UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Ádia Valéria Prazeres Bramont Matos

João Cláudio da Conceição

Aracaju

2015

ÁDIA VALÉRIA PRAZERES BRAMONT MATOS

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo – apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em _____/_____/_____.

Banca Examinadora

_____

Professor Orientador

Universidade Tiradentes

_____

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

_____

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

ÁDIA VALÉRIA PRAZERES BRAMONT MATOS

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

RESUMO

Ádia Valéria Prazeres Bramont Matos[1]

A ação de dano moral por abandono afetivo é um assunto novo no Direito Brasileiro e trata da possibilidade de um filho ser indenizado monetariamente pelo pai diante do mau desempenho das suas funções, dentre elas a ausência de afeto e convívio. Este assunto tomou visibilidade quando o Superior Tribunal de Justiça, mediante acórdão proferido pelo Ministro Fernando Gonçalves, relator do REsp nº 747.411 – MG decidiu pelo não acolhimento da indenização por danos morais e, recentemente, a Ministra Nancy Andrigh relatora do REsp nº 1159242 – SP assegurou ser legal a exigência de dano moral por abandono afetivo. O presente trabalho utiliza o método indutivo de pesquisa bibliográfica, constituída de livros jurídicos, de Psicologia, artigos científicos, precedentes jurisprudenciais, bem como os pontos de vista de diversos estudiosos, tendo como objetivo estabelecer o paradigma sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo e o direito a indenização por Dano Moral Afetivo. Descrever sobre a possibilidade de pagamento de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo dos pais para com os filhos, destacando os novos entendimentos sobre a famíliae o afeto nas relações familiares decorrentes das alterações trazidas no Código Civil de 2002, identificando instrumentos jurídicos que alicerçam esse direito, além de demonstrar a possibilidade de comercialização de direito afetivo, analisando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Assim, resta, portanto, nesta pesquisa uma preocupação com a relação paterno filial, ou seja, o bem-estar do pai com seu filho do que com o efeito compensatório da indenização por dano moral.

Palavras-chave: Dano Moral. Indenização. Abandono. Afeto.

1INTRODUÇÃO

Há pouco tempo atrás, por volta de duas décadas, era difícil imaginar que seria possível relacionar os termos “dano moral” e “Direito de Família”. Após o advento da Constituição Federal da República de 1988, que deu novo conceito à família e elevou a dignidade da pessoa humana ao ápice dos direitos fundamentais, as relações familiares sofreram um fenômeno conhecido como despatrimonialização, focando principalmente na pessoa de seus membros e no afeto. A consequência disso foi que, a partir daí, surgiram demandas em relação a possíveis violações a essa tão protegida dignidade humana, inclusive na esfera afetiva. No entanto, as ações ajuizadas a título de danos morais nas relações afetivas permaneciam no âmbito conjugal, pois a ideia de que pudesse haver uma lide entre pais e filhos era um tanto repulsiva.

A partir de 2003 o tema passou a ser publicamente debatido, quando um magistrado da Comarca de Capão da Canoa/RS proferiu uma sentença condenando um pai a indenizar a própria filha na quantia de duzentos salários mínimos a título de danos morais, pelo suposto abandono afetivo. Contudo, este assunto tomou maior visibilidade em 2006, quando um pai

[1]Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: avpbmatos@hotmail.com

recorreu ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça do acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que reconheceu pela responsabilização civil decorrente do abandono afetivo de seu filho. A Corte, apesar da divergência entre os Ministros da Quarta Turma, reformou o V. acórdão, entendendo pela impossibilidade da referida indenização. A questão foi levada, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, o qual manteve o entendimento do STJ, sob o fundamento de que a nossa legislação já prevê punição específica de perda do poder familiar aos pais que abandonam os filhos.

Embora o tema ainda seja causa de estudos e muita divergência pela doutrina e o Superior Tribunal de Justiça ter decidido de forma diversa em duas ações, interpreta-se que pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo, seria uma forma de monetarizar o afeto, a convivência familiar ou de dar preço ao amor

A condenação de pai ou mãe que abandonam seus filhos já está prevista com a perda do poder familiar. O amor não é um sentimento que se possa dar um preço, ninguém será capaz de cuidar e dar amparo a quem não conhece ou nutre sentimento de afetividade. Para os psicólogos não tem medida que possa ser monetarizada, pois não se pode medir o valor de um sentimento.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova interpretação ao Direito brasileiro, os valores sociais foram de importância relevante para a configuração de uma nova linguagem e interpretação de valores que permeiam a sociedade. Com isso, todos os ramos do direito se reestruturaram no sentido de acompanhar esse desenvolvimento. O Direito Civil não foi diferente, tendo em vista que o antigo código patrimonialista deu lugar ao novo Código Civil de 2002, acompanhando a nova ordem social, promovendo mudanças e seguindo os princípios constitucionais. Nas palavras do ilustre Paulo Lôbo: “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”[2].

Em virtude dessa nova interpretação do direito civil, a Constituição Federal tornou-se também uma verdadeira carta de princípios, de forma que dá eficácia a todas as normas de direito e as garantias fundamentais fortalecendo no direito das famílias a atual concepção de família e as suas inúmeras formas de manifestações.

Cabe salientar, que é difícil mensurar ou quantificar todos os princípios presentes no direito de família, já que, além daqueles previstos de forma expressa na Constituição Federal

[2]LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 17 maio 2015.

de 1988, existem os princípios constitucionais implícitos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

É importante priorizar, inicialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é o mais universal de todos os princípios, sendo, portanto um macroprincípio. É com base neste princípio que os demais se irradiam. Este coloca a pessoa humana no centro de proteção do direito, provocando a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos.

Segundo Paulo Lôbo a dignidade da pessoa humana é "o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade"[3]. Kant definiu dignidade ao dizer que:

> No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalência, então tem ela dignidade.[4]

Neste sentido, a família tem como função o desenvolvimento e a aplicação da dignidade das pessoas humanas que a ela integram, traduzindo-se como ponto de partida para uma vida salutar, em consonância com os preceitos que efetivam a harmonia e a solidariedade.

Outro princípio presente no direito de família é o da liberdade às relações familiares, o qual, segundo Paulo Lôbo:

> [...] diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.[5]

Todavia, ressalta Paulo Lôbo que o princípio da igualdade não pode apagar as diferenças naturais e culturais que há entre homens e mulheres, entre o casamento e a união estável, por exemplo, pois eles são diferentes. Entretanto, tal diferença não pode legitimar um tratamento jurídico diferenciado.[6]

Há também, o princípio da solidariedade familiar que segundo Paulo Lôbo "resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver

[3]LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 37.

[4]KANT, Immanoel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

[5]Ibidem, p. 46.

[6]LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 44.

a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade".[7]

Este resta presente na Constituição Federal de 1988 quando, por exemplo, impõe aos pais o dever de assistência aos filhos, assim como também, quando prevê o amparo às pessoas idosas, dentre diversas outras aparições em nossa legislação.[8]

Também integra o princípio da proteção integral a criança, adolescente e idoso, o rol dos princípios de direito de família. Este consagrou os direitos de crianças, adolescentes e idosos como direitos fundamentais, dando maior proteção a quem se encontra em situação de vulnerabilidade e fragilidade.[9]

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter inserido o afeto no seu âmbito de proteção, o termo afeto não se encontra expresso no texto constitucional. Todavia, o reconhecimento da união estável e a igualdade entre filhos biológicos e sócio-afetivos nada mais são que exemplos da consagração do afeto como direito fundamental.[10]

Surge assim o princípio da afetividade que segundo Paulo Lôbo:

> [...] é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.[11]

Ou seja, resta reconhecido constitucionalmente que a família evoluiu de forma que não expressa apenas os laços naturais de consangüinidade, mas sim o fato cultural da afinidade.

Paulo Lôbo sustenta a existência do princípio da convivência familiar, que segundo ele é "a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum."[12]. Porém, o autor ressalta que não necessariamente trata-se de mesmo espaço físico, lar, moradia, já que nos tempos atuais algumas condições provocam separações de membros da família no espaço físico, mas sem a perda da referência ao ambiente comum.

Por fim, os princípios da convivência familiar, que são reconhecidos tanto pela Constituição Federal de 1988, como pela doutrina e pela jurisprudência, levam a entender de

[7]Ibidem, p. 40.

[8]DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

[9]Ibidem. p. 66.

[10]Ibidem, p. 67.

[11]LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 47.

[12]Ibidem, p. 52.

que maneira a afetividade exerce fundamental importância nas relações familiares. Assim, assistir, cuidar, conviver são fatores que formalizam a família, logo, as relações familiares são formadas especificamente por afeto; indenizações ou monetarização não fazem parte desse círculo que envolve relações familiares.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

Os pais são aqueles que emprestam seu nome na certidão de nascimento do filho, passando assim a possuir direitos e obrigações, como por exemplo, o sustento, à guarda e a educação. Entretanto, tal conceito vem sendo ampliado, em virtude da visão dos pais não terem mais apenas uma função biológica, mas também uma função social. Portanto, os pais não seriam somente aqueles que eram donos do material biológico que deu origem à criança, ou seja, genitores, mas aqueles que cuidassem dela, ou seja, a educassem, sustentassem, guardassem etc.

Desta forma, os pais têm uma função social, ou seja, não apenas biológica, a própria legislação já determina que pais não são apenas fruto de laços sanguíneos, mas também das relações de afeto especialmente nos casos de adoção que segundo o art. 227 § 6º da Carta Magna assegura aos filhos fora do casamento, adotados ou não os mesmos direitos.

Assim os pais tem sua função fundada no afeto, no prazer de amar e educar seus filhos, não tendo tão somente a obrigação de manter, mas o prazer de amar.

3.1 Responsabilidade Civil dos Pais para com os Filhos

Cumpre, antes de adentrarmos na responsabilidade civil, conceituar a palavra "responsabilidade", que como ensina Rui Stoco "a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos."[13]

De forma mais objetiva, José Afonso da Silva conceituou responsabilidade civil como obrigação de reparar os danos e prejuízos causados a outrem, sejam eles de natureza moral ou patrimonial.[14] Seguindo este posicionamento, que também é o adotado pela doutrina nacional majoritária, Maria Helena Diniz define responsabilidade civil como a "aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal"[15]

---

[13]STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo:2007, RT, p. 89.

[14]SILVA, José Afonso da.**Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 620.

[15]DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 7, p. 30.

Neste sentido temos no Código Civil de 2002, no Título IX, Capítulo I a previsão da indenização:

> 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.

O Novo Código Civil de 2002 trouxe, portanto, a previsão da obrigação de indenizar na responsabilidade civil. Observou Sergio Cavalieri Filho que:

> Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade Civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.[16]

A previsão da obrigação de indenizar veio como algo novo, colocada como consequência do ato ilícito, sendo considerada como modalidade autônoma de obrigação.[17]

Após demonstrado, conclui-se que a responsabilidade civil se dá mediante ofensa a um direito de outrem, diante de um ato ilícito civil cometido pelo ofensor. Tais atos ilícitos civis são aqueles que infringem norma de ordem privada e estão conceituadas nos art. 186 e 187 do Novo Código, no Título III, Dos Atos Ilícitos:

> 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.

Com efeito, adentra-se agora na responsabilidade dos pais em relação à criação dos filhos. A Constituição Federal de 1988 deixou claro no seu art. 227, *caput*, quais são os deveres da família, ou seja:

> 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-los a salvo de

---

[16]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 04.

[17]STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 173.

> toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim sendo, resta claro o dever da família, mais especificamente do pai e da mãe assegurar a criança tudo que ela necessita para se desenvolver de forma saudável. Tal proteção a criança, não é apenas dada pela Constituição Federal, mas também pelo Código Civil de 2002 como resta demonstrado a seguir:

> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
>
> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
>
> I - dirigir-lhes a criação e educação;II - tê-los em sua companhia e guarda;III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Esta proteção às crianças também foi contemplada no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispôs sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A partir de tais dispositivos, temos em suma que é dever dos pais manter convivência com os filhos, assim como assegurar a eles, um ambiente saudável, que possa lhe proporcionar um desenvolvimento psicológico e social.

Resta, portanto, configurado a obrigação de cuidado, de assistência. O descumprimento dessa obrigação, qual seja: ação ou omissão mais o dano, baseando-se nos conceitos acima expostos tem como consequência a responsabilidade civil dos pais.

Neste ponto, temos a simples aplicação da norma vigente, onde se encontram presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, ou seja: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Este é o entendimento adotado pelos filhos, os quais sofreram danos devido à ausência dos pais, ao recorrerem ao judiciário em busca da compensação então devida.

Estamos, neste caso, adentrando no âmbito do Direito de Família, no qual a extensão da indenização dos danos não materiais não deve ser analisada de forma tão objetiva, as questões que envolvem família tem características próprias, uma vez que envolve relações afetivas.

4 DANO MORAL

A teoria do Dano Moral é antiga, teve suas primeiras aparições nos Códigos de Manu e Hammurabi, depois passou pelo Direito Romano e desenvolveu-se na França. A aceitação desta sofreu muita resistência e é recente no cenário jurídico brasileiro. Sua primeira aparição no cenário jurídico brasileiro ocorreu no Código Civil de 1916 de forma tímida e esparsa. Após um tempo apareceu na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) e no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) de forma apenas exemplificativa. Foi apenas na Constituição Federal de 1988 que o dano moral foi expressamente aceito, sendo considerado como garantia fundamental, ou seja, cláusula pétrea, portanto imutável, segundo art. 60, § 4º, da Carta Magna.[18]

Foi com o advento do art. 5º inciso V e X da Constituição Federal de 1988 que o dano moral tornou-se constitucionalmente protegido. Assim cumpre citá-la:

> TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais
>
> CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;[...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Atualmente, nas lições de Rui Stoco, danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, sendo estes, direitos da pessoa sobre ela mesma[19]. É, portanto, necessário para o entendimento deste estudo a conceituação de dano moral, sua função e suas hipóteses de incidência.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercial redutível em dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima de pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.[20]

Neste sentido, segundo Cavalieri filho o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza

[18]STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1680.

[19]STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1630.

e sofrimento, seu alcance foi estendido a todos os bens personalíssimos. Assim sendo o dano moral atualmente se difere do patrimonial, por este alcançar a esfera psíquica e os direitos personalíssimos do ofendido, e não sua esfera patrimonial, esta é, portanto, a diferença que marca as discussões e controvérsias no mundo jurídico.

O civilista Walter Moraes expressa bem este entendimento na Apelação 113.190-01, do TJSP, o qual foi relator e a qual foi citada por Rui Stoco em seu trabalho, como sendo uma das melhores explicações para a finalidade de dano moral:

> O que se chama de "dano moral" é não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houve diminuição no patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação; e logo será supérflua a figura do dano moral. **Vale dizer que dano moral é tecnicamente, um não dano, onde a palavra "dano" é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico) na pessoa, mas não no patrimônio. A indenização pelo dano moral tem aspecto absurdo porque não havia dano nem, por conseguinte, diminuição no patrimônio**. E o dinheiro que o devedor paga nada indeniza. **O dinheiro pago, por sua vez, não poderia recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada.** Não há correspondência nem possível compensação de valores. Os valores ditos morais são de outra dimensão, irredutíveis ao patrimonial. Daí que na indenização por dano moral não há nem indenização nem dano, e nem sempre é moral o mal que se quer reparar, pois o termo "moral" segue o uso da doutrina francesa, onde moral se diz tudo quanto não é patrimonial ou econômico nem material, como se o econômico e o físico não entrasse no campo da moral. Daí também a necessária explicação do fenômeno no sentido de que a indenização por dano moral obraria como medida consolatória para a vítima de um mal irremediável no seu gênero. Há algo de compensação, mas de compensação realmente não se trata, porquanto não há termo ou medida de equivalência. Tampouco **se trata de pena, já que as penas, também as civis, operam muito mais como medidas repressivas e muito menos como soluções reparatórias. Terceira consequência de tal singularidade é que o dito "dano moral" não é indenizável a não ser nas hipóteses em que o introduz a lei no ordenamento de modo expresso** [...][21](grifo do relator Walter Morais).

Este modelo de dano como já dito se encontra reconhecido tanto na legislação, quanto na doutrina. Encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso V e X. No seguimento do mesmo caminho, o Novo Código Civil, expressamente em seu art. 186 determinou que a indenização originada por ato ilícito é devida, mesmo que o dano causado seja apenas moral.

---

[20]GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 55.

[21]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AP 113.190-1. Relator Walter Morais. RT 650/65 apud SOTOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1681.

Neste contexto, não seria qualquer ofensa que daria ensejo ou o direito a indenização por danos morais.

4.1 Da Dificuldade de Identificação, Constatação e Mensuração do Dano Moral

Por tratar-se de um dano não patrimonial, o dano moral é de difícil visualização e comprovação. Não existem meios, formas, padrões que devam ser seguidos para uma fiel constatação da existência do dano moral.

O entendimento de que o dano moral existe, é juridicamente protegido e gera indenização, restando, portanto, pacificado. A fim de sustentar tal entendimento Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citam Zulmira Pires de Lima ao trazer algumas objeções quanto à aplicabilidade de indenização por dano moral sustentando que neste há:

> 1.º Falta de um efeito penoso durável; 2.º A incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; **3.º A dificuldade de descobrir a existência do dano**; 4.º A indeterminação do número de pessoas lesadas; 5.º A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; **6.º A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro**; **7.º O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz**; 8.º A impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação.[22](grifo da autora).

Entende Rui Stoco que apesar de o dano moral não exigir comprovação de forma direta assim como o dano material, exige sim uma demonstração de existência que pode ser extraída do histórico de vida da pessoa, do seu comportamento, de circunstâncias externas que a afetaram e da experiência comum.[23]

Ademais, Rui Stoco conclui dizendo que:

> [...] o dano moral em si, porque é imaterial, não depende de prova ou de aferição do seu *quantum*. Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, em face das circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu *vultus*, seja ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante.[24]

Conclui-se, portanto, que mesmo havendo a desnecessidade de prova, o dano moral não é conhecido apenas devido à alegação do ofendido, é necessário passar por uma análise pelo julgador, que mediante regras de boa prudência, do bom-senso prático e da ponderação das realidades da vida configurará a existência ou não do dano moral.

Outro entrave acerca da comprovação do dano moral, que também é uma crítica atual

---

[22]GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 68.

[23]STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1716.

[24]Ibidem, p. 1716.

dos doutrinadores ao Código Civil de 2002, é à ausência de critérios para a fixação da compensação por dano moral, assim como a ausência de disciplina específica nessa área. Este problema preocupa também o Superior Tribunal de Justiça, que, para maior fiscalização do *quantum* reparatório, entende por ser competente para rever e fixar o *quantum* do dano moral em sede de recurso especial.

Todavia, entende Rui Stoco que a omissão do Código Civil de 2002 acerca do dano moral não acarreta qualquer prejuízo a proteção daqueles direitos assegurados na Carta Magna, pois apesar de encontrarem-se insatisfatoriamente protegidos, estes se encontram assegurados nesta lei, assim como em outras leis especiais.[25]

Ademais, existe a discussão acerca do real objetivo da indenização monetária no caso de dano moral. Para a grande maioria dos doutrinadores o objetivo da indenização no caso de dano moral é mitigar a dor sofrida pela vítima devido ao ato ilícito que atingiu, sabe-se que o dinheiro não compensa dor alguma, porém, pune o infrator. Para Antônio Jeová Santos:

> [...] o montante que serve ao ressarcimento do dano moral situa-se no plano satisfativo. A vítima receberá uma quantia no intuito de que o emprego do dinheiro possa proporcionar alguma satisfação que mitigue, de algum modo, a dor causada pelo ato ilícito contra ela cometido [...] [26]

No caso de danos morais por abandono afetivo, por tratar-se de relações entre pessoas íntimas, entre parentes, o não alcance do objetivo da indenização pode não ser o maior entrave. A possibilidade de um afastamento ainda maior entre as duas partes pode fatalmente acontecer, e o objeto do dano moral perderia todo seu alcance, já que o sofrimento não iria ser cessado.

Nasce, portanto, a discussão sobre a real função da indenização por dano moral. Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a função compensatória da indenização por dano moral, entretanto existe divergência quanto à existência ou não de uma função punitiva.

Humberto Theodoro Júnior é crítico em relação ao caráter punitivo da indenização por dano moral, pois entende que uma pena civil no direito brasileiro só pode ocorrer se houver previsão e autorização legal. Ou seja, se não há regra que trate do dano moral como pena, o seu cálculo deve se basear apenas na dor sofrida pela vítima e na gravidade da culpa do agente.[27]

Dessa forma, para ele:

> Inserir no cálculo desta sanção um plus para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é avançar um terreno que toca, ordinariamente, ao direito civil disciplinar, mas ao direito público por meio de

[25]Ibidem, p. 1684.

[26]SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 179.

[27]THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 60.

> legislação especial e adequada, com propósitos muito diferentes dos que o direito privado persegue.[28]

Ademais defende que a transformação da indenização por dano moral em pena, sem que nenhuma lei autorize, ofende a garantia constitucional do *nullopoenasine lege*, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, prevista no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.[29]

Por fim, salienta que é repudiado por todos os ordenamentos jurídicos o enriquecimento sem causa, e que o difícil dimensionamento econômico do dano moral não pode dar margem a isto nem pode servir como pretexto para a ruína do ofensor.

Defende Sérgio Cavalieri Filho que a Doutrina e a jurisprudência, com algumas exceções, admitem hoje a existência do caráter punitivo do dano moral, ao menos em algumas situações. Este é o seu posicionamento, o qual defende que esta função punitiva surgiu como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil, a qual, segundo ele hoje possui duas funções: prevenção (através da dissuasão) e punição (como redistribuição).[30]

Enfim, apesar de continuamente discutido e enfrentando muitos obstáculos, o dano moral encontra-se aceito e aplicado. Entretanto, no caso discutido nesta pesquisa, as dificuldades de alcance do objetivo indenizatório do dano moral são alargadas, pois não se busca apenas a compensação do dano sofrido pelo filho e a punição do comportamento do pai, mas também o efeito dissuasório da condenação objetivando a reaproximação e o bom relacionamento entre pai e filho. Resta, portanto, nesta pesquisa uma preocupação maior com a relação paterno filial, ou seja, o bem estar do pai com seu filho do que com o efeito compensatório da indenização por dano moral.

5 ABANDONO AFETIVO

Conforme Giselda Maria Fernandes Novaes Hironakao abandono afetivo pode ocorrer devido a diferentes situações. Primeiramente há a situação na qual os pais se mostram presentes, porém eventualmente, diante do mal desempenho de sua função e do descumprimento de suas obrigações, podem configurar o abandono afetivo; outra situação é aquela em que os pais se encontram separados e os filhos ficam com a guarda atribuída a um deles, existindo o direito de visita ao outro, que não sendo cumprido gera o abandono afetivo; existem também as situações decorrentes do desconhecimento da existência de prole e ainda as

[28]THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 60.

[29]Ibidem, p. 242.

[30]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 95.

situações de abandono deliberado.[31]

Acerca do abandono moral dos genitores, Madaleno (2009, p. 310) disserta:

> Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado. [63]

Este estudo aborda, apenas, os casos de abandono afetivo gerados pelos pais que se encontram separados e os filhos ficam com a guarda atribuída a um deles, existindo o direito de visita ao outro, que não sendo cumprido gera o abandono afetivo. Bem como os casos de abandono afetivo deliberado, por escolha do pai, independentemente do pagamento de alimentos.

O abandono afetivo caracteriza-se com o descumprimento pelos pais da garantia constitucional previsto no art. 227, *caput* da Constituição Federal de 1988, ou seja, o dever de "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade [...], à dignidade, [...] e à convivência familiar e comunitária [...]"[32].

Com o fundamento de que o descumprimento de tais obrigações acarreta danos aos filhos e configura na forma do art. 186 do Novo Código Civil de 2002, ato ilícito, já que segundo este "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."[33]. Além do disposto no art. 927 do mesmo dispositivo legal que prevê que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"[34], se iniciou à procura ao judiciário para pleitear ações de danos morais por abandono afetivo.

Para Maria Berenice Dias "[...] é só isso que o amor deveria gerar: o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz [...]"[35], mas infelizmente não é assim, isto porque há uma tendência atual de o instituto da responsabilidade civil ser ampliado devido ao desdobramento dos direitos de personalidade que gera consequentemente o aumento de ofensas a tais direitos.

---

[31]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Site do IBDFAM. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br. Acesso em:10 junho. 2015

[32]CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. art. 227, caput

[33]NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002. art. 186, *caput*.

[34]NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002. art. 927, *caput*.

[35]DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

Seguindo este raciocínio, para tal autora e para a corrente majoritária a ampliação do instituto da responsabilidade civil acaba por ampliar o conceito de abalo moral, alastrando-se, tal tendência, até mesmo para o Direito de Família.

Segundo a autora "[...] a busca de indenização por dano moral transformou-se na panacéia para todos os males [...]", explica que a tendência é tentar migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito das relações de afeto, já que no direito de família o objeto não é a vontade e sim o afeto.

Entretanto, foi com o Recurso Especial nº 757.411 de Minas Gerais que a Ação de Danos Morais por Abandono Afetivo tomou maior visibilidade, já que foi o primeiro caso, acerca deste assunto, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Recurso Especial mencionado foi originado devido a uma ação ordinária movida pelo filho contra o pai, em que este sustentou que o pai não prestou o dever de assistência psíquica e moral, além de ter sido culposamente omisso com o filho causando dor e humilhações.

Em contrapartida o pai aduziu que a demanda originou-se devido a insatisfação da mãe do filho com a ação de revisão de pensão, que tem como objetivo reduzi-lo. Argumentou ainda que até 1989 manteve contato constante com o filho, só que devido a interferências da mãe o convívio deste com o filho tornara-se impossível. Alegou ainda, que devido a várias viagens a trabalho e a moradia na África do Sul dificultou ainda mais o contato com o filho. Ademais, ressaltou que apesar da ausência na formatura ou na aprovação do filho no vestibular demonstrava incentivo pelo telefone.

Em primeira instância o recurso foi desprovido, o filho recorreu e a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais condenou o pai ao pagamento de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Inconformado o pai interpôs o supracitado Recurso Especial.

Diante do exposto os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram pelo provimento do Recurso Especial, onde o Relator o Ministro Fernando Gonçalves entendeu que o descumprimento de guarda e assistência do pai perante o filho gera a punição prevista no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1638, inciso II do Código Civil, qual seja: a perda do poder familiar, antigo pátrio poder. Sustentou que a perda do poder familiar tem função punitiva de dissuasória, mostrando que o Direito e a Sociedade não aprovam o abandono. Ademais, levantou questões importantes, como a possibilidade de a criança estar nutrida pelo rancor da mãe com o ex-companheiro, como também a possibilidade de a condenação de indenizar afastar ainda mais a relação paterno filial entre os dois indivíduos. Desta forma, optou pelo não reconhecimento da possibilidade de incidência de indenização por danos morais, conforme ementa a seguir:

> 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.

Em 2012 a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julga o REsp 1159242-SP de relatoria da ministra Nancy Andrighi, parcialmente provido e condena o pai ao pagamento de R$200.000,00 por não ter cumprido o seu dever de cuidar:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO.
>
> COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes àresponsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, 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.

Para a ministra não existem restrições legais às regras de aplicação de Responsabilidade Civil ao Direito de Família e que a omissão do ato de cuidar é inerente ao art. 227 CF/88. Sustenta ainda que o descumprimento da obrigação de cuidar caracteriza ato ilícito por omissão, portanto passível de condenação civil.

6 CABIMENTO DE AÇÃO DE DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO

Devido à importância das relações familiares tanto para cada indivíduo como para a sociedade como um todo que o cabimento de ação de danos morais por abandono afetivo deve ser analisado com cautela, pois estamos tratando de relações que são eternas.

Francisco Alejandro Horne ao tratar do conflito entre o princípio de liberdade do pai e o princípio da solidariedade familiar e da integridade psíquica do filho entendeu que o princípio da liberdade não pode ser visto de forma geral, portanto dividiu-o em liberdade material e liberdade afetiva. Assim como o dividiu em duas expressões: de ordem objetiva, ou seja,

mensurável, donde deriva direitos e deveres aos quais o sujeito está obrigado a cumprir, e de ordem subjetiva, que é imensurável, referente ao afeto, sendo este uma liberdade inconsciente do sujeito independendo de sua vontade.[36]

Sendo que para o autor o princípio da liberdade do pai se sobrepõe ao da solidariedade familiar e da integridade psíquica do filho, pois:

> A liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho.[37]

Nesta linha de pensamento, segundo o autor, o afeto não pode ser cobrado, porque o não cumprimento do dever de pai não gera um dano juridicamente indenizável, já que outros elementos podem realizar as funções paternas. Assim como monetarizar o afeto, seria monetarizar o amor, e ao quantificá-los outras situações poderiam vir a ensejar responsabilidade civil, de modo que o judiciário invadiria o campo afetivo, vindo a determinar a ocorrência ou não do afeto o que corresponde ao campo do subjetivo.

Entende, ainda, que é preciso demarcar o limite de intervenção do Direito na entidade familiar para que as normas estabelecidas por ele não interfiram em prejuízo da liberdade do ser sujeito.

Maria Celina Bodin Moraes ao tratar de afeto, ética, família e o Novo Código Civil enfatiza a imperfeição do ser humano e trata da atual tendência a vitimização, a qual acarreta a responsabilização excessiva. Desta forma, a autora demonstra preocupação acerca da extensão da responsabilização, já que o que seria mero dissabor da vida, hoje acarretaria um dano, e um dano indenizável. [38]

Entende ainda que o pagamento de uma indenização em casos específicos onde ocorra sofrimento e consequentemente o dano dentro das entidades familiares traria mais sofrimento a ambas as partes, bem como acenderia a cobiça entre elas, na intenção de tirar dinheiro desta situação. Ressaltou que no caso da responsabilidade civil nas relações paterno filiais a abordagem deve ser um pouco diferente já que este caso não se fundamenta na liberdade e na igualdade como no caso conjugal, mas sim na responsabilidade.[39]

[36]HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**.Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 junho 2015.

[37]HORNE, Francisco Alejandro.**O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**.Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 junho 201.

[38]MORAES, Maria Celina Bondin. **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro:** Danos Morais e Relações de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 400

[39]MORAES, Maria Celina Bondin. **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro:** Danos Morais e Relações de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 413

Por fim, a autora levanta uma reflexão, na qual pergunta como poderíamos evitar o avanço da lei do mercado no âmbito das relações existenciais, evitando que os sentimentos se tornem mercancias? E mais uma vez respondeu que "o Direito de Família tem seus próprios remédios e estes é que devem ser fortalecidos".[40]

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou acerca da indenização no caso de abandono afetivo no julgado do REsp 757.411 de Minas Gerais, onde o Relator o Ministro Fernando Gonçalves sustentou preliminarmente que é de difícil definição quais seriam os danos extrapatrimoniais que poderiam ser reparados mediante pecúnia, já que a definição e aplicação dos danos morais são alteradas constantemente devido a dinâmica social.

Ademais, completou relembrando que no caso injustificado do descumprimento de seus deveres, a legislação prevê punição aos pais mediante a perda do poder familiar, previsto tanto no Código Civil, como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta forma, a função punitiva e dissuasória são alcançadas por esta punição, não sendo necessária outra, ou seja, a de pecúnia.

Acrescentou ainda, a existência de algumas dificuldades desta medida, já que em certos casos o ex-companheiro nutre a criança de ódio devido à separação, bem como pode alimentar uma ambição financeira sobre o ex-companheiro. Além do fato de que a indenização pode não alcançar seu fim, que é o de reparar um dano causado. Por fim, argumenta que a frágil relação paterno filial existente pode ser agravada após uma sentença condenatória, afastando ainda mais pai e filho.

Neste sentido, entendeu o relator que a indenização por dano moral não se satisfaria com a reparação financeira, pois a pensão alimentícia já cumpria esta função, não satisfaria o efeito punitivo e dissuasório ao qual a perda do poder familiar já alcançou, bem como poderia por fim em definitivo na relação entre pai e filho. Desta forma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pelo não reconhecimento do abandono afetivo como ensejador de dano indenizável.[41]

Em seguida Ministra Nancy Andrigh relatora do REsp nº 1159242 – SP assegurou ser legal a exigência de dano moral por abandono afetivo, vejamos um trecho do voto:

> [...] 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.**Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração

---

[40]Ibidem, p. 414.

[41]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. REsp 1159242/SP. Rel. Min. Nancy Andrigh, acórdão em 24.04.2012.

> da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **"(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)".**Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.**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.**O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese 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. (grifo da relatora Nancy Andrigh).

No entendimento da Ministra, os pais não tem obrigação de amar, para ela o amor paira no campo subjetivo, portanto indisponível de responsabilização. O dever civil de cuidar é uma obrigação constitucionalmente definida.

Concorda com tal posicionamento Giselda Hironaka ao sustentar que os pais têm grande importância na vida de uma criança, na sua educação, estruturação como pessoa, inclusão no convívio social, para suprir suas necessidades afetivas, na sua identificação como ser humano e como um ente de uma família. Afirma, então, que a relação paterno filial não é igual à relação de conjugalidade, que pode ser transitória, e sim perpétua.

A autora discute se alguém é obrigado a amar outra pessoa, e se este amor tem preço, e responde dizendo que:

> [...] é certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoal [...].[42]

Todavia, a autora alerta para o perigo de haver a monetarização do afeto, transformando o abandono afetivo em uma indústria indenizatória do afeto, mas não altera seu entendimento e acredita que:

> [...] a indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom sendo, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de

[42]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos:** além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 27 maio 2015.

> um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares [...].[43]

Corrobora com tal entendimento Rui Stocco, o qual defende o cabimento da ação de danos morais por abandono afetivo, porém observa que o reconhecimento de tal responsabilidade não pode acarretar na criação de uma indústria de ações judiciais de filhos contra os pais. No mais, defende que a forma de combater tal industrialização do dano moral é que:

> Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e *ictuoculi*, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar.[44]

Rodrigo da Cunha recentemente, publicou um artigo no Instituto Brasileiro de Direito de Família no qual sustenta que o abandono afetivo tem uma importância jurídico política e social já que este abandono acarreta várias disfunções familiares em milhares de crianças. Bem como, entende que a indenização por abandono afetivo tem sim função reparatória e pedagógica, devendo ser aplicada para que surja um novo pensamento jurídico e uma nova conduta familiar, baseada na responsabilidade, inclusive afetiva. [45]

Destarte o exposto acima, existem, portanto, duas correntes acerca do assunto, cabe ao julgador entender tais posicionamentos, e interpretar com exatidão o que a Constituição Federal pretendia pregar ao dispor em seu art. 227, *caput*, que:

> [...] 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, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...].[46]

Bem como, cabe interpretar quais seriam as sanções cabíveis no caso de haver o descumprimento de tais deveres.

Hiasminni Albuquerque Alves Sousa entende que as questões familiares precisam ser tratadas com muita cautela, uma vez que envolvem sentimentos:

> Lidar com a questão do abandono afetivo é algo perigoso, porém de extrema relevância, ao passo que a reparação civil entra na esfera do Direito de Família a

[43]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos:** além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 27 maio 2015.

[44]STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 946.

[45]PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, responsabilidade e o STF**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> . Acesso em: 11 junho.2015.

[46]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

> fim de aplicar uma sanção àqueles que descumprem os princípios fundamentais inerentes às relações familiares no intuito de estabelecer não somente uma punição aos que descumprem tais preceitos, mas no sentido de se buscar a valorização da afetividade, ao passo que o afeto tornou-se um bem jurídico inerente à dignidade da pessoa humana de forma tal que enseja a tutela do Judiciário. Destarte, não foge à razoabilidade concluir que o Direito não pode fechar os olhos diante a falta de afeto ou do desamor [47].

Tal posicionamento, confirma que o Direito não pode fechar os olhos para a falta de afeto ou desamor e entende a necessidade de se tratar questões familiares com cautela, na busca da valorização do sentimento.

7 CONCLUSÃO

É necessário restabelecer a parentalidade responsável, provocar uma mudança de cultura numa sociedade onde muitos pais só exercem a paternidade nos finais de semana, quando o fazem, negligenciando seus filhos, preterindo-os muitas vezes, em favor dos filhos de sua(seu) nova(o) companheira(o). O que se deseja com estas ações de indenização é a conscientização da sociedade para o correto desempenho das funções paternas, de acordo com os ditames estabelecidos pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Defende-se que cabe esta indenização desde que comprovada a conduta nociva do genitor (intencional ou decorrente da negligência ou imprudência), o dano aos direitos da personalidade dos filhos e o nexo entre a conduta e o dano, ou seja, não é qualquer abandono que gera a obrigação de indenizar, sob pena de banalização destas ações. Conclui-se que a reparação nestes casos tem o condão de compensar o filho ofendido, ao passo que representa também uma sanção para o genitor causador do dano e um alerta para outros pais no sentido de desestimular esse tipo de comportamento, prevenindo comportamentos repulsivos por parte de pais faltosos, promovendo com isto, uma nova concepção de família e sociedade.

Por outro lado, é difícil pensar em tratar questões familiares sem envolver sentimentos, o Direito de Família tem peculiaridades, uma vez que via de regra trata de relações que envolvem família e conseqüentemente emoções; em contraponto ao tratar de indenização por dano moral por abandono afetivo também será difícil controlar a indústria da indenização e a monetarização do afeto.

As diferentes formas de família hoje aceitas caracterizam-se tendo o afeto como fonte instituidora das relações familiares. Os laços afetivos são tão ou mais importantes do que os laços biológicos. E é através do afeto que as relações familiares se solidificam harmonicamente. Deste modo o afeto não é um sentimento imposto, convencionado pelas pessoas, e sim um sentimento que decorre naturalmente. Essa tentativa de impor a afetividade

[47]SOUSA Hiasminni Albuquerque Alves, Abandono afetivo: Responsabilidade Civil pelo desamor disponível em http<www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 junho 2015.

entre pais e filhos ou entre quaisquer membros da família destoa do sentido atual de entidade familiar, uma vez que ao se caracterizar o afeto como o princípio norteador das relações familiares não se pode impor sentimento apenas porque existe um vínculo biológico que liga pais e filhos ou outros parentes consanguíneos.

Analisar a possibilidade ou não do pai indenizar o filho por sua ausência é também analisar os deveres que deixaram de ser cumpridos e direitos que foram violados. É certo que ao abandonar ou deixar de dar amor, assistência e companhia direitos e deveres foram violados, nas palavras da Ministra Nancy Andrigh o importante é o dever de cuidar, mas como cuidar de alguém que não se tem afeto? Parece inviável cuidar de alguém que não conhecemos.

O valor pecuniário advindo de uma indenização não devolve ao filho abandonado a convivência, o amor, a companhia, o afeto que ele deixou de ganhar por toda sua infância ou adolescência. A quantia em dinheiro recebida por um filho abandonado não será capaz de resolver problemas existenciais, obrigar alguém a dar a assistência que deveria ter dado para se abster de pagar indenização, jamais terá o condão de transformar o dever em afeto.

Pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico, seria uma forma de monetarizar o afeto, a convivência familiar, ou de dar preço ao amor. O afeto não é um sentimento que pode ser dado um preço. Ninguém pode dar ao outro um amor que não sente, e torna-se pior se compelido a demonstrar através de uma imposição judicial e condenação pecuniária. O amor nasce naturalmente, com o convívio diário, não é algo que se sente do dia para a noite, não sendo viável penalizar alguém pelo fato de não senti-lo.

A condenação de pai ou mãe que abandona seus filhos já tem condenação prevista com a perda do poder familiar. Amor e carinho são valores emocionais, não cabendo, portanto, imposição judicial.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. REsp 1159242/SP. Rel. Min. Nancy Andrigh, acórdão em 24.04.2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. art. 227, *caput*.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Site do IBDFAM. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br. Acesso em:08 junho 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos:** além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 27 maio 2015.

HORNE, Francisco Alejandro.**O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> . Acesso em: 10 junho2015.

KANT, Emanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 12 maio 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bondin. **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro:** Danos Morais e Relações de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, responsabilidade e o STF**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 11 junho 2015.

SILVA, José Afonso da.**Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUSA Hiasminni Albuquerque Alves, Abandono afetivo: Responsabilidade Civil pelo desamor disponível em http<www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 junho 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AP 113.190-1. Relator Walter Morais. RT 650/65 apud SOTOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

LEGAL ASPECTS ON THE MORAL DAMAGES FOR ABANDONMENT AFFECTIVE

RESUME

The action of moral damages for emotional abandonment is a new subject in Brazilian Law and deals with the possibility of a child being monetarily compensated by the father before the poor performance of its functions, including the absence of affection and socializing. This subject took visibility when the Superior Court of Justice by ruling of the Minister Fernando Gonçalves, rapporteur of REsp No. 747 411 - MG decided by the rejection of punitive damages and recently the Minister Nancy Andrigh rapporteur of REsp No. 1,159,242 - SP be assured legal to demand moral damages for emotional abandonment. This work uses the inductive

method of literature, consisting of legal books, psychology, scientific papers, legal precedents, as well as the views of many scholars, aiming to establish the paradigm on Civil Liability for emotional abandonment and entitled to compensation for damage Moral Affective. Describe the possibility of payment of compensation for moral damages in the event of affective abandonment of parents towards their children, highlighting the new understandings about Familiae affection in family relationships resulting from changes introduced in the Civil Code of 2002, identifying legal instruments that underpin this right, as well as demonstrate the marketability of affective right, analyzing the understanding of the Superior Court of Justice. Therefore, it remains, therefore, this research a concern with paternal filial relationship, that is, the welfare of the father with his son than with the offsetting effect of compensation for moral damage.

Keywords: Moral damage. Compensation. Abandonment. Affection.