

ABANDONO AFETIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO A DANO MORAL

Monaliza Vanessa de Brito Gondim Moura Medeiros¹

Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O presente artigo trata do abandono afetivo. O estudo teve por metodologia um estudo crítico descritivo sobre o tema, para tanto foi feita uma análise na legislação, doutrina e jurisprudência. O conceito ampliado de família se baseia na importância do afeto como elemento agregador. É da família o dever de cuidar das crianças e adolescentes. Os princípios constitucionais devem ser garantidos no âmbito do Direito de Família. A ausência do afeto no ambiente familiar traz prejuízos à formação do indivíduo, sendo assim reconhecido o dano. No campo da responsabilidade civil, o abandono afetivo deve ser passível de indenização por dano moral. A guarda compartilhada pode ser uma solução para que o abandono afetivo não ocorra.

Palavras-Chave: Família. A importância do afeto. Abandono. Dano moral. Responsabilidade civil. Guarda compartilhada

ABSTRACT

This article deals with the emotional abandonment. The study has a methodology critical descriptive for analysis of the topic, for the study was analyzed the legislation, doctrine and jurisprudence. The extended family concept is based on importance of affect as aggregator element. It is the duty of the family to care on the children and adolescents. The constitutional principles must be insured in the Family right. The absence of affect in the family environment impairs the formation of the individual, and thus recognized the damage. In the field of torts, emotional abandonment shall be liable to compensation for moral damage. Shared custody can be a solution to that the emotional abandonment does not occur.

Keywords: Family. The importance of affect. Abandonment. Material damage. Liability. Shared custody

1. INTRODUÇÃO

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: monalizava@terra.com.br

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: hbaneto@yahoo.com.br

O presente artigo irá abordar a possibilidade indenizatória em virtude do abandono afetivo dos pais para com os filhos, devido à responsabilidade civil ensejada.

Os temas da reparação civil tem encontrado grande dimensão na jurisprudência brasileira, principalmente na seara do direito de família. Temas controversos têm surgido, não sendo suficiente a legislação vigente para solucionar todos os conflitos que se tem apresentado.

Neste contexto, muitos temas relacionados ao descumprimento de deveres na relação familiar se tornaram relevantes para eventual reparação de danos materiais e morais decorrentes de tal relação.

Com isso, os Tribunais vêm se pronunciando a esse respeito verificando o cometimento de um ato culposo ou doloso, no seio familiar, que haja causado dano material ou moral a um de seus integrantes.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 227, os deveres da família, atribuindo não só a esta como também à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Já o Estatuto da Criança e Adolescente identifica entre os direitos dos menores seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3); como também seu desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 7). Também assegurando o respeito à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais (art. 15). Igualmente lhes garantindo o direito a serem educados e criados no seio de suas famílias (art. 19). Além disso de acordo com o 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.”

Tendo em vista a proteção legal ora falada com vistas a assegurar as crianças e aos adolescentes esses direitos constitucionais, o que leva a uma formação digna e completa, o poder judiciário brasileiro vem discutindo a questão do afeto concedendo decisões inéditas como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), na qual um pai foi condenado a pagar indenização de R\$ 200 mil por abandono afetivo a sua filha. A decisão da ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, se baseou na tese que “*amar é faculdade, mas*

cuidar é dever”, advindo daí a Responsabilidade Civil ensejada pela falta de afeto do pai para com sua filha e a possibilidade da concessão de dano moral devido ao abandono afetivo, tendo em vista as sequelas psicológicas que esse fato gera na formação psíquica do filho abandonado.

Assim, devido à importância da família, como centro das relações sociais, e a discussão levantada atualmente em nosso Poder Judiciário, que trouxe o afeto como direito que deve levar a uma indenização se não for possibilitado, será feito um estudo sobre o tema. Através de uma análise na legislação, doutrina e jurisprudência será demonstrada a responsabilidade Civil e o direito a dano moral por abandono afetivo, com uma discussão crítica sobre o assunto nessas vertentes. Será também estabelecido um paralelo com alguns julgados que não reconheceram esse direito, na tentativa de refutar os argumentos utilizados.

2. O CONCEITO AMPLIADO DE FAMÍLIA E A IMPORTÂNCIA DO AFETO

A ausência do pai ou da mãe na criação dos filhos origina evidente dor psicológica, ocasionando prejuízo à formação da criança e do adolescente decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção, funções psicopedagógicas que o seio familiar proporciona.

De acordo com Maria Berenice Dias 2006 pag 106:

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem omitir-lhes o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do poder familiar.

A evolução da sociedade, a cada dia que se passa, mostra como é de fundamental importância um seio familiar saudável para o desenvolvimento de uma pessoa em formação, tendo em vista que ela levará para vida e para o seu convívio social os valores agregados desde a primeira infância.

Atualmente, não existe mais um modelo único de família, em virtude das múltiplas formas que ela vem se apresentando. O conceito moderno traz a ideia do afeto como vínculo agregador para a construção do seio familiar, tendo em vista que podem ser identificados vários tipos de famílias. De acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias, existem

famílias: monoparentais na qual a entidade é formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4); homoafetivas, no caso famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, já sendo reconhecida juridicamente a união estável nesses casos; anaparentais que seria a convivência de pessoas parenta ou não dentro de uma estrutura com identidade de propósito e eudemonistas que se traduz num conceito moderno no qual a família busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pelo afeto recíproco entre eles. Neste diapasão, de acordo com Stolze e Pamplona 2012 pag 39:

Não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família, tendo em vista a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias.

Destaque para a família eudemonista, que é identificada pelo envolvimento afetivo de seus entes, pois ela se forma pela comunhão de vida, amor e afeto.

Sendo o afeto reconhecido como o elo formador da família, o Direito não pôde ficar estanque a essa temática, evoluindo ao tutelar a relação afetiva, em virtude da sua importância para a formação do cidadão. Todo o moderno Direito de Família gira em torno do Princípio da afetividade.

Neste diapasão, a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, cada vez mais presente no âmbito do direito das famílias, levou ao reconhecimento da obrigação indenizatória por abandono afetivo. Não se trata de impor um valor material para o amor, mas reconhecer a importância do afeto como bem valioso e que merece tutela jurídica.

Além da concretização do dano, com a ausência afetiva dos pais na criação dos filhos, também se configura, na conduta omissiva do pai/mãe, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

Assim, de acordo com os avanços sociais e os estudos das outras áreas do conhecimento, os doutrinadores do Direito de Família começaram a compreender que as demandas dos filhos vão além do reconhecimento de vínculos biológicos ou interesses materiais.

A partir desse entendimento, novas questões começaram a ser levadas aos tribunais por filhos que reconhecem o desafeto e reivindicam a responsabilização de seus pais por esses atos. Um desses caminhos jurídicos tem sido o pedido de indenização por abandono afetivo, que, embora possa ser um instrumento para coibir essa prática, ainda é motivo de muita

discussão e controvérsia entre os profissionais.

É na infância que *“surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência”* é a primeira oportunidade em que se encontra com o “eu”, justamente porque quando *“no ventre materno, fazia parte do ‘nós original’ com sua mãe”* e, próximo aos três anos de idade, a criança *“toma consciência de sua liberdade”*, sentindo-se no *“relacionamento com os pais”*, e *“a si mesma como um indivíduo independente, capaz de opor-se a eles, se necessário. Esta notável ocorrência constitui o nascimento da pessoa no animal humano”* (Cleber apud MAY 2004 pag 3)

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da Constituição de 1988, prevista no artigo 1º, inciso III constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo Estado, de forma a preservar o ser humano. A partir daí decorrem, os outros preceitos. O art. 227 da Constituição Federal de 1988 fez constar expressamente o “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 toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

No plano infraconstitucional o artigo 1.566, IV, do Código Civil, impõe entre os deveres conjugais, o de sustento, criação, guarda, companhia e educação dos filhos. Já os artigos 1.583 a 1.590, do mesmo diploma, falam sobre a proteção dos filhos em caso de rompimento da sociedade conjugal. Além desses, de acordo com o art. 1634, I e II, entre os deveres decorrentes do poder familiar encontra-se o dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e de dirigir-lhes a criação e a educação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente busca regulamentar integralmente a proteção à criança dispondo no art. 3.º que ambos:

... gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Já o art. 22 garante que *“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”*.

Para evitar que os filhos fiquem vulneráveis a situações adversas surgiu a preocupação com os traumas que podem ocorrer em virtude do abandono, desde os primeiros anos de vida, e o afeto ganhou importância fundamental, tendo os pais a responsabilidade legal de proteção, guarda e cuidado para com seus filhos. Para garantir esses direitos, o Estado criou o arcabouço legal já explanado.

Dill e Calderan *apud* Maria Berenice Dias 2007 pag 3, explica que

O princípio da proteção integral de crianças e adolescentes acabaram emprestando nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerente configura infração suscetível à pena de multa.

A questão não se limita no fato de aferir valor monetário para o amor, mas trata de compensar a criança e adolescente de alguma forma possível, tendo em vista o sofrimento ocasionado pelo abandono. A sanção cabível se reveste de uma função pedagógica muito importante, pois mostra aos pais que o afeto faz parte do cuidar, não sendo possível desvincular um do outro.

3. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA NOS CONFLITOS FAMILIARES

De acordo com Tartuce 2013 pag 300, hoje ao se analisar o Direito Privado existe um novo caminho metodológico denominado Direito Civil Constitucional, em que se busca analisar os principais institutos privados não só a luz do Código Civil e de institutos jurídicos importantes, mas também sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e dos princípios constitucionais.

O Direito Civil constitucional, ainda como assevera Tartuce 2013 pag 301:

Nada mais é do que a harmonização entre os pontos de interseção do Direito Público e do Direito Privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de Direito Privado, mas que estão na Constituição, sobretudo em razão das mudanças sociais do último século e das

transformações das sociedades ocidentais. Todavia, destaque-se que, por tal caminho metodológico o Direito Civil não perde a sua identidade.

De acordo com Gustavo Tepedino *apud* Tartuce 2013 pag 302, o Direito Civil Constitucional está amparado em três princípios basilares da Constituição de 1988. São eles: Princípio de Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos do Estado Democrático de Direito; o Princípio da Solidariedade Social, conforme o art. 3.º, I, da CF 1988, que fala ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e o princípio da isonomia, traduzido no art 5º da CF 1988 que diz: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade”.

Aplicando esse Princípio da solidariedade social e também a valorização da Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família, começaram a surgir julgados como o do Instituto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em que foi adotada a tese do abandono paterno-filial. Na decisão em questão, o pai foi condenado a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais, por não ter convivido com o seu filho. No caso, a turma da sétima câmara civil do referido tribunal, embasou a decisão de procedência, pois conforme estudo psicológico realizados nos autos ficou comprovado que o afastamento entre pai e filho, transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para o apelante, interferindo nos fatores psicológicos que integravam sua própria identidade. Até os seis anos de idade, ele tinha mantido contato com o pai de maneira regular, porém com o nascimento da irmã, que nem conhecia, fruto de novo relacionamento do seu pai, este se afastou em definitivo. Ficou demonstrado, que em quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo filho foram frustradas, não desfrutando da companhia e dedicação do seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. Com isso, ficou configurado o dano sofrido pelo filho, em relação à sua dignidade, sendo possível identificar a conduta ilícita praticada pelo pai, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, pela falta de afeto, e o nexo causal entre ambos.

Ementa – indenização danos morais – relação paterno-filial – princípio da dignidade da pessoa humana – princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais dar provimento. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da

Costa Côrtes e dele participaram os juízes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor e José Flávio Almeida, vogal).

Infelizmente, mesmo sendo um retrocesso essa decisão foi posteriormente reformada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas a discussão na doutrina e jurisprudência sobre o direito a indenização por abandono afetivo permaneceu, trazendo novos julgados procedentes a concessão desse direito, demonstrando a evolução sobre o tema. No caso em voga, vale ressaltar que a matéria não foi apreciada, no mérito pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o recurso extraordinário não foi conhecido, sob a alegação de inexistência de violação direta a norma constitucional, não havendo concordância com esse entendimento.

Além dos princípios já explanados, outros princípios constitucionais merecem destaque nessa discussão. O Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, trazido pelo art. 227, § 6º estabelece que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O dispositivo em questão, foi mais um dos avanços que aconteceram com a CF de 1988, pois acabou com a retrógrada distinção que havia entre filhos legítimos ou ilegítimos. A discussão sobre esse princípio se faz pertinente, pois ao se analisar alguns julgados, nos quais foi pleiteando a indenização por abandono afetivo, pode ser constatado que alguns tinham como autores filhos havidos fora do casamento. Como Princípio constitucional que é a igualdade entre os filhos, este deve ser garantido sob todos os aspectos, sendo os pais ausentes responsabilizados a recompensar os filhos que em detrimento de outros, não tiveram a convivência e o carinho dos genitores nas suas vidas. Já que uma vida de ausências não pode ser suprida, pelo menos que o dano moral seja concedido, tendo em vista a ofensa psicológica que esse filho passou, por não receber o mesmo tratamento que os outros. Alguns julgados que se seguem demonstram o entendimento jurisprudencial no sentido de reconhecimento da importância da paternidade socioafetiva. Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO TÃO SOMENTE DA PATERNIDADE BIOLÓGICA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL. O reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, de sorte que até a pessoa adotada tem o direito constitucional de investigar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), sem que a decisão final passe necessariamente pela nulidade do registro, que se sobrepõe à paternidade biológica quando caracterizada a existência do

vínculo afetivo. Caso em que apenas se reconhece o vínculo biológico entre a apelante e o investigado, sem qualquer outra consequência jurídica. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70053501920, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014)

Ementa: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. REGISTRO CIVIL. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. DESCABIMENTO DA AJG. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Se o autor registrou a criança mesmo sabendo da grande probabilidade desta não ser sua filha, e a tratou sempre como filha, mesmo sabendo há mais de 10 anos que não é o pai biológico, pois fez exame de DNA, então não pode pretender a desconstituição do vínculo, pela inexistência do liame biológico, pois foi inequívoca a voluntariedade do ato e não há dúvida alguma sobre a paternidade socioafetiva. 4. Sendo advogado atuante o autor e não estando configurada a condição de hipossuficiência, correta a decisão que revogou o benefício da AJG, que deve ficar reservada às pessoas pobres na acepção legal. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70057460248, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014)

Ementa: APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva, esta relação impera sobre a verdade biológica. Incabível, assim, alteração no registro civil e qualquer repercussão patrimonial decorrentes da investigatória. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054546460, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 17/07/2013)

O primeiro acórdão trata de uma ação de investigação de paternidade, cumulada com retificação do registro civil, ajuizada pela autora contra seu pai biológico. Ao final, a sentença reconheceu a paternidade biológica, porém sem qualquer outra consequência jurídica, tal como alimentos, guarda, visitas e eventual direito hereditário, pois reconheceu a importância da paternidade socioafetiva do pai registral, companheiro de sua genitora, que sempre a tratou como filha o que ficou demonstrado no estudo social feito. O segundo julgado não reconheceu a negatória de paternidade, com o argumento de vício de consentimento, pois foi inequívoca a voluntariedade do ato de registro de nascimento da ré na ação, há 10 anos atrás, e não restou dúvida alguma sobre a paternidade socioafetiva, em virtude do autor já saber quando a registrou que ela não era sua filha biológica. No último julgado, a filha queria ser reconhecida como filha biológica do falecido, tendo direito de ser incluída como herdeira do de cujus. Ficou estabelecido na decisão que a posse do estado da filha pertencia ao marido

da mãe, se tratando do único pai que ela conhecia. Ficou demonstrado assim, à filiação socioafetiva da autora da ação com o pai registral. Defendeu a Des.^a Liselena Schifino “a prevalência da verdade/filiação socioafetiva sobre a verdade/filiação biológica”. Não foi concedida a alteração no registro civil e qualquer repercussão patrimonial decorrentes da investigatória.

Stolze e Pamplona 2012, em sua obra, trouxeram uma análise muito rica acerca do Princípio da afetividade, afirmando que o amor não pode ser definido, pois tal tarefa é muito complexa até para estudiosos, filósofos ou cientista, mas ele pode ser racionalmente delineado e que a sua presença, mas do que em qualquer ramo do Direito, se faz muito forte nas relações de família. O afeto tem uma força elementar para o desenvolvimento humano. O âmbito de aplicação da afetividade no direito de família ganhou muita força hoje em dia na justiça brasileira, sedo o elemento que resolve questões como o reconhecimento das relações filiais sem vínculos biológicos, como é o caso da paternidade socioafetiva por exemplo.

Outro Princípio que merece enfoque é o Princípio da Função Social da família, devido ao importante papel sociocultural exercida por ela, por ser no seu seio que segundo Coelho e Oliveira apud Stolze e Pamplona pag 99 “ocorre o segundo nascimento do homem, ou seja, o seu nascimento como personalidade sociocultural, depois do seu primeiro nascimento como indivíduo físico”. Daí a importância da tutela jurídica do afeto, pois, ainda de acordo com esse autor, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO

No que diz respeito à responsabilidade civil, o art. 927 do código civil de 2002 assevera que: “*Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repara-lo*”. Em virtude disso, para que fique caracterizado o dever de indenizar devem existir alguns pressupostos que segundo Maria Helena Diniz, seria a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresente como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco; a ocorrência de um dano mora e/ou patrimonial causado a vítima e nexo de causalidade entre o dano e a ação, pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano.

Nesse ínterim, a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.

Com isso, surgiu a noção de Responsabilidade Civil que seria *“um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”*. (Cavaliere 2005, pag 24 a 25). No caso, a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. A ideia legal de lesão de direitos está expressa no art. 186 do Código Civil de 2002 que traz em seu bojo: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Responsabilidade Civil segundo Fiuza 2004, pag 300 *“revela um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato”*. Nesse contexto a atos lícitos e ilícitos que geram responsabilidade Civil. Ainda de acordo com esse autor há fatos lícitos como a paternidade e outros que geram responsabilidade num sentido positivo, ou seja, no cumprimento de obrigações decorrentes desses fatos.

Segundo Filho 2004, o instituto da responsabilidade Civil, como ramo do direito das obrigações, deu um salto de quantidade e qualidade a partir da segunda metade do século passado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Responsabilidade Civil, como ciência ganhou *status* constitucional.

O abandono afetivo como casuística da responsabilidade civil nas relações de família, trata-se sem dúvida de um tema muito polêmico, porque muitos enxergam a impossibilidade jurídica do pedido ou a *“monetarização do amor”*. Contudo, o tema implica em uma análise muito mais aprofundada por não se tratar apenas de uma questão pecuniária, pois dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza e o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho. O que se deve observar é que a responsabilidade civil tem uma função social, em virtude da garantia constitucional dos princípios já analisados, que se busca ao reparar quem tem seu direito lesado, e que a fixação dessa indenização tem um acentuado caráter punitivo e pedagógico, tendo em vista as sequelas psicológicas que a falta de afeto, no caso o dano, acarretaram na formação da criança ou adolescente abandonada.

Segundo Stolze e Pamplona 2012 pag 740, um dos primeiros juristas a tratar do assunto foi o talentoso Rodrigo da Cunha Pereira que analisou o primeiro caso a chegar em uma Corte Superior brasileira:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há

razão nenhuma capaz de explicar tal falta (Pereira apud Stolze e Pamplona 2012 pag 740).

Proliferam, atualmente, demandas com o objetivo de obter reparação por danos, mais ainda aquelas que buscam compensação por dano moral, Nesse contexto existem relações que trazem vínculos objetivos, para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas. É o caso da paternidade.

Segundo Cleber 2006:

... apesar da importância que o amor representa para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo atrás, sua relevância na seara jurídica. O fato é que de uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada, desde o advento do código de Napoleão.

Assim, deve haver uma paternidade/maternidade responsável, pois a negativa de afeto, gera diversas sequelas psicológicas, caracterizando ato contrário ao ordenamento jurídico e por isso sancionável no campo da responsabilidade Civil.

Segundo a ministra Nancy Andrighi 2012, em decisão inédita do STJ que condenou um pai por abandono afetivo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

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

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Para a Ministra, o dano moral estaria presente diante da obrigação dos pais de dar apoio psicológico para seus filhos, aplicando para isso a ideia de cuidado como valor jurídico. A Ministra deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, reconhecendo o nexo causal entre a conduta do pai que não reconheceu a filha havida fora do casamento e o dano a ela causado por esse abandono. No caso em questão a autora da ação, Luciane Souza, queria apenas atenção do seu pai o que nunca conseguiu.

Recentemente, agora em 2014 a os ministros da Segunda Seção STJ mantiveram a decisão desse julgado. A maioria dos ministros seguiu o voto do relator do processo, ministro Marco Aurélio Buzzi. No caso em questão, foi mantido o entendimento que o pai tinha o dever legal de cuidar da filha. A defesa alegou na Justiça que o distanciamento ocorreu devido ao comportamento agressivo da mãe. Para o ministro, no entanto, a conduta materna não justifica a ausência do pai.

No STJ, o pai alegou violação a diversos dispositivos do Código Civil e divergência em relação a outras decisões do tribunal. Disse ainda que não havia abandonado a filha e que a única punição possível pela falta em suas obrigações paternas seria a perda do poder familiar.

O Estado tem o dever de punir a omissão ou abuso dos pais no exercício do poder familiar, uma vez que é no seio da família desajustada que nasce o menor infrator, o qual será entregue à sociedade. Dessa forma se faz necessária a previsão de mecanismos para coibir a omissão dos pais quanto aos deveres intrínsecos ao poder familiar.

Dill e Calderan *apud* Maria Helena Diniz 2007 trazem a ideia que a autonomia da família no exercício do poder familiar não é absoluta, sendo cabível, e às vezes salutar, a intervenção subsidiária do Estado. As punições para o descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar vão desde sanções administrativas até a perda do poder família. Neste ínterim a concessão do dano moral por abandono afetivo, seria mais uma punição.

É preciso salientar que para o reconhecimento do direito a indenização por abandono afetivo, cabe ao julgador, diante dos casos concretos, ponderar também no campo do dano

moral, como ocorre no material, à possibilidade do réu na situação fática posta em juízo. Tendo em vista a necessidade de se mostrar que o abandono foi o nexo de causalidade para o dano moral. A prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão, no caso com prova psicanalítica se for preciso para que não ocorra nesses casos uma vulgarização na cocessão desse direito.

A culpa deve ser graduada em razão da gravidade da conduta. Tanto doutrina quanto jurisprudência devem utilizar do grau de culpa no momento da fixação da indenização, ou seja ver em que condições o genitor deixou de prestar assistência afetiva ao seu filho. Ou seja, se houveram situações que favoreceram ao agravamento disso, como o distanciamento ocasionado do pai/mãe que detém a guarda, mas lembrando que nada deve ser usado para justificar plenamente esse abandono.

5. ALGUNS JULGADOS CONTRÁRIOS AO DIREITO A DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

A maior parte da jurisprudência, não reconhece o direito a reparação por abandono afetivo, sob o argumento de não ser possível aferir a culpabilidade, na forma do art. 186 do Código Civil. Contudo, há de se observar também que, na sistemática do novo Código Civil, também comete ato ilícito àquele que abusa do seu direito, ou seja, que, ao exercer um direito, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, com base no art. 187 do mesmo diploma legal. Assim inferindo que, constitui abuso do direito do genitor deixar de cuidar do seu próprio descendente, dando ensejo ao abandono afetivo, que vem a repercutir negativamente no psíquico de outrem, assim havendo a evidente prática de ato ilícito e, consequentemente, o dever de reparar o dano.

Ementa: INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. Inteligência do art. 206, §3º, inc. V, do CCB/2002. 2. O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. 3. O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70056484413, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:

Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/10/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. ABANDONO AFETIVO. EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS NÃO COMPROVADA. ÔNUS QUE INCUMBE À PARTE AUTORA, CONFORME ART. 333, INC. DO CPC. 1. No direito de família, a reparação por danos extrapatrimoniais é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre o ato ilícito e o experimentado. 2. Como ensina a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, somente pode ser reputado como dano moral o vexame, sofrimento ou humilhação que, de forma extrema e fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 3. Não tendo o autor se desincumbido do ônus que lhe competia, conforme o art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, ao deixar de comprovar sobejamente a existência de dano ou sofrimento que venha a autorizar a indenização pretendida, imperiosa a manutenção da sentença de improcedência. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70054858345, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/08/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053030284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 08/02/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXCEPCIONALIDADE DE CADA CASO. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO CABAL DE ATO ILÍCITO. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. CASO CONCRETO EM QUE AUSENTE A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO A ENSEJAR INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade. Não se configura ato passível de ser indenizado, pelo simples fato de ausência de convivência, porquanto se verifica que tal fato decorre de condições atinentes à dissolução da vida em comum, por atos inerentes ao cotidiano. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70044696359, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 28/11/2012)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ALIMENTOS. ABANDONO AFETIVO.

ALIMENTOS. Ainda que comprovado o vínculo de pai e filha entre as partes, os alimentos às pessoas maiores de idade e capazes somente são reconhecidos quando comprovada a imperiosa necessidade. DANO MORAL. Os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, não são indenizáveis por impossibilidade de aferição da culpa. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70050203751, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 22/11/2012)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 206, § 3º, V, DO CC. ALIMENTOS. MAIORIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE. PREQUESTIONAMENTO. 1. A pretensão de reparação civil por abandono afetivo está fulminada pela prescrição, na forma do art. 206, § 3º, V, do CC. 2. O autor não faz jus a alimentos, na medida em que está com 27 anos de idade, possui capacidade laborativa e não demonstrou necessidade extraordinária em receber auxílio material paterno. 3. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058026790, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/03/2014)

O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos se observando que o distanciamento afetivo entre pais e filhos constitui situação capaz de gerar dano, implicando em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo se tratar assim, de mero fato da vida como foi alegado em uma das decisões decisão.

Ao se comprovar a responsabilidade dos pais no abandono e o dano causado por isso no desenvolvimento psicológico e relacionamento do filho em sociedade, o caráter da sanção imposta pela justiça não é apenas pecuniário, mas sim tem caráter pedagógico. Isso porque, de acordo Pablo e Stolze 2013 pag 747 a punição de se impor ao pai e a mãe responsável por esse comportamento danoso, simplesmente a *“perda do poder familiar”* repercutiria como um favor para o genitor que a causou. Se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coercitivamente essa obrigação.

O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo tem a haver sim com as garantias constitucionais elencadas no já falado art. 227 CF, que fala explicitamente que é dever do Estado e da família assegurar as crianças e ao adolescente, dignidade e convivência familiar entre outros, não se constituindo assim em mera pretensão indenizatória, com caráter econômico.

A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, não deve ter uma interpretação restritiva, pois apesar de ser marcado por enorme subjetividade, sendo difícil se identificar o elemento culpa do agente, como explanado pela decisão judicial apresentada, a de se observar que o fato da ausência de convivência, como já falado traz muitos prejuízos a boa formação psicológica da criança adolescente, portanto os pais têm o dever de guarda de seus filhos e o abandono não deve ser verificado como decorrente de meras condições atinentes à dissolução da vida em comum, por atos inerentes ao cotidiano.

Também não há que se falar que *“os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, não são indenizáveis por impossibilidade de aferição da culpa”*. Isso porque em virtude de tudo que já foi de veras explanado, o elemento culpa existe, pois de acordo com Cavaliere 2005 pag 59 *“a culpa pode ser conceituada como a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”*.

No caso o pai /mãe que abandona afetivamente seu filho, embora a consequência seja o dano psicológico que é involuntário, este pode sim ser previsto pelos genitores. Ainda de acordo com esse autor existem três elementos para se caracterizar a conduta culposa: conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Na situação em discussão, podem ser vislumbrados os três elementos caracterizando assim a conduta do genitor que abandona afetivamente seu filho como culposa.

“É inquestionável que, no campo do direito de família, a lei obriga e responsabiliza os pais no que concerne aos cuidados que devem ter eles com os filhos, criando-os, educando-os e dispensando-lhes o afeto necessário à formação da personalidade dos mesmos, com o direito à convivência familiar não sendo um direito dos pais, mas sim um direito dos filhos. A falta desses cuidados, o abandono material e moral, além de violar a integridade psicofísica dos filhos, implica em agressão ao princípio da solidariedade familiar, valores esses que gozam de proteção constitucional. E a violação contínua desses valores faz nascer o dano moral passível de indenização.” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.029067-5, de Guaramirim, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 11-04-2013)

Uma outra particularidade dos direitos de família é a sua natureza personalíssima. Ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho, por exemplo. No caso esse é um direito indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros.

No caso, mesmo que tenha julgados que não reconheçam o direito a indenização por abandono afetivo, devido a prescrição ocorrida, com fundamento no artigo art. 206, § 3º, V, do CC. 2 que diz prescrever em m três anos a pretensão de reparação civil. Considerando o afeto como elemento fundamental para a construção do indivíduo, pode ser defendido o seu caráter personalíssimo, em virtude dos direitos da personalidade podem ser aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. No caso, segundo preceitua Tartuce 2013 pag 392 “constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade, para sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial. Desse modo, esclareça-se que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados.”

6. GUARDA COMPARTILHADA COMO SAÍDA PARA O ABANDONO AFETIVO

No momento que ocorre o rompimento do convívio dos pais com a separação, a estrutura familiar fica abalada. O art. 1583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela lei n. 11.698/2008, conceituou a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

Vários são os dispositivos legais, como já mencionado, que garantem a proteção integral a criança e ao adolescente, revestindo a convivência familiar de uma importância extrema para a criação dos filhos, trazendo o abandono afetivo um mal extremo para o desenvolvimento desses.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves 2011 pag 295 “na guarda compartilhada a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas”. No caso, defere-se o dever de guarda aos dois genitores, possibilitando uma relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

A proposta da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, prevenindo assim futuros abandonos, pois a falta de convívio faz surgir o distanciamento entre pais e filhos por não mais usufruírem do dia-a-dia juntos.

Contudo esse modelo de guarda não deve ser imposto, sendo recomendado sempre que for conveniente para os filhos. No caso, a guarda compartilhada deve ser incentivada.

Faz-se pertinente essa análise tendo em vista na jurisprudência haver casos de filhos reconhecidos após o nascimento que pleiteiam danos morais por abandono afetivo, mesmo após ter a paternidade reconhecida e a pensão alimentícia fornecida, mostrando não ser isso suficiente para preencher suas necessidades, por não ter tido a oportunidade de convívio com seu pai/mãe. Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. IMPROCEDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. Caso de filha reconhecida judicialmente como tal, somente quando já tinha mais de 16 anos, e sem prova cabal e conclusiva a demonstrar que antes disso, o genitor sabia da paternidade. Hipótese na qual, até o reconhecimento da paternidade, mostra-se inviável imputar ao pai qualquer conduta consciente, capaz de gerar a responsabilização material ou moral dele. Após o reconhecimento judicial da paternidade, o pai foi condenado a pagar alimentos à filha, e pagou o que devia (ainda que compelido judicialmente a isso). Situação que afasta a possibilidade de reconhecer qualquer dano por abandono material, do reconhecimento da paternidade em diante. De resto, depois do reconhecimento da paternidade, não consta tenha qualquer das partes feito esforço real e concreto para buscar aproximação ou estreitamento de laços afetivos. E sendo mútua a responsabilidade pela inexistência de relação afetiva entre pai e filha, não há como condenar um a indenizar moralmente o outro. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70046220463, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 16/02/2012).

O acórdão em questão trata-se do pleito a dano material e moral da autora contra o pai que reconheceu a sua paternidade aos 16 anos. O fato do apelado ter efetuado o pagamento dos alimentos fixados quando compelido judicialmente, impediu o reconhecimento de qualquer tipo de dano material. Quanto ao dano moral ficou estabelecido na sentença que o apelado não procurou estabelecer contato afetivo com a apelante após o reconhecimento de sua paternidade. Assim como, ficou demonstrado que a própria apelante não buscou estreitar os laços com o apelado, ou estabelecer com ele algum relacionamento mais próximo. Restou concluído na decisão, que inexistia relação de afeto próxima entre as partes, devido à inércia de ambos em buscar o estreitamento de laços. Com isso, o julgado foi pela improcedência da concessão de dano moral por abandono.

Fazendo uma análise do caso em epígrafe, poderia ter sido reconhecido o abandono afetivo, pois o dever de prestar assistência ao menor é do pai/mãe que tem a obrigação de

cobrir os filhos de afeto, consequentemente cuidado, e não seria obrigação da filha lutar e convencer o pai disso, como ficou estabelecido no acórdão. Se houvesse na oportunidade do reconhecimento da paternidade o estabelecimento de uma guarda compartilhada, a filha talvez tivesse tido a oportunidade de conviver com o pai e não iria resolver essa questão judicialmente. Poderia ter sido uma solução para o caso.

7. CONCLUSÃO

A necessidade de se obrigar o agente, causador de um dano, na sociedade, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. É imprescindível se recompensar quem sofreu a conduta danosa, recolocando quem sofreu a lesão no *status quo ante*.

No caso do abandono afetivo não há que se falar em restabelecer o equilíbrio da situação ou a vítima retornar a situação anterior a lesão, pois as sequelas psicológicas de um filho criado longe do convívio de um pai/mãe ou num ambiente sem afeto vão perdurar.

Como se afirmou no intróito o presente trabalho faz referência ao abandono afetivo e o direito a dano moral. A lei obriga e responsabiliza os pais no que se refere aos cuidados com seus filhos. A ausência do afeto na criação das crianças e adolescentes por parte de seus genitores traz evidente prejuízo à formação psicológica desses, levando a formação de cidadãos comprometidos no que concerne à formação plena de suas personalidades. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a demonstrar a decisiva influência da família para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Com isso, não mais é possível se ignorar essa realidade, se traduzindo no fato de que a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. O sentimento de abandono e de dor pode refletir negativamente no resto da vida da criança e adolescente.

Na atualidade, não há que se falar em um modelo único de família, tendo em vista as múltiplas formas apresentadas. O conceito ampliado traz a ideia do afeto como vínculo agregador para a construção do seio familiar, daí a importância de sua proteção jurídica.

A Constituição Federal de 1988, tendo como Princípios basilares a dignidade da pessoa humana, a Solidariedade Social e a Isonomia proporcionaram uma nova forma de análise dos institutos privados. O Código Civil de 2002 passou a ser aplicado de acordo com esses Princípios Constitucionais, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, buscando se garantir uma paternidade responsável e uma realidade familiar concreta onde os

vínculos de afeto se sobrepõem, às vezes, até a realidade biológica

Ainda no plano infraconstitucional o Estatuto da Criança e Adolescente veio a garantir o direito dos filhos de conviverem com seus pais num ambiente familiar harmonioso, garantido a esses uma guarda responsável. O dever de cuidado dos filhos, se reconhece na responsabilidade dos pais no exercício do poder familiar. A família socioafetivo passou a ser protegida na seara jurídica.

Com base nessa linha de entendimento, no campo da Responsabilidade Civil começaram a surgir julgados baseados no fato que a falta de convívio dos pais com seus filhos, em face do rompimento do elo de afetividade gera danos, reconhecendo a obrigação indenizatória por dano afetivo. No caso ficou provado em alguns casos concretos que a falta de afeto na relação familiar gerou danos irreparáveis, comprometendo o desenvolvimento pleno e saudável dos filhos em questão. Os pais praticando o dano de abandono se viram obrigados a indenizar.

Como possível solução para o abandono afetivo fica proposta a guarda compartilhada, tendo em vista na jurisprudência que alguns julgados envolvem filhos reconhecidos após o nascimento, pleiteando dano moral por abandono afetivo, em virtude da ausência do genitor nas suas vidas. No caso, esse tipo de guarda pode ser uma forma de coibir o abandono afetivo, pois faz com que os pais estejam mais presentes na vida dos filhos, mantendo assim os laços de afetividade, mesmo que não seja possível o convívio desses em um mesmo lar.

Conclui-se que o reconhecimento da necessidade afetiva como bem juridicamente tutelado só trouxe avanços para a sociedade, pois se reverte de caráter pedagógico, ao passo que desperta a atenção para a importância do significado do convívio entre pais e filhos. Não se trata de se impor valor monetário ao amor, mas reconhecer que o afeto tem um valor muito alto para a nova configuração familiar, no caso a função social da família deve ser protegida, pois é em seu seio que ira se formar o cidadão.

Assim, o dano à dignidade humana do filho que se encontra em estágio de formação de sua personalidade com o abandono afetivo, deve ser passível de reparação material, para que os deveres parentais omitidos não fiquem impunes, na tentativa de se compensar de alguma forma essa falta de afeto, pois as sequelas deixadas iram perdurar para o resto da vida. Como já asseverado nesse estudo, o que se busca é que a recompensa monetária traga pelo menos uma compensação material e um sentimento de que a justiça não se viu inerte diante dessa questão.

Além disso, a função social do Direito se faz cumprir ao passo que analisa a questão

não apenas tecnicamente, mas com o seu caráter punitivo e pedagógico para que de alguma forma o genitor considere o filho abandonado, nem que seja para lhe ressarcir com pecúnia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado – inovações comentadas: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Método, 2005.

ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 26, fev. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=930>. Acesso em 03 mar. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), V. I, n.º 6, Setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEDÊ, Faya Silveira. *Constituição e democracia*. Estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais Apelação Civil. Nº408.550-5. Sétima Câmara Cível. Relator: Unias silva Arnaldo Esteves Lima, sétima Câmara Cível. Acórdão 01 de abril de 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apeação Cível. Nº 70053501920. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Acórdão 27 de fev de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS Apelação Cível . Nº 70057460248. Sétima Câmara Cível, , Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Acórdão 29 de jan de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70054546460. Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Acórdão 17 de jul de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS .Apelação Cível Nº 70054858345. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Acórdão 29 de ago de 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível. Nº 70053030284. Sétima Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Acórdão 08 de fev de 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível. N° 70044696359. Sétima Câmara Cível. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Acórdão 28 de nov de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível. N° 70050203751. Oitava Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Acórdão 22 de nov de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível. N° 70058026790. Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Acórdão 20 de mar de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de SC. Apelação Cível n. 2012.029067-5. Relator. Des. Trindade dos Santos. Acórdão 11 de abr de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível N° 70046220463. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Acórdão 16 de fev de 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2014.

BRASIL. *Código Civil – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2014.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; JR., Luiz Antonio Scavone; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família* / Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 4.^a ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CASABONA, Marcial Barreto. *O princípio constitucional da solidariedade no direito de família*. 2007. 210f. Tese (Doutorado em Direito, Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4569>. Acesso em: 21 abr. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3.^a ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8315>. Acesso em 03 mar. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil (Vol. 7)*. 27.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FILHO, Misael Montenegro. *Ação de indenização na prática*. São Paulo: Atlas, 2004.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FIUZA, Cézar. *Direito Civil: Curso Completo*. 8.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamblona Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família (Vol. 6) – As famílias em perspectiva constitucional*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*, texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família (Vol. 6)*. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Responsabilidade Civil*. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. *A repersonalização das relações de família*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família (Vol. V)*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Comentário Contextual à Constituição – Atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Thomas de Carvalho. *Da responsabilidade civil por abandono afetivo, à luz do ordenamento jurídico pátrio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3830, 26 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26239>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil (Vol. 2)*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: São Paulo, Método, 2013.