

**A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES PARTENO-FILIAIS
DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO: OS ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS
DE UM ESTUDO DE CASO.**

**THE IMPACT OF MORAL DAMAGES IN RELATIONS PATERNO-AFFILIATES
ARISING OUT OF ABANDONMENT AFFECTIVE: SOCIO-LEGAL
ASPECTS OF A CASE STUDY.**

Luana Regina D'Alessandro Damasceno

Faculdade Nacional de Direito – UFRJ/RJ

RESUMO

A proposta do trabalho acadêmico a seguir é refletir sobre a incidência do dano moral oriundo do Abandono afetivo parental, temática relativamente nova no seio familiar e no sistema judicial brasileiro. Para melhor ancorar tal estudo, pretendo analisar aspectos jurídicos de uma decisão judicial inédita do Superior Tribunal de Justiça. O estudo tem como marco central os critérios que ancoraram tal sentença, pioneira no Direito Positivo, bem como almeja traçar um paralelo entre os conceitos atinentes ao tema e as discussões doutrinárias existentes, para isso tonar-se necessário observar o sentido do afeto e a função paterna no meio familiar, tendo a privação da familiaridade afetiva como ensejo para o dano moral, no qual a Responsabilidade Civil frente aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Paternidade e Maternidade Responsável e da Afetividade encontram-se. Assim, a temática em questão tem desafiado o judiciário pátrio tendo em vista a contraposição à teoria tradicional frente às demandas judiciais já reconhecidas e as tendências modernas embasadas pelo *moderno direito de família*.¹

Palavras-chaves: Abandono afetivo; Dano moral; Decisão judicial.

¹

“Cf. WALD, Arnoldo. O Novo direito de família. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 4. p.26.

ABSTRACT

The proposal follows the academic work is to reflect on the incidence of damage arising from the abandonment parental affective, thematic relatively new in the family and the Brazilian judicial system. To better anchor this study, I analyze the legal aspects of an unprecedented ruling of the Superior Court. The study's central landmark criteria that anchored such a sentence, a pioneer in positive law, and aims to draw a parallel between the concepts relating to the theme and the existing doctrinal discussions, for behold it is necessary to observe the value of affection within the family and paternal function, and deprivation of acquaintance as an opportunity for emotional damage, in which Liability forward the principles of Human Dignity, the Responsible Parenthood and affection are. Thus, the issue in question has challenged the judicial power in order to contrast the traditional theory facing the lawsuits already recognized and modern trends embarrassed by the modern right family.

Keywords: Abandonment affective, Moral injury; Court decision.

1 – DISCUSSÃO TEÓRICA.

O presente estudo fundamenta-se estruturalmente na análise da decisão judicial da Ministra Nancy Andrigli, do Superior Tribunal de Justiça no ano passado, Recurso Especial n. 1.159.242-SP, que ineditamente ratificou a sentença dada em Primeira Instância do Tribunal Justiça de São Paulo (TJSP) que tinha como pleito autoral a incidência do dano moral oriundo do abandono afetivo realizado pelo réu a autora, sua filha, durante anos.

Trazer a baila tal tema é necessário para que seja possível compreender a organização atual da sociedade em que se pesem as discussões e situações as quais a seara familiar vem

sendo permeada. Ressalta-se que este instituto social² não é mais o mesmo, não possui mais um modelo único, padronizado e pré – definido, e isso se deve ao fato das constantes transformações ideológicas e jurídicas ocorridas, tangenciadas especialmente pelo Direito de Família e o Direito Civil, tendo neste último a vertente da Responsabilidade Civil um crescimento ascendente frente às controvérsias entre a doutrina e as recentes jurisprudências.

Para convalidar que situações fáticas demonstram como o conceito de família está em um momento de transição e que tal fato carece ser observado pela esfera jurídica, ressalta-se as seguintes palavras:

Situações fáticas, que, também, revelam-se como jurídicas, constituem campo fértil para a percepção dos novos traços que a autoridade parental vai assumindo nas famílias contemporâneas. Na fragmentação dos laços estabelecidos, em decorrência da separação dos pais, ou ausência de um deles, casos de famílias monoparentais (...), um novo perfil da autoridade parental torna-se gradativamente perceptível (SILVA, 2002; WOHNATH, 2012).

Discutir tal questão polêmica e controvertida esbarra na dificuldade primeiramente de mensurar o prejuízo advindo do abandono afetivo e como isso afeta a vida dos filhos; como a indiferença amorosa durante o desenvolvimento da criança e do adolescente pode vir a gerar danos a sua integridade moral e por consequência, resultar a possibilidade de pleitear uma indenização de cunho moral.

De antemão ressalto que a paternidade, mais especificamente tendo em vista o julgado a ser tratado por este artigo, não gera somente deveres de assistência material, existe um dever dos pais, positivado no artigo 22 da lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que incumbe os genitores de, mesmo que não seja diariamente - fruto, por exemplo, da

2

Para confirmar o status de instituição social, BERGER Peter L. e BERGER Brigitte assim aduzem: “Não há dúvida de que a família é uma instituição muito importante. (...) As instituições têm uma autoridade moral. Não se mantêm apenas através da coercitividade. Invocam um direito à legitimidade; em outras palavras, reservam-se o direito de não só ferirem o indivíduo que as viola, mas ainda o de repreendê-lo no terreno da moral”. Cf. BERGER Peter L. e BERGER Brigitte: O que é uma instituição social? - <http://www.lcqribeiro.pro.br/wp-content/uploads/2011/03/O-que-%C3%A9-uma-instituicao-social-Berger-e-Berger1.pdf> - Acesso em 01.09.2013.

dissociação marital no qual um dos cônjuges acaba por deter a guarda dos filhos em detrimento do outro - mesmo diante dessa situação fática, é dever constitucional do genitor contribuir na formação, educação, ambientação social e religiosa da criança e do adolescente no qual há laços consanguíneos diretos³. O papel dos pais não deve ser limitado ao dever de sustento nem tão pouco provisão material de bens, o desenvolvimento humano necessita da presença auto-afirmativa de uma família, fato amparado pelo direito brasileiro conforme trecho abaixo:

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições⁴ para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança” (MAGGIONI, 2011; CASTRO, 2012).

2 – DA DECISÃO JUDICIAL INOVADORA.

Conforme dito anteriormente para realizar tal estudo é necessário expor o conteúdo da seguinte decisão judicial para que dela possam ser extraídos conceitos e argumentos pertinentes à discussão do tema.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial n. 1.159.242-SP

Terceira Turma

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Data do julgamento: 24/04/2012

Data da publicação: 10/05/2012

EMENTA:

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.

³

No direito de família os laços consanguíneos diretos advêm das relações de parentesco no qual o art. 1593 do CC/02 faz menção. É dado como parentesco em linha reta, natural, ascendente decorrente da própria descendência, vincula reconhecido no mundo jurídico como indissociável.

⁴

Trecho da sentença do processo n.º 1.030.012.032-0, proveniente da Comarca de Capão da Canoa (RS), retirado da Revista Consultor Jurídico.

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 no art. 227 da CF/88.

3.Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

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

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora (BRASIL, 2012).

2.1 – APRESENTAÇÃO DO CASO.

O caso trata-se de uma ação, em âmbito cível, no qual a autora, filha do réu, requer um ressarcimento intitulado como indenização por danos morais e materiais, tendo como argumento o abandono afetivo sofrido durante anos de sua infância e na adolescência.

Em primeira instância, o pleito autoral foi julgado improcedente. O magistrado competente entendeu que o distanciamento entre o pai e a filha decorreu do comportamento agressivo da genitora da autora após o término de seu relacionamento com o réu, fato que coibiu significativamente o contato entre pai e filha.

Contestando a presente sentença a autora interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que na decisão em Segunda Instância, deu provimento ao recurso e reconheceu o abandono afetivo vivido pela recorrente condenando assim, o recorrido ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 415 mil reais.

Paralelamente, indignado com a decisão, o genitor interpôs Recurso Especial sustentando não ter abandonado a filha, pois foi difícil ter acesso a sua vida, contudo mesmo que tal comportamento existisse e fosse verídico, isso não configuraria ilicitude passível de compensação civil. Ainda aduz que a punição passível então no caso, seria a perda do poder familiar o que efetivamente nunca existiu.

Em Última Instância, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu singularmente por maioria de votos, dar parcial provimento parcial ao Recurso Especial somente no que tange a diminuir o *quantum* indenizatório para o valor de R\$ 200 mil reais, porém manteve a primeira decisão do TJSP.

3 – A FAMÍLIA E O AFETO: PRINCÍPIOS, PRESSUPOSTOS E O LIAME JURÍDICO.

3.1 – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS GERAIS:

Para nortear este estudo é necessário destacar sinteticamente, três princípios relacionados ao direito dos filhos frente a sua família, sendo estes o *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, *Princípio da Convivência Familiar alicerçado pelo subprincípio da Paternidade e Maternidade responsável e o Princípio da Afetividade*.

3.1.1 - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro, também é uma das ancoras deste estudo. Previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, é fundamental nesse discurso, pois hoje a dignidade é vista como um macrop princípio sob o qual irradiam e estão contidos os demais que a Carta Magna constitucional faz menção.

Sobre a temática, a Ministra CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA considera que a dignidade humana é pressuposto intrínseco a ideia de justiça além de ser condição superior humana, como por exemplo, a razão e o sentimento e sendo assim independe de merecimento pessoal ou social; transcende a todos os demais princípios e por tal é direito inerente a condição do homem⁵.

Já para KANT, no mundo social existem especificamente duas categorias de valores, a primeira denominada de preço e a outra de dignidade. Na dimensão em que as coisas têm um preço, um valor exterior (de mercado), as pessoas têm dignidade, cujo valor é interior (moral) e de interesse geral. Sendo assim, o valor moral infinitamente superior ao valor de mercadoria, então impõe-se o “imperativo prático” segundo o qual as pessoas devem agir de tal sorte que seja considerada a humanidade, própria e alheia, sempre e simultaneamente como um fim e jamais como um meio⁶.

Portanto, pode inferir que a noção filosófica de dignidade, se trata de tudo que não tenha preço e que não possa ser objeto de troca, posto isto é inestimável e indisponível. É a dignidade que posiciona o homem em uma condição superior, como ser de razão e de sentimento, motivo pelo qual é papel do julgador e do legislador ter em vista o valor humano no exercício de suas atribuições.

3.1.2 - Princípio da Convivência Familiar, alicerçado pela paternidade e maternidade

5

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. In ____: Anais do XVII Conferência nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I 2000. p. 72.

6

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

responsável.

Trata-se das relações de convivência entre membros de uma estrutura familiar no qual há espaço para trocas sociais, afirmação da unidade presente e ainda crescimento partilhado. Tendo como foco o *subprincípio da paternidade ou da maternidade responsável*, observa-se que é um imperativo constitucional, no que toca o dever de se fazer um planejamento familiar, preexistente ao próprio nascimento da criança, e por tal, no que refere-se aos deveres paternos quanto aos filhos, este subprincípio é corolário do princípio da *Convivência Familiar*, pelo que se determina que aos pais cumpre realizar o planejamento familiar. Já em relação aos filhos, o respeito ao princípio da afetividade, quanto à convivência familiar, é o que concretiza o melhor interesse dos menores, porquanto o afeto seja imprescindível em sua formação.

3.1.3 - Princípio da Afetividade.

É a abordagem de características necessárias para que o espaço familiar seja sadio e próspero não só para as crianças e adolescentes, como também para os demais membros. Via de regra, é o afeto que alimenta o meio familiar; é esse sentimento que subsidia o desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Salienta-se que é o princípio da afetividade, um desdobramento do *Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana*, na medida em que toda a orientação jurídica desenvolve-se no sentido de garantir ao indivíduo uma vida digna, atribuindo valor jurídico ao afeto, sobretudo nas relações entre pais e filhos.

Conforme destacado por PEREIRA, a família até o século XIX era claramente patriarcal e estruturava-se em torno do patrimônio, sendo um agrupamento de indivíduos cuja razão de ser era precipuamente de cunho econômico. Com a nova ordem civil- constitucional, a estrutura familiar deixou de lado as motivações econômicas, que anteriormente tinham importância primária nessas relações, dando lugar a elos afetivos, justificados pela solidariedade mútua.⁷

7

PEREIRA DA COSTA, Maria Isabel. *Família: Do Autoritarismo ao Afeto – Como e a Quem Indenizar a Omissão do Afeto?* In____: Revista Brasileira de Direito de Família, v. 7, n. 32, out/nov., Porto Alegre: Síntese, IBDFAM 2005, p. 55.

3.2 – DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE FAMÍLIA:

Tendo como premissa os pressupostos em âmbito constitucional, no artigo 227 e 229 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, no qual há proteção jurídica ao afeto tendo este também alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana que é objeto de expressa previsão em no texto constitucional vigente e pode ser encontrado no art. 1º, inciso III e artigo 227, “caput”, e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no artigo 15 e artigo 22 já supracitado, estes dispositivos legais reafirmam que há o direito à dignidade do menor e faz especial menção à condição de pessoa em processo de desenvolvimento.

Sendo assim, reza o artigo 227 e 229 da CRFB/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (GRIFO NOSSO) - (BRASIL, 1988).

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores... (GRIFO NOSSO) - (BRASIL, 1988).

Bem como os artigos 15 e 22, respectivamente, da lei 8.069/90 – (ECA):

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990).

(...)

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).

Portanto, afere-se que o não cumprimento do dever de convivência familiar dá ensejo à responsabilidade civil. Isto porque, a omissão emocional (rejeição, indiferença, descaso) ou

a presença hostil da figura paterna gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho, que pode acabar por manifestar-se em diversos transtornos como crises depressivas, complexos de culpa e inferioridade, instabilidade emocional e comprometimento da construção da identidade sexual, além de outros problemas que podem se manifestar no decorrer da vida.

A dissolução da sociedade conjugal não implica em dissolução do vínculo parental, portanto, não poderá ser suscitada pelo pai como dispensa para seu comportamento reprovável. Os deveres do pai separado/divorciado para com seu filho subsistem inclusive no que se refere à preservação do contato paterno-filial. Caso o pai não detenha guarda de seu filho, ele deverá manter a convivência com este através do direito/dever de visitas.

Os deveres inerentes ao poder familiar não podem ser ignorados pelos pais, estes devem ter a consciência que será responsável pela criação e desenvolvimento de seres humanos saudáveis, obrigação esta não somente no plano moral e social, mas também legal, conforme constatado acima na legislação pátria.

3.3 - O AFETO E O CUIDADO COMO VALORES JURÍDICOS.

A alteração de paradigma no que toca os direitos vinculados às relações de filiação nos convida a identificar tanto o afeto quanto o cuidado como valores jurídicos, vez que em diversas passagens do ordenamento tais valores aparecem como deveres de providência do Estado, dos pais e da sociedade aos menores, por quem aqueles são responsáveis.

A importância do cuidado e do afeto ao ordenamento jurídico, especialmente no que toca as relações parentais, parte da concepção de que a capacidade de desenvolver-se como sujeito e bem se relacionar socialmente pendente está intrinsecamente ao fato de se ter recebido tais valores nos primeiros anos de vida, quando o menor, vulnerável, está a moldar sua personalidade. Em sentido oposto, a falta desses valores repercute negativamente não só no indivíduo, mas também na sociedade. Em relação ao indivíduo, a repercussão da falta de afeto e de cuidado dá-se na possibilidade da criança desenvolver uma personalidade agressiva, deprimida, rebelde e indisciplinada; ao passo que, na esfera social, essa falta é apontada, inclusive, como possível causa do aumento da delinquência juvenil. De tal feita, a ausência de

tais valores nas primeiras etapas da vida não é maléfica apenas à criança, mas a todo o ambiente em que ela irá conviver pelo que se justifica o interesse público na questão.

No que cerne ao lugar do afeto nas relações familiares tem como compreensão a necessidade de promoção do *vínculo* entre os membros de uma família. É o sentimento denominado como afeto o capaz de unir, por um ato de vontade livre e consensual, as pessoas. É calcado em uma escolha livre e afetiva que a ordem jurídica está amparada e nela acaba por constitucionalizar as relações sociais. Ou seja:

Portanto tem-se que o estudo do abandono afetivo toma como alicerce a própria incidência do afeto como pressuposto jurídico familiar (LÔBO, 2000; WOHNRA, 2012).

Contudo, juntamente com esse ato emergem responsabilidades, que nas relações entre pais e filhos são indissociáveis, seja na ordem material, até os limites⁸ do direito civil, seja na ordem moral. Entretanto, nas relações onde há o desamparo psíquico-sentimental no período juvenil, ou seja, a falta do afeto, em muitos casos há o desencadeamento de turbacões íntimas e disso deriva-se o elo com a (in) responsabilidade civil.

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida (PERLINGIERI, 2002; WOHNRA, 2012).

Assim, tem-se que o tema do abandono afetivo está inserido no moderno direito civil, o que também tem incidência do olhar sociológico no que cerne as alterações das relações familiares, uma vez que “*o estudo do Direito de Família deve começar por algumas noções, mais de caráter sociológico que jurídico, pois neste ramo do Direito Civil, mais do que em qualquer outro, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos seus conteúdos sociais*” (DANTAS, 1991, p. 3 apud WOHNRA, 2012).

8

Para a legislação brasileira, no art. 5º do diploma civil, atinge-se a capacidade civil plena quando se chega à idade de 18 anos completos e com isso o dever material dos pais em promover o sustento dos filhos, acaba. Porém para aqueles que continuam estudando comprovadamente, o dever de sustento continua até os 24 anos. Há outros casos no qual se consegue o título de plenamente capaz, antecipadamente como, por exemplo, a emancipação civil.

É preciso ser pai (e mãe) na amplitude legal (sustento, guarda e educação), e o abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla. (WOHNRATH, 2012).

Por tais argumentos acima há uma ligação entre o afeto e a incidência da reparação civil, pois a omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento afetivo e físico vem sendo discutido tendo em vista o dano, então causado por essa falta ou descaso, fato discutido no Direito Civil na vertente da Responsabilidade Civil.

4 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS: DOS DANOS MORAIS.

Primeiramente o ordenamento jurídico não faz restrição legal à aplicação das normas de Responsabilidade Civil a demandas tuteladas pelo Direito de Família. Por isso há possibilidade de tratar dessa aplicação aos casos de abandono afetivo.

Muitos até questionam como pode configura-se a responsabilidade civil em algo de natureza tão subjetiva, fato este demonstrado na decisão trazida a este trabalho quando se utiliza que o abandono afetivo não configura por si só ilicitude passível de compensação civil.

Por isso HIRONAKA, 2006 e VIEIRA, 2006, assim aduzem:

“A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal do pátrio poder”. (HIRONAKA, 2006).

“... devem os genitores, solteiros, casados, separados, divorciados ou viúvos, ter a exata consciência de seu mister como pais e educadores de cidadãos do futuro, sendo certo que atos por ele praticados poderão gerar graves prejuízos em face desses filhos. Nesse sentido, a tão debatida questão acerca dos genitores que não visitam seus filhos, a ele negando a mínima atenção. Há que se desvincular a imagem do douto genitor, por vezes fonte de dissabores, e ter ciência que as crianças e os adolescentes não podem padecer em virtude de sentimentos menores de adultos que têm a obrigação

de estar preparados para exercer a paternidade/maternidade ou de encontrar meios para fazê-lo". (VIEIRA, 2006).

Irrefutável é a obrigação legal dos pais de manter materialmente seus filhos, até que sejam capazes civilmente, impondo-se, inclusive, a prisão civil para aquele que descumprir a sua obrigação. O vínculo afetivo é que precisa ser analisado para verificação do seu enquadramento na responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil, em seu art. 186, ao tratar dos atos ilícitos, dispõe que:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." (BRASIL, 2002).

Combinado este com o art. 927 da mesma lei, no capítulo destinado à obrigação de indenizar, tem-se:

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002).

É necessário extrair como condição para a efetivação do ato ilícito o próprio conceito de afeto e como ele tem um papel de destaque frente à formação da personalidade do filho no que cerne sua saúde psicológica e os impactos morais.

O cuidado e o afeto na fase inicial da vida são essenciais para a formação de um adulto seguro, independente, portador de elevada autoestima, que sabe se posicionar frente à sociedade, que respeita o limite, que consegue reconhecer seus deveres e direitos, e que luta por eles.

Assim, não há dúvidas de que o pai negligente, que deixa faltar o cuidado e o afeto, tão indispensáveis ao filho, causa perenes danos à saúde psicológica dessa criança, com reflexos em toda sua vida. Isso não quer dizer que uma pessoa que sofreu abandono afetivo jamais lute por seus direitos ou saiba respeitar os demais indivíduos da sociedade; definitivamente, não é isso. Pelo contrário, muitas pessoas existem que passaram por esse tipo de abandono e, hoje, são adultos com família constituída, bem-sucedidos profissionalmente, exercendo seus papéis de cidadãos na sociedade. Contudo, não há como negar que a falta de afetividade causa marcas para o resto da vida, como a mágoa, a tristeza e a sensação de abandono.

É preciso, entretanto, salientar que no presente artigo não proponho que obrigue-se um pai a amar seu filho, visto que isso seria impossível de fazê-lo pois não pode-se obrigar alguém a amar, o que se traduz em grave ato de restrição da liberdade individual. Todavia, se o pai, usando dessa liberdade, optar por não cuidar de seu filho e por não amá-lo, deverá compensá-lo, de alguma maneira, pelo dano que vier a lhe causar. Posto isto:

[...] não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, claro: não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.

(...)

Esta é a resposta que a sociedade deve dar, por meio da Justiça, aos pais abandonados. A indenização estaria então monetarizando o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas uma função punitiva. Mais que isso: uma função educativa. Afinal, não há dinheiro no mundo que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho rejeitado pelo pai. (PEREIRA, 2008).

O que se pode aferir é que decisões judiciais que buscam reparar com indenizações pecuniárias o desafeto na formação da personalidade do filho, quando os pais não cumprem ou omitem-se no contato nesse contato, perfazendo assim um abandono emocional, não condenam a reparar a falta de amor ou desamor, nem tampouco referências dentre filhos, mas penalizam a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade daquele rejeitado. Penalizam o dano à dignidade humana do filho e demonstra que o Direito pátrio está mais atento as novas configurações de família dando importância fundamental muito mais atenção às novas relações familiares construídas.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo buscou-se demonstrar que, diante dos novos paradigmas do ordenamento civil-constitucional, principalmente em relação à proteção da dignidade da pessoa humana, tanto o Direito de Família quanto a Responsabilidade Civil adquiriram novas feições, permitindo a compensação pecuniária por danos morais decorrentes do abandono afetivo nas relações parentais.

A entidade familiar evoluiu de uma relação eminentemente patrimonialista, de cunho econômico, a uma relação baseada no afeto, na solidariedade e na vontade de mútua constituição de uma história em comum. Nesse novo contexto, ganhou maior apreço a figura dos filhos, marcadamente vulnerável, por serem sujeitos ainda em fase de crescimento, desenvolvendo suas capacidades psicofísicas e sociais no seio familiar.

Nesse quadro, as crianças e os adolescentes ganham destaque, por serem indivíduos que ainda estão em desenvolvimento de suas personalidades. Isso porque o ordenamento confere proteção prioritária à dignidade dos menores, porquanto frágeis e vulneráveis. E, sob a nova ótica civil-constitucional, todo o regramento orienta-se no sentido de prover aos infantes a tutela prioritária, tendo a figura paterno-materna ganho função estruturante ao desenvolvimento da personalidade desses novos indivíduos. Com este efeito, crianças que crescem em ambiente permeado de afeto e cuidado têm possibilidades maiores de bem desenvolverem sua psique, o que implica em indivíduos mais aptos a conviverem em sociedade e por tal o ordenamento passou a encarar a paternidade-maternidade como um múnus público dos genitores, tendo em conta a defesa da ordem social a partir da criança.

Relativamente à Responsabilidade Civil, esta também sofreu mutações a partir do novo paradigma civil-constitucional, pautado nas relações existenciais. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 deu fim às discussões acerca da “reparabilidade” de danos que não fossem patrimoniais, prevendo no artigo 5º, incisos V e X, que é assegurada a indenização por danos morais.

Embora já não restem mais dúvidas de que os danos morais, melhor denominados como danos à pessoa, são compensáveis, ainda hoje subsistem controvérsias sobre o conceito desses danos e de quais sejam os passíveis de indenização. Sendo assim, transportando à esfera jurídica essa noção de dignidade, determinam-se os corolários do princípio da

dignidade. São eles: o princípio da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade/autonomia e da solidariedade social ou familiar.

Assim, o dano moral considerado como lesão à dignidade em algum de seus substratos materiais constatou que medidas que atentem contra a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade social ou familiar acarretam na possibilidade de reparação a título de danos, visto e corroborado, então pela jurisprudência acima supracitada.

Ocorre que, em alguns eventos, tais princípios podem entrar em colisão, tendo ambas as partes interesses contemplados no ordenamento. Nesses casos, restam realizar a ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais a fim de verificar aquele que seja preponderante, indicando se passível de reparação os danos à pessoa, uma vez que considerado o dano injusto, ou se incabível a compensação, por não ser injusto o dano, a depender do caso concreto.

Nesse sentido, “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. Diante disso, trazendo à baila o caso do abandono afetivo nas relações de filiação, entende-se ser cabível a indenização por danos morais a esse título.

Sendo o poder familiar um múnus público e o exercício da paternidade/maternidade determinante ao desenvolvimento das capacidades da prole, marcado pela dependência e vulnerabilidade, não poderia o genitor alegar que a ele não seja dado o dever de prover afeto e cuidado aos filhos, fundado no princípio da liberdade/autonomia, vez que este encontra limites na solidariedade familiar e na integridade psicofísica dos menores, princípios mais caros ao interesse social no caso. Realmente, o interesse da prole nessa colisão prepondera, haja vista as peculiaridades da relação e a importância da defesa da ordem social a partir das crianças. Assim, conclui-se pela possibilidade de reparação a título de danos morais por abandono afetivo nas relações parentais.

Como pressuposto da condenação é de que haja, de fato, uma efetiva relação de filiação. Ou seja, o genitor somente poderá ser condenado se, sabendo da sua condição de pai, agiu negligentemente no que toca à provisão de afeto e cuidados ao infante.

Por fim, à conduta na qual se pondera adequada a causar lesão (caracterizando o nexo causal), vislumbra-se que seja o mau desempenho das funções psicopedagógicas, além da negligência em proporcionar cuidados de criação, educação e convivência familiar em ambiente propício ao menor, de acordo com as possibilidades do genitor e das necessidades do menor. Estando presentes tais requisitos, possibilita-se depreender finalmente que a sistemática normativa hodierna permite a compensação em pecúnia a título de danos morais decorrentes do abandono afetivo nas relações parentais.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. In ____: Anais do XVII Conferência nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000.

BERGER, Peter L.; BERGER, Brigitte. *O que é uma Instituição Social?* In: FORACHI, Marialice e MARTINS, José de S. Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2002. Disponível em <<http://www.lcqribeiro.pro.br/wp-content/uploads/2011/03/O-que-%C3%A9-uma-instituicao-social-1.pdf>> Acesso em 01.09.2013.

CASTRO, Leonardo. *O preço do abandono afetivo*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em 01.09.2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias* - 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. e PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo curso de direito civil. Direitos de família – As famílias em perspectiva constitucional*. (vol. 6) 3ª ed; Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O Abandono Paterno e o dano moral*. In___: ADV Advocacia dinâmica: informativo semanal, nº 31, 8 ago. 2004, p. 448-449.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (vol. 6). 7ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade Civil na Relação Paterno filial*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>> Acesso em 01.09.2013.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues.; MAMEDE, Gladston. e ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MACIEL, Andrea Athayde. *Dano moral por abandono afetivo parental*. Artigo científico apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Público. - Faculdade Projeção. BDJur, Brasília, DF, 18 jul. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17473c>> Acesso em 05.08.2013.

PEREIRA DA COSTA, Maria Isabel. *Família: Do Autoritarismo ao Afeto – Como e a Quem Indenizar a Omissão do Afeto?* In ____: Revista Brasileira de Direito de Família, v. 7, n. 32, out/nov., Porto Alegre: Síntese, IBDFAM 2005, p. 55.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>> Acesso em 30.08.2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. e OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade*. 1ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROPELLI, Luciana D'Arce. *O direito ao afeto nas relações paterno-materno filiais*. Monografia – 2005.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, Filhos e Danos*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>> Acesso em 30.08.2013.

WALD, Arnoldo. O Novo direito de família. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WOHNRATH, V. P., ALVARENGA, M. A. de F. P. *Da incidência do dano moral proporcionado pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais: conceitos sócio-jurídicos (doutrinários e jurisprudenciais)*. Apresentação de dados de pesquisa In ____: XXI Congresso de Iniciação Científica da Universidade Estadual Paulista, 2009, São José do Rio Preto/SP. Anais do XXI Congresso de Iniciação Científica da UNESP, 2009.