca-se que este é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, além de conter obrigações de ordem personalíssimas.

Como se vê, a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais em vigência, não só modificaram o modelo de família, mas também a sua finalidade, que agora se concentra no desenvolvimento dos membros do grupo familiar, na manutenção dos laços de solidariedade, de cooperação, de ética e, principalmente, de afeto.

1.2.1 Titularidade e Exercício do Poder Familiar

Durante a vigência do Código Civil de 1916 cabia ao marido a chefia da sociedade conjugal, que também exercia de forma exclusiva a titularidade do Poder Familiar, somente sendo substituído pela mulher em caso de morte, ausência ou impedimento daquele. A esposa passou a ter alguma representatividade a partir do

Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), participando de forma colaborativa, mas ainda prevalecendo a decisão do pai.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu iguais condições entre os cônjuges na chefia da organização familiar (Art. 226, § 5º), é que os parceiros (esposa, companheira, parceiro, etc.) passaram a ter tratamento idêntico na criação e nas decisões relacionadas aos filhos.

O chamado poder familiar tem capítulo específico dedicado ao seu regramento no Código Civil de 2002, dentro do Livro IV – Do Direito de Família (Arts. 1.630 a 1.638). O diploma civilista assevera que o poder familiar compete aos pais, durante o casamento e a união estável, e em caso de discordância no exercício de tal prerrogativa, é facultado a qualquer deles o recurso judicial.

Todos os filhos, de zero a 18 anos estão compreendidos no âmbito do poder familiar, que é desempenhado pelos genitores. Se os pais vierem a falecer ou ambos forem desconhecidos, a criança fica sob tutela (Art. 1.728, I, CC/02). O filho maior, porém incapaz, está sujeito à curatela, podendo tanto o pai quanto a mãe serem nomeados curadores (Art. 1.775, § 1º, CC/22).

Caberá a apenas um dos genitores a titularidade do poder paternal somente na hipótese de falta ou impedimento do outro. O Código Civil assegura ainda que mesmo havendo a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável, não haverá alteração nas relações entre pais e filhos (Art. 1.632). Em caso de dissolução da união entre os pais, “o que se extingue é a conjugalidade e não a parentalidade” (COSTA, 2015, p. 22).

A mãe terá exclusividade no exercício do poder familiar enquanto o filho não for reconhecido pelo pai, sendo que, a partir do registro, o pai se torna conjuntamente responsável pela prole, impondo a lei também a este os deveres de proteção. A guarda unilateral não retira do outro o direito-dever de convivência (Art. 1.583, § 5º, CC/02):

Art. 1.538. [...]

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, **qualquer dos genitores** sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a **saúde física e psicológica e a educação de seus filhos**¹. (BRASIL, 2002)

¹ Grifo destacado pelo autor desta pesquisa.

Um extenso rol de competências é elencado pelo Art. 1.634 do Código Civil de 2002. No entanto, a lista nada dispõe acerca do “mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, carinho e afeto”, nas palavras de Dias (2015, p. 465). Aos genitores é dada a missão constitucional de criar, educar, e assistir seus descendentes, não se limitando tal prerrogativa à assistência patrimonial.

1.2.2 Principais deveres decorrentes do poder familiar

Diversas mudanças ocorreram nas relações familiares que passaram a sofrer certa influência do Estado devido à obediência de princípios constitucionais, que interferiram sobremaneira no poder familiar, entendido como um poder-dever que deve ser exercido sempre visando o melhor interesse da criança.

A partir da análise do Código Civil de 2002, mais especificamente do Art. 1.634, é possível verificar que o poder familiar impõe direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos. Aos filhos cabe a obrigação de se sujeitarem ao poder familiar, devendo obediência e respeito àquele que o exerce. Já os pais devem dirigir a educação aos filhos, exercer a guarda, conceder ou negar consentimento para casarem, para viajar ao exterior ou para mudarem de residência, nomear tutor, representá-los ou assisti-los, ou ainda reclamá-los de quem ilegalmente os detiver, entre outros. Segue a redação completa do texto da lei:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Assim como a Constituição Federal, em seu Art. 229 que afirma “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente vai no mesmo sentido e determina que os pais devem proporcionar o sustento, guarda e educação dos filhos: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990).

Ao analisar as imposições que recaem sobre os genitores, Trevisan e Girardi (2013, p. 507) explicam que, “o correto desempenho dessa obrigação pelos pais em favor do filho é essencial para que este se desenvolva de forma saudável, recebendo carinho, amor, educação, mantendo-se longe de qualquer tipo de vício que venha prejudicá-lo em sua fase adulta”.

O mandamento de “assistir” presente na CF/88 abrange todos os deveres do poder familiar, pois “compreende a obrigação dos pais de estarem presentes na vida dos filhos, prestando-lhes a assistência e o suporte necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade” (COSTA, 2015, p. 25).

A assistência, a criação e a educação dos filhos passam pelo cumprimento das obrigações financeiras, no entanto, não se restringe a esta. Dias (2015, p. 465) esclarece que, “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial”.

Vai na mesma direção o entendimento de Madaleno (2013, p. 681):

É dever dos pais ter os filhos sob a sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais, logrando proporcionar aos filhos sua proteção e integral formação, sempre com mira nos melhores interesses da criança e do adolescente, elegendo consecutivamente aquilo que resultar mais conveniente para a prole.

Diante do exposto, percebe-se que as atribuições dos pais não se restringem ao oferecimento de condições financeiras, mas também de proporcionar presença materna e paterna, atenção, orientação, carinho, afeto e a indispensável convivência familiar assegurada pela Constituição Federal.

1.2.3 O direito fundamental à convivência familiar

Originada desde a concepção, a responsabilidade parental traz consigo um conjunto de deveres que os pais devem cumprir. Entre eles o de guarda, de proteção, de sustento, de afeto e de convivência familiar. Não obstante, a Constituição Federal prescreve que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e **à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los **a salvo de toda forma de negligência**², discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

O legislador constituinte determinou como obrigação da família, ou seja, dos pais, providenciar aos filhos a devida convivência familiar e social. Desta feita, os genitores ficam incumbidos da missão de proporcionar meios para que a criança e o adolescente possam criar vínculos sociais com vizinhos, amigos, colegas de escola, de maneira que sua personalidade se desenvolva saudavelmente. Em contrapartida, a criança jamais poderá ficar afastada do convívio coletivo, de modo a ficar excluída da vida em sociedade.

A convivência com pai, mãe, avós, tios, primos é de suma importância para o desenvolvimento da criança e para a formação de sua personalidade. Assim sendo, deixar de conviver com o filho, negar amparo afetivo, é violar direito fundamental da criança (COSTA, 2005 *apud* NEVES, 2012, p. 100). Portanto, o pai que não reside no mesmo teto que o filho, por estar separado da mãe, tem o direito de visitar o filho, mas principalmente tem o dever de fazê-lo, pois a criança e o adolescente tem prioridade no ordenamento jurídico.

Por tudo quanto exposto, verifica-se que o afeto é um direito fundamental da prole, tendo em vista que este decorre do direito à convivência familiar. De acordo com Neves (2012, p. 101), “não se pode pensar em convívio familiar sem afeto, sem companheirismo”.

As palavras de Trevisan e Girardi (2013, p. 508) apresentam, de forma resumida, a ideia central quanto aos deveres decorrentes do poder familiar:

Assim, pode-se dizer, em suma, que o instituto do poder familiar engloba várias obrigações entre pais e filhos, a fim de fazer com que os genitores

² Grifo destacado pelo autor desta pesquisa.

criem seus filhos com amor, respeito e educação, protegendo-os dos males que assombram nossa sociedade moderna, contribuindo, assim, para que na vida adulta esse menor possa ser uma pessoa de bom caráter; um cidadão exemplar e útil à comunidade.

Por estarem as crianças passando por uma etapa de construção como ser humano, o exercício do direito em comento é de extrema importância, uma vez que tal conduta pode impactar diretamente no desenvolvimento de seu caráter e na sua formação como pessoa. Logo, a recusa em garantir o referido direito representa violação do direito fundamental à convivência familiar, e conseqüentemente, um dano à personalidade da criança.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Previamente à análise da possibilidade de reparação por dano moral decorrente do abandono afetivo, será realizada uma abordagem a respeito do instituto da Responsabilidade Civil, previsto no Código Civil de 2002, que estabelece a obrigação de reparação por aquele que, mediante ato ilícito, causar dano a outrem. O foco recairá também, mais especificamente, sobre o dano moral, que é um dos objetos centrais da pesquisa.

2.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

A responsabilidade civil foi criada durante a vigência do Direito Romano, quando o causador do dano era responsabilizado de acordo com a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), independentemente de culpa. No entanto, tal prática provocava situações injustas, o que acarretou a necessidade de uma evolução, passando a se exigir a comprovação da culpa para que houvesse punição.

Dali em diante, a regra se assentou no sentido de promover a penalização somente baseada na culpa do agente, desencadeando uma influência sobre diversas codificações privadas modernas, entre elas o Código Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916, e ainda, o Código Civil Brasileiro de 2002 (TARTUCE, 2015).

Eminente explicação a respeito da responsabilidade civil é delineada a seguir:

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2)

Para facilitar a compreensão e a análise das particularidades referentes à responsabilidade civil, passa-se adiante a uma subdivisão do instituto em comento com a finalidade de abordar os quesitos mais relevantes à pesquisa.

2.1.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilização se origina com base no descumprimento de uma obrigação, pela inobservância de uma regra prevista em um contrato, ou por um determinado indivíduo não respeitar um preceito normativo que regulamenta a vida. Logo, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro comporta dois tipos de responsabilidade civil: 1) a responsabilidade contratual (Arts. 389 a 391, CC/02); e 2) a responsabilidade extracontratual ou aquiliana (Arts. 186 e 187, CC/02).

A responsabilidade contratual é tratada nas disposições relacionadas a contratos e obrigações (Título IV do Código Civil), e ocorrerá nos casos em que houver o direito à reparação diante do inadimplemento ou mora no cumprimento de obrigações já prefixadas em comum acordo entre as partes, o que resulta, portanto, em um ilícito contratual.

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, “consiste na obrigação de reparar o dano originado de uma violação a determinada norma legal” (COSTA, 2015, p. 37). Nesse caso, a relação entre os envolvidos tem natureza obrigacional.

Sobre a diferenciação entre os conceitos, Cavalieri Filho (2012, p. 307) afirma:

Na responsabilidade contratual, o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente, certos deveres jurídicos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.

Nos termos do atual Código Civil Brasileiro, a responsabilidade extracontratual é baseada em duas categorias: o ato ilícito e o abuso de direito. Distintamente do Código Civil de 1916, trata-se de importante inovação que consagrou no campo da responsabilidade civil um duplo alicerce sobre os quais podem repousar as intenções de reparação. Com efeito, abaixo destaca-se a atual redação do texto da lei civil que fundamenta a afirmação:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Somente se cogita indenizar à suposta vítima caso seja possível comprovar que foram atendidas todas as determinações e requisitos presentes no dispositivo legal supramencionado.

De acordo com Tartuce (2015, p. 370), ato ilícito:

[...] é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

A nova dimensão do ato ilícito, também chamada teoria do abuso de direito, amplia o conceito inicial, passando a considerar como ilícito, o ato que originariamente era lícito, porém foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé objetiva e pelos bons costumes. Segundo Tartuce (2015, p. 373), o abuso de direito é um “ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista”.

Para que o abuso de direito reste caracterizado é necessária a presença da ilicitude na forma de execução do ato. Enquanto que no ato ilícito puro, a antijuridicidade abrange o todo da conduta, ou seja, tanto a consumação, quanto o conteúdo e as consequências.

2.1.2 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

A partir da análise dos Arts. 927 e seguintes do Código Civil de 2002 observa-se que a responsabilidade civil pode ocorrer de forma objetiva ou subjetiva. O texto da lei apresenta a redação abaixo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Costa (2015, p. 38) afirma que “a responsabilidade objetiva é imposta por norma legal ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos a outrem”.

Ainda quanto à modalidade objetiva, observa-se que esta adota a teoria do risco (responsabilidade do sujeito em razão de sua atividade, por si só, expor risco e

perigo) e desconsidera-se a culpabilidade. Tal espécie também está presente no chamado abuso de direito (Art. 187, CC/02), sendo que, nessa hipótese, o exercício regular de um direito deve ser exercido apoiado na normalidade e com seriedade, sob pena de ser considerado ato ilícito, podendo servir de lastro para a responsabilização civil.

A responsabilidade objetiva concentra o dever de indenizar na comprovação do dano e do nexo causal, sendo irrelevante a demonstração da culpa. Somente pode ser aplicado o meio de reparação sem comprovação de culpa nos casos em que houver expressa autorização da lei ou, no julgamento do caso concreto, de acordo com o regramento estabelecido no parágrafo único, do Art. 927, do Código Civil.

De outra banda, a responsabilidade subjetiva resta caracterizada desde que o agente tenha agido com culpa (ou dolo), conforme prevê o Art. 186 do diploma civil. Como se nota, esta é a regra geral do direito brasileiro, pois que, na ausência de manifesta determinação legal, deve ser adotada a forma subjetiva para a responsabilização do ato ilícito praticado.

Acerca da obrigação de reparar o dano e da configuração do ato ilícito em ambas as formas, é traçada a seguinte explanação que auxilia na compreensão do tópico em estudo:

Na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito [...]. Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa. No sistema da responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente. (VENOSA, 2013, p. 24-25)

É importante frisar que, com base no que foi exposto, o presente trabalho direciona o seu foco para a responsabilidade civil extracontratual subjetiva, haja vista que é sobre esta que recai a discussão quanto à possibilidade de reparação do dano sofrido em decorrência do abandono afetivo.

2.1.3 Elementos da responsabilidade civil

Para haver a configuração da responsabilidade civil é necessária a verificação da existência de determinados requisitos. São os elementos estruturais que devem

estar presentes no caso concreto para que se formalize juridicamente o dever de indenizar.

Inicialmente, há que se ressaltar a incidência de quatro elementos essenciais: conduta humana, culpa em sentido amplo, nexa causal e dano sofrido. A não comprovação de qualquer destes componentes inviabiliza a aplicação de qualquer punição ao agente.

São diversos os entendimentos dos estudiosos quanto aos pressupostos que compõem o dever de reparação. A doutrina não é uníssona quanto à culpa ser um elemento essencial ou accidental da responsabilidade civil. No entanto, o parecer majoritário caminha no sentido de que a culpa em sentido amplo é indispensável para que se confirme a obrigação de reparar.

Quanto à matéria em comento, Cavaliere Filho (2012, p. 19), explica que:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

A seguir, para melhor fixar o raciocínio e de maneira a apresentar suas peculiaridades de forma detalhada, serão abordados separadamente cada um dos pressupostos da responsabilidade civil.

2.1.3.1 Conduta humana

A conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade civil e pode ser entendida como sendo “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 25).

A ação, em geral, é uma conduta positiva, pois requer que o indivíduo pratique um ato. Assim sendo, esta é a regra, uma vez que a omissão carece, obrigatoriamente, que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, como também deve ficar comprovada que a ação não foi praticada, e ainda que, caso tivesse sido, o dano não teria ocorrido.

Como regra geral, o agente é responsável civilmente pela sua própria conduta, a qual tenha dado causa a um dano (responsabilidade direta). No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro permite que o indivíduo responda por ato praticado

por terceiro (responsabilidade indireta), ou seja, responsabiliza-se não aquele que praticou a conduta, mas a pessoa que a ele está ligado de algum modo (dever de guarda, vigilância ou cuidado).

A responsabilidade por fato de outrem emerge, por exemplo, nos casos em que o pai responde pelos atos dos filhos, nos danos causados por animais, ou ainda, por coisas que estejam sob a guarda do responsabilizado. Desse modo, oportuniza-se que a vítima seja ressarcida pelos prejuízos sofridos, mesmo que o próprio causador do prejuízo não possa ser responsabilizado.

2.1.3.2 Culpa em sentido amplo

A culpa em sentido amplo ou culpa *latu senso* é aquela que engloba tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) e, conforme explica Cavaliere Filho (2012, p. 31), cuja noção abrange “toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa”.

Ao tratar da culpa, Venosa (2013, p. 30) esclarece que:

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. A previsibilidade é aquela aferida no caso concreto, uma definição do previsível. Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta [...]. Na imprudência o agente é intrépido, aodado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais [...]. É imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade.

Quanto à voluntariedade presente no Art. 186 do Código Civil, observa-se que não compreende obrigatoriamente a intenção de causar o dano, mais sim, e tão somente, o discernimento da conduta que se está praticando. Isso implica dizer que, agir voluntariamente é comportar-se de acordo com a sua própria capacidade de autodeterminação (COSTA, 2015).

Conforme destaca o próprio texto da lei, a voluntariedade deve estar presente em qualquer das condutas do agente (“ação ou omissão voluntária”), tanto que a falta deste pressuposto ocasiona a ausência de conduta, que por sua vez, impossibilita o reconhecimento da responsabilidade civil.

2.1.3.3 *Nexo causal*

O nexo causal ou nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta e a consequência desta. Antes de concluir se o agente procedeu ou não com culpa, é necessário apurar se foi o mesmo quem deu causa ao resultado oriundo da conduta, porquanto não há o menor sentido examinar a culpa de um indivíduo que não tenha concorrido para produzir o dano.

Ao tratar do assunto, relevante ponderação é registrada a seguir:

A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49)

Nesse diapasão, é possível constatar que, é por meio da investigação da relação de causalidade que se determina quem foi o causador do dano. No entanto, não basta a prática da conduta ilícita ou que a vítima tenha sofrido um prejuízo; é imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, devendo existir entre ambos uma necessária relação de causa e consequência.

Sendo o nexo de causalidade um elemento indispensável, não subsiste a responsabilidade civil, mesmo a objetiva, sem que aquele fique comprovado. Na visão de Tartuce (2015, p. 388), “se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar”.

Quando o desfecho se dá por meio de um fato simples, não se vislumbra maiores dificuldades para se fixar a relação de causalidade, uma vez que esta se estabelece de forma direta entre a conduta e o dano. Por outro lado, a complexidade amplifica-se à medida que o nexo causal se origina de uma cadeia de condições, nos casos em que várias circunstâncias concorrem para o evento danoso, sendo imperioso identificar, dentre todas, quais foram as reais causadoras do resultado.

O Direito Civil brasileiro adota a teoria da causa direta e imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, a qual somente permite ser responsabilizado quem direta e imediatamente deu causa ao dano. É nesse sentido a lição de Costa (2015, p. 49), que explica: “só se admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, ou seja, a lesão sofrida pela vítima deverá ser consequência direta e imediata da conduta do ofensor”.

Diante do caso concreto, três situações que excluem o nexo de causalidade logram destaque: 1) a culpa exclusiva da vítima; 2) a culpa exclusiva de terceiro; e 3) o caso fortuito e a força maior.

Como salienta Cavalieri Filho (2012), para que haja a interrupção da relação de causalidade basta que o comportamento da vítima ou do terceiro represente o fato decisivo do evento, sendo esta atitude a causa única do resultado.

Quanto ao caso fortuito ou a força maior, estão ligados a acontecimentos inevitáveis. O primeiro é caracterizado por um evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento da natureza. Já o último constitui um evento previsível, porém inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa.

Ressalta-se ainda que, somente se exclui o nexo causal se unicamente um destes fatos originou o dano, pois que, se a conduta do agente, de qualquer modo, contribuiu para a existência do dano, não haverá a quebra da relação causal e a culpa será concorrente entre a vítima e o agente. Neste caso, não se suprime a responsabilidade, mas apenas se realiza uma ponderação dos valores referentes à indenização.

2.1.3.4 Dano sofrido

Outro elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil é a ocorrência de dano que consiste em lesão a um interesse jurídico sofrido pela vítima, com implicação de natureza patrimonial ou extrapatrimonial (COSTA, 2015). Desta feita, pode-se afirmar que a noção de dano está diretamente ligada à noção de prejuízo.

De acordo com Tarturce (2015), “os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém”, e podem ser subclassificados em: 1) danos emergentes ou danos positivos (efetivamente se perdeu); e 2) lucros cessantes ou danos negativos (deixou de lucrar).

Em regra, não há que se falar em indenização ou ressarcimento sem que haja a comprovação de um dano sofrido por alguém. No entanto, nem sempre a conduta ilícita do agente ocasiona um dano e o consequente dever de reparar. Deste modo, caso não haja um resultado concreto que venha a lesionar o patrimônio material ou moral da vítima, impossível torna-se a obrigação de reparar.

Na concepção de Cavalieri Filho (2012, p. 77), “sem o dano pode haver a responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito”.

Destarte, a indenização deve manifestar-se sempre com o objetivo de reparar o prejuízo sofrido pelo ofendido, de modo a restabelecer o estado que predominava antes da prática do ato ilícito. Assim sendo, se não há prejuízo, não há o que ressarcir, tornando notória a ideia de que o dano “é não somente o fato consumativo mas, também, determinante do dever de indenizar” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Acerca do dano e da indenização, a transcrição abaixo auxilia e reforça as explicações apontadas anteriormente:

O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (VENOSA, 2013, p. 38)

Ao ofendido cabe a prova do prejuízo experimentado, não sendo necessariamente essencial a indicação do valor a ser ressarcido, dado que esta quantia poderá depender de situações que somente serão provadas e mensuradas em sede de liquidação.

Citada as subdivisões do dano em econômico e não econômico e suas características gerais, a pesquisa se dedicará, no tópico a seguir, a uma análise pormenorizada relativamente ao agravo moral devido a sua importância para a questão da indenização em função do abandono afetivo.

2.2 Do dano moral

A reparação por danos extrapatrimoniais é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido pacificada a sua aceitação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que faz referência expressa a tais hipóteses em seu art. 5º, incisos V e X, que consagrou valores inerentes ao indivíduo dos quais decorrem a reparação por dano imaterial.

Para Venosa (2013, p. 47), dano moral “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”, consiste em lesão ao patrimônio anímico ou ideal da pessoa, à sua dignidade, o qual provoca ofensa a direitos da personalidade,

cujo prejuízo tem conteúdo não pecuniário e não redutível comercialmente à dinheiro.

Outras importantes explicações, acerca do tema, são abordadas no trecho a seguir:

[...] o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90)

Como se nota, o valor pago à vítima não vislumbra a precificação da dor ou sofrimento da mesma, mas sim visa um modo de amenizar as consequências da ofensa imaterial. Segundo Tartuce (2015), é por essa razão que, ao se tratar de danos morais, é utilizada a expressão “reparação” e não “ressarcimento”.

A lesão extrapatrimonial não dispõe de critérios objetivos para aferir a sua configuração. O juiz ao analisar o caso concreto deve levar em conta a prudência e o bom-senso prático, além das regras da justa medida das coisas e da criteriosa ponderação das realidades da vida (CAVALIERI FILHO, 2012). Também merece destaque a seguinte escrita:

Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor mezinheiro da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*³: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal. (VENOSA, 2013, p. 47)

Deste modo, a apreciação deve se pautar sempre pela lógica da razoabilidade com prevalência da percepção e do padrão de conduta do homem médio (ser ideal). Em que pese a necessidade de reparação da vítima e a condenação do causador do dano, há que se considerar que o mero aborrecimento, a mágoa, a irritação ou a sensibilidade exagerada devem se manter fora do âmbito da indenização por dano moral, pois que, estas fazem parte do cotidiano da vida em sociedade.

³ Expressão em latim cuja tradução livre significa “bom pai de família”.

2.2.1 A prova do dano moral

Provar o dano moral não constitui tarefa simples e nem se pode sempre presumir que o mesmo ocorreu quando da prática do ilícito. Por outro lado, o magistrado não deve rejeitar de plano a pretensão indenizatória por falta de prova; há que se analisar o caso concreto a fim de se tomar a decisão mais justa.

A comprovação do dano extrapatrimonial, de acordo com Cavalieri Filho (2012), não deve se realizar através dos mesmos métodos utilizados para a verificação da lesão material, pois se trata de algo imaterial ou ideal, que não se pode perceber apenas empregando a visão.

Seria difícil, ou até mesmo impossível, a aferição da dor, da humilhação ou da tristeza por meio de depoimentos, documentos, perícia ou outras formas tradicionais. Segue abaixo o melhor entendimento acerca da prova do dano moral:

[...] o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*⁴; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*⁵ está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*⁶, que decorre das regras da experiência comum [...]; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 97)

É importante frisar ainda que o autor aponta uma ressalva para a presunção do dano pela simples comprovação do fato causador do ato ilícito. Para que isso possa ocorrer é necessário que o fato lesivo tenha a capacidade de causar dano e de produzir consequências objetivas como a dor e o sofrimento. Portanto, não é qualquer ato ilícito que permite a aplicação desse entendimento.

2.2.2 Fixação do valor e natureza da indenização

Antes da Constituição Federal de 1988, havia dispositivos em legislações variadas, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), Lei de

⁴ Expressão em latim que corresponde em tradução livre "da própria coisa" ou "pela própria coisa".

⁵ Termo em latim que significa "pelo próprio fato" ou "consequentemente", na tradução direta.

⁶ Mesmo que presunção da pessoa ou do fato; isto é, presunção entregue à livre apreciação da pessoa, diante do fato.

Imprensa (Lei 5.250/67)⁷, que visavam estabelecer critérios para a quantificação do valor do dano moral.

Após o surgimento da Constituição de 1988, não há qualquer lei, tabela ou tarifa que deve ser observada pelo juiz no sentido de preestabelecer um limite da quantia a ser paga. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 103), “cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral”.

É no mesmo sentido o entendimento de Venosa (2013, p. 317), que explica que:

[...] é evidente que nunca atingiremos a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, por mais apurada e justa que seja a avaliação do magistrado, não importando também que existam ou não artigos de lei apontando parâmetros. Em cada caso, deve ser aferido o conceito de razoabilidade. Sempre que possível, o critério do juiz para estabelecer o *quantum debeatur* deverá basear-se em critérios objetivos, evitando valores aleatórios.

Costa (2015) afirma ainda que, ao se fixar a quantia a ser paga, deve-se levar em consideração o poder econômico da vítima e do agressor, o grau de culpa e o caráter punitivo da reparação.

Acerca da natureza da indenização, Venosa (2013) assevera que se identifica nesta um duplo sentido: o ressarcimento e a prevenção. Também se acrescenta a estes os aspectos educativo, didático (ou pedagógico) e dissuasório.

Há ainda, intrínseco na reparação do dano moral, a função punitiva, como expõe Costa (2015, p. 42):

A reparação civil tem por função secundária a punição do ofensor e objetiva a conscientização de seu comportamento danoso por meio de uma punição, a qual também visa persuadir o ofensor a ter cautela na prática de suas condutas.
[...] a punição do ofensor se estende ao público de forma educativa, ou seja, remete à sociedade que condutas semelhantes a do ofensor não serão consentidas.

Cumprе ressaltar que a dimensão preventiva da responsabilidade civil contribui para inibir a prática de atos ilícitos. No entanto, a indenização não supri a primordial orientação e conscientização da família, da sociedade e do Estado sobre seus comportamentos e consequências.

⁷ De acordo com a redação original do Art. 63 da Lei 5.250/67, os valores oscilavam de 05 a 100 salários-mínimos; enquanto a Lei de Imprensa previa de 05 a 200 salários-mínimos.

2.3 Responsabilidade civil no direito de família

No âmbito do direito de família, o assentamento do instituto da responsabilidade civil requer cautela e ampla reflexão. Nota-se que as relações familiares são bastante complexas, pois que carregam em si grande carga sentimental e expectativa de satisfação de necessidades de afeto, de amor e outras emoções.

Importante apontamento a respeito do tema é realizado por Dias (2015, p. 90), que apresenta a seguinte ponderação:

A busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. [...] De outro lado, o desdobramento dos direitos de personalidade faz aumentar as hipóteses de ofensa a tais direitos, ampliando as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos. Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. Esta tendência acabou se alastrando às relações familiares, na tentativa de migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos. Olvida-se, no entanto, que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto.

De todo modo, verifica-se que, embora não exista expressa previsão quanto a perspectiva de indenização no plano da vida em comum, também não existe lei que a proíba.

Há na doutrina e na jurisprudência grande discussão acerca do alcance das ilicitudes cometidas em tal esfera, e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de incidência de indenização civil no campo do direito de família. Na visão de Dias (2015, p. 91), quando o dano “decorre da prática de ato ilícito, sempre gera obrigação indenizatória”.

Em geral, não paira dúvida quanto a aplicabilidade das regras da responsabilidade civil que envolva danos de cunho familiar, pois nesse aspecto, diversos autores afinam suas ideias no mesmo sentido. A principal divergência, segundo Costa (2015), recai relativamente à questão da violação simples e pura de determinado dever particular das relações familiares, e se esta por si só, é capaz ou não de ensejar a obrigação de indenizar.

Costa (2015) cita autores como Gustavo Tepedino e Aparecida Amarante como exemplos da corrente que aceitam somente os casos gerais de ilícitos previstos Art. 186 e 187 do Código Civil; e de outra banda, nomes como Regina

Beatriz Tavares S. P. dos Santos e Inácio de Carvalho Neto, que são partícipes do movimento que admitem tanto situações genéricas quanto as transgressões a deveres matrimoniais especificadas no Art. 1.566 do diploma civilista.

Como visto acima, uma vez que não se registra lei ou dispositivo que restrinja a aplicação da indenização, torna-se inevitável pensar que a família, como meio de realização de seus membros e de garantia da dignidade da pessoa humana, fique aquém da proteção jurídica e alheia aos princípios inerentes à responsabilidade civil (COSTA, 2015). Assim sendo, não se pode deixar de salientar que, o dano ocasionado por um integrante da família pode se apresentar ainda mais gravoso que o produzido por terceiro, em virtude da proximidade e envolvimento existente entre os sujeitos.

No que se refere à responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, oportuno se faz evidenciar a seguinte menção:

A indenização por dano moral em razão do abandono afetivo não visa proteger desilusões e desencantos amorosos sofridos por adultos, [...] tampouco tende a indenizar filhos que se sentem decepcionados em razão dos pais não serem como gostariam que eles fossem. A responsabilidade pelo abandono afetivo é, assim, caracterizada como consequência de o agente ser omissor no cumprimento de um dever previsto legalmente, de não exercer o poder familiar a que lhe incumbe e em razão disto causar um dano irreparável na formação do próprio filho. (COSTA, 2015, p. 96)

Apesar da ausência de norma expressa que formalize a ilicitude do ato de negligenciar o vínculo parental, é possível encontrar várias interpretações acerca do objeto em comento, tendo sido proferidas decisões com base em diversas concepções.

É na busca por um aprofundamento acerca dessas interpretações e no detalhamento de outras características que rodeiam o instituto do abandono afetivo que se consubstanciará o capítulo subsequente.

3 CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

Superada a apreciação de questões relativas ao Direito de Família e das obrigações derivadas do Poder Familiar, bem como já explorados os aspectos mais relevantes no que diz respeito à Responsabilidade Civil e ao Dano Moral, passa-se, então, a um estudo analítico acerca do instituto do abandono afetivo, que abrangerá sua conceituação, caracterização dos elementos essenciais e a responsabilização em consequência daquele.

3.1 O que vem a ser o abandono afetivo?

Sob as considerações apontadas é possível notar os evidentes cuidados e obrigações que os pais devem dispensar para com seus filhos. E é com base na violação de tais deveres que o abandono afetivo se materializa.

Nesse sentido, Neves (2012, p. 96) afirma que, “fala-se em abandono afetivo sempre que se percebe que o genitor que não detém a guarda do filho menor se afasta deste e não lhe proporciona uma assistência moral”, ou seja, é quando, por vontade própria e com plena consciência de sua atitude, o ascendente deixa de prestar o necessário e obrigatório dever de assistir, moral e afetivamente, seu descendente.

A conceituação abaixo ratifica tal entendimento e oferece detalhes sobre o assunto:

O abandono afetivo consiste na omissão de cuidado, de criação, de educação, de companhia e de assistência moral, psíquica, social e afetiva que o pai e a mãe devem ao filho, quando criança ou adolescente, causando, assim, lesão a um bem juridicamente tutelado, extrapatrimonial, uma vez que este filho se encontra em fase de desenvolvimento de sua personalidade. (COSTA, 2015, p. 13)

Assim sendo, percebe-se que a negligência parental se concretiza, sobretudo, devido ao não cumprimento, por parte dos pais, de responsabilidades legais impostas pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, pelo Código Civil de 2002, além de outras legislações que tratam do tema.

3.2 Do descumprimento de princípios e de obrigações legais

No Brasil, a Constituição Federal representa a determinação máxima de todo o ordenamento jurídico, o que a torna parâmetro de validade para todos os demais instrumentos normativos existentes no país. Consequentemente, tudo que diz respeito ao Direito deve estar em consonância com o que a Lei Maior preceitua, com suas normas e, principalmente, com seus princípios.

Posto isto, cabe ressaltar a magnitude da observância compulsória dos princípios, como se pode perceber na seguinte transcrição:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (BANDEIRA DE MELLO, 1995 *apud* COSTA, 2015, p. 59)

No que concerne ao abandono afetivo, a Constituição da República determina as obrigações, as responsabilidades e os compromissos atribuídos aos pais pela via dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral da criança e do adolescente, da afetividade, dentre outros.

De acordo com a redação do Art. 227 da CF/88, é por meio da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que a norma constitucional garante a estes, com absoluta prioridade, diversos direitos. Dentre as salvaguardas presentes no referido excerto, sobressai o direito à convivência familiar e o de estar livre de “toda forma de negligência”, devendo este último ser entendido tanto em seu sentido patrimonial quanto extrapatrimonial.

Como se nota, a paternidade/maternidade deixou de simbolizar apenas um conjunto de deveres e competências dos pais, transmutando-se em um conjunto de atribuições para atender ao melhor interesse da prole, principalmente no tocante à convivência familiar, independentemente da relação entre os pais. Assim sendo, verifica-se que:

O Princípio do melhor interesse da Criança e Adolescente, por si só, deveria ser o suficiente para que o ordenamento jurídico brasileiro garantisse o convívio do(s) filho(s) com ambos os pais e a assistência de ordem não material aos filhos, ou seja, participar, interferir, colocar limites, enfim, educar. São direitos fundamentais dos menores e deveres fundamentais

dos pais, que não se rompem com o fim da conjugalidade. (PEREIRA, 2012 *apud* COSTA, 2015, p. 61)

Além do mais, cumpre destacar que o papel primordial no cumprimento de tais responsabilidades deve ser exercido pelos genitores, e somente mediante exceção, na falta destes, é que o Estado deve interferir, tomando para si tal prerrogativa.

O princípio da solidariedade está previsto no Art. 3º, I da Constituição Federal, o qual assegura que a República Federativa do Brasil deve pautar seus objetivos gerais, entre outros, pela construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

Em relação aos filhos, a solidariedade condiz com a exigência da pessoa de ser ampara até tornar-se adulta, ou seja, deve ser instruída, mantida e educada para que atinja sua completa formação social, e, do mesmo modo, para que possa alcançar o perfeito desenvolvimento de sua personalidade (COSTA, 2015).

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana é valor fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro (Art. 1º, III, CF/88), e é com base neste que se originam direitos e garantias voltados para o bem-estar e para a proteção dos indivíduos.

À vista disso, quanto ao instituto em comento, Costa (2015, p. 63) esclarece que:

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo garantir o reconhecimento de direitos a todo ser humano, de modo a promover o bem-estar individual e coletivo necessários a uma vida digna, em especial, à criança e ao adolescente, para lhes assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade e resguardar de qualquer situação que lhes possa causar prejuízo.

O filho desprezado pelo genitor que não detém a sua guarda pode apresentar distúrbios de personalidade irreversíveis. De mais a mais, constata-se que, “a convivência, mesmo que não frequente, dos genitores com os filhos significa respeito ao seu direito de personalidade e de um desenvolvimento normal, é garantir-lhe a dignidade da pessoa humana” (DASSI, 2011, s. p.).

Negar à criança e ao adolescente a relação familiar, o cuidado, a atenção e o suporte afetivo e moral essenciais a seu apropriado desenvolvimento, constitui uma violação a direitos específicos da personalidade, pois como certifica Costa (2015 p. 63), “o ser humano precisa ser cuidado desde o seu nascimento, a fim de que possa estruturar-se para a vida adulta”.

Fica evidente que o descumprimento de tal responsabilidade consiste em verdadeira afronta ao princípio maior do Estado Democrático de Direito, que é a concretização da dignidade da pessoa humana.

O princípio da afetividade não é mencionado expressamente no texto da Constituição, entretanto, passou a ter destaque e reconhecimento jurídico alcançando nível de princípio constitucional, destarte que, vários dos fundamentos inerentes a ele estão presentes de modo implícito na Constituição Federal, como por exemplo, a consolidação da igualdade entre os filhos (Art. 227, §6º, CF/88)⁸.

Destaca-se ainda o fragmento reproduzido abaixo, que afirma que o princípio da afetividade:

[...] não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. (LÔBO, 2011 *apud* Costa, 2015, p. 64)

Importante ressaltar que a ressignificação traçada sobre a Constituição da República e sobre seus princípios norteadores, em especial, no que tange ao Direito de Família, proporcionou uma valorização do indivíduo no plano privado, reafirmando, assim, a dignidade de cada integrante do grupo familiar.

3.3 Elementos da responsabilidade civil no abandono afetivo

Como já analisado no capítulo dedicado ao estudo da responsabilidade civil, é imprescindível para tal caracterização a prova da conduta do agente (que corresponde ao ato ilícito), o prejuízo ou dano (que pode ser patrimonial ou moral), o nexo de causalidade (vínculo entre a prática do ato e a lesão sofrida). Somente com a confirmação desses elementos que se viabiliza o pedido de indenização.

No caso do abandono afetivo, com fundamento na identificação e comprovação dos requisitos mencionados estará configurada a responsabilidade civil, conforme a seguinte explicação:

No abandono afetivo, os pressupostos da responsabilidade civil e o dever de indenizar estão presentes:

⁸ “Art. 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

1. a existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito: a conduta humana culposa [...] do 'pai' ou da 'mãe' ao negar o exercício da parentalidade [...]
2. a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima pelo agente: o dano ou prejuízo causado ao filho que foi atingido em seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, muitas vezes compelido a viver situações vexatórias [...]
3. o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente: [...] é óbvia de se detectar à medida em que o 'pai' ou a 'mãe' repugna e afasta o reconhecimento do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social. (PEREIRA, 2012 *apud* COSTA, 2015, p. 68)

A conduta é definida pelo ato omissivo ou comissivo do pai ou da mãe que não desempenha a parentalidade de forma adequada, comporta-se com desprezo, rejeição, indiferença e humilhação em relação ao filho, ou ainda, esquia-se em cumprir o direito daquele ao convívio familiar. Esses são exemplos clássicos de condutas que representam atos ilícitos e violam direitos garantidos pelos princípios constitucionais e pela legislação infraconstitucional (COSTA, 2015).

Ainda acerca do ato ilícito e do dever de assistência moral, Madaleno (2013, p. 385) ensina que:

Além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai [...]

Não se pode desprezar a indispensável consciência que o genitor precisa ter quanto à prática do ato, ou seja, deve o pai ou a mãe ter agido com culpa no ato omissivo ou negligente. Leva-se em consideração tal assertiva, pois pode haver a incidência de excludentes de ilicitude, como por exemplo, a culpa exclusiva da vítima.

Portanto, é necessário que se demonstre que o genitor tenha se omitido por sua própria vontade, isto é, que o ascendente saiba da existência de seu descendente, a quem devia cuidados que foram negados. Nesse contexto, não se pode falar em abandono afetivo se o pai não tinha consciência da existência do filho.

Desta feita, imprescindível faz-se a análise de cada caso em concreto, a qual deve se realizar de forma conjunta por profissionais de diversas áreas, como assistentes sociais, psicólogos, educadores, operadores do direito. Somente após esse exame é que se detectará a culpa ou não do agente.

Quanto ao dano causado à criança ou adolescente, observa-se que a negligência do genitor em faltar com a devida criação, cuidado e assistência para com a sua prole causa indubitável prejuízo, nas palavras de Costa (2015, p. 71), um “dano inquestionável em sua personalidade, razão pela qual se caracteriza o dano *in re ipsa*, isto é, presumido”.

A caracterização do dano no abandono afetivo é devidamente enfatizada no seguinte trecho:

O simples fato de ser pessoa, já se encontram devida e legalmente tutelados seus direitos personalíssimos, principalmente em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento. Ademais, como tal, não pode existir cidadão sem uma estrutura familiar, inclusive com definição, assunção e experiência do verdadeiro papel de filho. Esta função vem sendo consagrada não somente pela cultura, mas também pelo direito, que tem reconhecido a incomensurável relevância da paternidade e maternidade na vida de uma pessoa, cujo exercício é essencial à preservação da dignidade do menor.

Este sim, é um direito fundamental de personalidade do filho. Se esse direito não é cumprido e garantido, é inevitável o dano, em razão dessa lacuna existente em sua vida. (TEIXEIRA, 2005 *apud* COSTA, 2015, p. 71)

No tocante ao nexo de causalidade, este é determinado pela conexão existente entre a postura displicente do genitor e o dano psicológico provocado ao filho. Na visão de Costa (2015, p. 72), “não há como sustentar que o abandono afetivo não cause dano psíquico [...] não há como negar também a relação entre a conduta parental e o dano causado ao filho, caracterizando assim o nexo de causalidade”.

Isto posto, conclui-se então que estão presentes no abandono afetivo os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, em vista disso, com base nesse entendimento alguns tribunais já tem reconhecido tal direito como se abordará mais adiante.

3.4 Da responsabilização pelos danos decorrentes do abandono afetivo

Atualmente, o parecer positivo quanto à possibilidade de reparação em decorrência do abandono afetivo é defendido por grande parte da doutrina e pela jurisprudência. Entretanto, em outros tempos, praticamente não existia o convertimento das responsabilidades paternas em indenizações pecuniárias.

Como grande marco desta fase, merece destaque o julgado proferido em 2004 pelo extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais que condenou o genitor a

pagar indenização ao filho em virtude da negligência parental, com base na percepção de que restou caracterizado nos autos lesão à dignidade do filho (TARTUCE, 2015).

Contudo, a decisão foi reformada por determinação firmada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual entendeu não haver possibilidade de reparação, pois, na interpretação dos julgadores, não houve cometimento de ato ilícito por parte do pai. Ainda sob a ótica dos ministros que apreciaram o recurso, outra justificativa denotada foi a de que a punição prevista para o abandono parental é a perda do poder familiar. É o que se verifica com base na ementa e em trechos do voto, a seguir transcritos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

[...]

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, a mais grave 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.

(STJ - REsp 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Julgado em 29/11/2005, Publicado em 27/03/2006)

Quanto à alegação de que o abandono afetivo não se transfigura em ato ilícito, Tartuce (2015, p. 864) esclarece que “o pai tem o dever de gerir a educação do filho, [...] a violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica”.

No que concerne ao enredo de que a indenização não se aplica uma vez que a pena cabível seria a destituição do poder familiar, logra notoriedade o seguinte contra-argumento:

A imputação da perda do poder familiar como pena para aquele que abandona seu filho serviria somente como prêmio para o genitor abandonônico, ou mesmo de estímulo para aqueles que não querem ser responsabilizados pelo ato de gerar um filho, planejado ou não. (PEREIRA, 2012 *apud* COSTA, 2015, p. 74)

Outra justificativa que paira sobre as reflexões daqueles que rejeitam o cabimento da reparação é a ideia de que o judiciário não pode compelir alguém a

amar. Excelente comentário é redigido por Madaleno (2013, p. 384) no tratamento do conteúdo em análise:

[...] embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar [...] A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro, não mais pela ótica do amor que foi omitido, mas [...] pelo dever jurídico de cuidar, para que filhos sejam postos a salvo de toda a forma de negligência e para que pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, instituição reconhecida por atuar como força representativa nas questões de Direito das Famílias, se pronunciou sobre o assunto em seu Enunciado nº 8 afirmando que “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”.

A elevação do afeto ao grau de princípio constitucional, e seu consequentemente reconhecimento jurídico, além da reestruturação propiciada pela concretização de direitos ligados à solidariedade e ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, viabilizou a introdução de inovações nos julgados relacionados ao tema.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão precisa e transformadora, proferida no ano de 2012, em processo de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, manifestou-se sobre a configuração da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo.

Em tal oportunidade, a Corte Superior decidiu pelo reconhecimento do direito do filho, e para tanto tomou como fundamento a importância das funções parentais e o dever legal de cuidado que os pais devem dispensar a seus filhos. Neste ponto, imprescindível faz-se mencionar a ementa publicada por aquele Tribunal Superior:

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*⁹, que atinge um bem juridicamente

⁹ Expressão em latim que em tradição livre quer dizer “não fazer” ou “deixar de fazer”.

tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 1.159.242/SP, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 24/04/2012, Publicado em 10/05/2012)

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, em palavras extraídas do seu voto proferido no julgado descrito acima:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

[...]

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a **imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico**, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

[...]

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever¹⁰.

(STJ, REsp 1.159.242/SP, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 24/04/2012, Publicado em 10/05/2012)

A Eminente Ministra, impecavelmente expõe que um filho implica em imposição de responsabilidade aos pais, os quais ficam obrigados a proceder com o necessário amor e afeto no transcorrer do processo de criação e desenvolvimento pessoal da criança. Tudo isso se faz necessário para que, quando adulto, o indivíduo venha a se tornar um cidadão de bem, capaz de repassar o mesmo tratamento a seus filhos, convertendo-se, deste modo, em um ciclo passado de ascendente para descendente.

Fica evidente que o acórdão expedido pelo Superior Tribunal de Justiça, na decisão supramencionada, reproduz acertada concretização jurídica dos princípios

¹⁰ Grifo destacado pelo autor desta pesquisa.

da dignidade e da solidariedade, e destaca ainda, de forma brilhante, a função pedagógica que a responsabilidade civil deve expressar.

Cumprе ressaltar que a indenização muito representa para as pessoas que sofreram lesão por terem sido abandonadas afetivamente. Para a vítima, compensa-se um vazio, uma vez que os danos sofridos são irreparáveis. O dinheiro não desfaz o prejuízo, mas proporciona um sentimento de que a conduta ofensiva não ficou sem punição. Em contrapartida, fica a expectativa para outros filhos abandonados psicologicamente de que o Poder Judiciário tem capacidade para punir os maus pais, sendo que, jamais poderão receber o afeto que tanto se faz necessário para a criança ou adolescente em formação.

CONCLUSÃO

Com base nas análises realizadas no transcorrer da presente pesquisa fica claro que o abandono afetivo pode ser entendido como sendo a não prestação de assistência, de acompanhamento e de orientação que o genitor deve proporcionar ao filho. O desprezo moral e emocional ocorre devido ao afastamento injustificado da criança do convívio com o pai, com conseqüente negativa de amor, carinho e afeto.

O dano psíquico decorrente do desamparo paterno-filial se confirma a partir da caracterização da responsabilização civil do autor da infração, ou seja, para se alcançar a indenização é necessário que se preencham certos requisitos. Desta feita, observa-se que são determinantes as provas da conduta omissiva ou comissiva do genitor (ato ilícito), do prejuízo psicológico ocasionado à vítima (dano sofrido), e da relação de causalidade existente entre a primeira e a segunda condições (nexo causal).

O estudo demonstra que o papel do genitor não se restringe apenas à prestação de assistência material, mas, sobretudo, deve proporcionar a indispensável convivência familiar junto a sua prole. À vista disso, verifica-se a possibilidade de se configurar o abandono afetivo ainda que realizada a devida provisão de alimentos, uma vez que, a ausência de relação entre os pais e o filho pode ocasionar sequelas para toda a vida.

Nesse sentido, observa-se que o valor pago diante do cenário ora discutido, não tem caráter ressarcitório haja vista a impossibilidade de se reaver a falta de afeto e a ausência do convívio. Por conseguinte, o que se nota é que a compensação em pecúnia tem como característica minimizar o sofrimento, a mágoa, a tristeza e a humilhação suportada pela vítima, além de introduzir um traço pedagógico perante a sociedade.

Posto isto, constata-se que a admissibilidade da reparação por danos morais decorrentes do abandono afetivo é pertinente, de forma que, uma vez atendidos os pressupostos exigidos para a configuração da responsabilidade civil, o processo deve culminar com o pagamento da devida indenização pecuniária, pois a própria Constituição Federal prescreve que os menores devem ser postos a salvo, com absoluta prioridade, de toda a forma negligência.

Por fim, em obediência, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, voltado para o melhor interesse da criança e do adolescente e para sua integral proteção, correto é admitir a responsabilidade civil do genitor que se omite do dever de cuidar. A indenização deve ocorrer com o intuito de se evitar que o mesmo aconteça a outros indivíduos e que os filhos tenham assegurado o direito de serem assistidos, criados e educados por seus pais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 01 de maio de 2016.

BRASIL. **Código Brasileiro de Telecomunicações**, Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acessado em: 03 de novembro de 2016.

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 01 de maio de 2016.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 01 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei de Imprensa**, Lei nº 5.250, De 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acessado em: 03 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma. Brasília, DF. Julgado em 29/11/2005. Publicado em DJe 27/03/2006. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 31 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.159.242/SP, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, DF. Julgado em 24/04/2012. Publicado em DJe 10/05/2012. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 31 de outubro de 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Grace Regina. **Abandono Afetivo: Indenização Por Dano Moral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. **Discurso Jurídico**, Volume 2, Nº 1, 2006. Disponível em: < <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/178/71>> . Acesso em: 01 de maio de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. **Revista Síntese: direito da família**, São Paulo, v. 14, n. 73, p. 96–108, ago./set., 2012. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/11080456-Responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo.html>>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TREVISAN, João Paulo; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Dano moral decorrente do abandono afetivo paterno-filial: Considerações legais. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 4, n. 3, p. 500-520, 3º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc. Acesso em: 01 de maio de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.