

O abandono afetivo e a possibilidade de indenização por danos morais

Erlaine de Paula Arcanjo – erlaine_arcanjo@hotmail.com

Edna Valéria Gazolla Cobo – evgcobo@gmail.com

Curso de Direito

Faculdade Presidente Antônio Carlos de Ubá

Novembro/2014

Resumo

O presente trabalho desenvolve estudos acerca da possibilidade de indenização por dano moral frente às relações afetivas, uma vez que o tema em estudo encontra-se em discussão. O artigo em comento explana diferentes posicionamentos acerca de decisões proferidas por juízos de primeiro grau e órgãos superiores sobre o abandono afetivo e o cabimento de dano moral. Neste estudo, avaliam-se as questões de direito de família diante da não convivência dos pais com os filhos, bem como os danos causados a estes e a responsabilização dos genitores, diante dos direitos da criança e do adolescente. Discuti-se a responsabilidade civil nas relações afetivas no âmbito familiar. Terá por objetivo a discussão acerca do cabimento da condenação em danos morais emanados de abandono afetivo nas relações entre os genitores e sua prole. Para discutir o presente tema, foram realizadas revisões bibliográficas e o método utilizado foi o qualitativo. Os resultados encontrados indicam que os posicionamentos são diversos, tendo entendimentos favoráveis e desfavoráveis acerca do dano moral, demonstrando ainda que a matéria é polêmica, e que cada caso deve ser analisado com cautela, haja vista serem oriundos de diferentes situações. Conclui-se que a indenização nos casos apresentados tem como escopo compensar a vítima que sofreu o abandono, bem como punir os genitores que com suas condutas deixam de cumprir com o seu dever de cuidado causando o dano, transformando assim as punições em exemplo para os demais pais que possam vir a incorrer em condutas faltosas e comportamentos repulsivos com relação a sua prole.

Palavras-chave: Família. Direitos Fundamentais. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Danos morais.

Abstract

This paper develops studies on the possibility of compensation for moral damage in the face of emotional relationships, since the topic under study is in discussion. The article under discussion explains different positions on decisions made by judgments of first degree and governing bodies on the emotional abandonment and the pertinence of moral damage. In this study, we evaluate family law issues in the face of not living of parents with children as well as the damage caused to these and accountability of the parents on the rights of children and adolescents. Discuss the liability in the emotional relationships within the family. Will aim to discussion about the appropriateness of the sentence issued in moral damages of emotional abandonment in the relationship between the parents and their offspring. To discuss this topic, there were literature reviews and the method used was qualitative. The results indicate that the positions are diverse, with favorable and unfavorable understandings about the moral damage, even demonstrating that the matter is controversial, and that each case must be analyzed with caution, considering they came from different situations. It was concluded that the compensation in our cases is scoped to compensate the victim who has suffered neglect, and to punish the parents with their behavior that fail to comply with your duty of care causing harm, thus making the punishments for example for other parents who may incur breaches of the law and repulsive behavior with respect to their offspring.

Key-Words: Family. Fundamental Rights. Emotional abandonment. Civil liability. Moral damages.

1. Introdução

O presente tema em estudo gerou interesse diante de sua grande importância social, tendo em vista que atualmente as situações de abandono paterno-materno ocorrem com pessoas que tem um convívio próximo e participam do cotidiano, situações estas, que causam certa indignação diante do comportamento de alguns pais em relação a seus filhos, que por diversas vezes se omitem a oferecer se quer o mínimo de afeto ao seu descendente.

Diante desse contexto, nasceu um questionamento acerca de como os direitos do menor devem ser resguardados, e o que deve ser feito para preservar o seu convívio familiar, diante das atitudes repulsivas dos genitores. Neste sentido, houve estudos com o objetivo de encontrar amparo legal ao menor, deste modo encontra-se embasamento nos direitos fundamentais do mesmo, bem como a responsabilidade civil que resulta na reparação dos danos. Posteriormente ocorreu uma indagação seguida de estudos e análises acerca do cabimento de indenização em relação ao abandono afetivo.

Foi explanado o conceito de família perante a Constituição Federal, destacando a importância do convívio familiar para o desenvolvimento do menor. Posteriormente foram traçados princípios e direitos fundamentais relacionados ao menor, ressaltando o direito à convivência familiar e comunitária, bem como o dever de proteção.

Realizou-se ainda um apanhado acerca do conceito de responsabilidade civil, e sua evolução, enfatizando a ilicitude de se violar um dever jurídico.

Houve alterações na Constituição Federal de 1988, e no Código Civil de 2002, para que ocorresse uma adaptação à realidade social, assim, com o advento de tais diplomas legais, houve uma ampliação quanto ao conceito do que é família, passando a reger-se por alguns princípios. Em face desse assunto, foi realizado um esclarecimento acerca da evolução social da família, haja vista que o poder familiar, adotou peculiaridades de um direito protetivo.

A seguir, foi estabelecido o conceito de dano, bem como o entendimento de renomados doutrinadores acerca do cabimento de danos morais no direito de família, ressaltando ainda o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da reparação do dano sofrido.

Enfim foram demonstrados diferentes posicionamentos em relação à indenização por dano moral nas relações de filiação, sendo estes, favoráveis e desfavoráveis à compensação, explanando assim as possibilidades de se inserir a devida condenação, onde também foram

apresentadas negativas apesar das condutas omissivas e voluntárias, levando em consideração determinados comportamentos que não devem ser passíveis de uma reparação, analisando-se ainda a jurisprudência, a qual apresenta o julgado com seus respectivos fundamentos.

2. Conceito de família

A família é a base da sociedade, tendo esta especial proteção do Estado, conforme prevê o artigo 226 da Constituição Federal. Cabendo a esta o dever de proteger, zelar pelo bem estar dos que a ela compõem, sendo rocha e alicerce amparando cada indivíduo pertencente à determinada família. Desta forma, dependem desta o nascimento, o crescimento e o desenvolvimento dos filhos, uma vez que nela se amparam as raízes morais, pois é na família que o filho menor constrói a sua personalidade. Há de se falar ainda que o afeto influencie na formação de entidades familiares.

A expressão “família” é usada em diversos sentidos. Num conceito mais extenso pode-se definir a família como constituída por todas as pessoas ligadas por um vínculo sanguíneo, ou seja, todas aquelas pessoas derivadas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos.

Segundo Silvio Rodrigues, as Constituições brasileiras, a partir de 1934, condicionava a idéia de família à de casamento. Portanto só conheciam a chamada família legítima. Porém a atual Constituição vigente deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos seus progenitores e sua descendência, ou seja, a família monoparental (RODRIGUES, 2008, p. 28).

2.1 Princípios do direito de família

No Código Civil de 2002, houve alterações adaptando-se a evolução social e aos bons costumes, visando à preservação da harmonia familiar e os valores culturais, fornecendo à família moderna um tratamento mais adequado à realidade social, passando o direito de família a reger-se pelos seguintes princípios:

Para maiores esclarecimentos, acerca dos princípios, pronuncia Gonçalves (2014, p.21-25)

- (a) **princípio do respeito à dignidade da pessoa humana:** (...) tem por fundamento o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, pois constitui a base da comunidade familiar, garantindo o desenvolvimento e a realização de todos os seus membros.
- (b) **princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros:** Com base no artigo 226, parágrafo 5º do supramencionado dispositivo, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos de forma igual pelo homem e pela mulher.

Assim, chega ao fim, o poder marital, dando plenos direitos para ambos os cônjuges, uma vez que, antigo Código Civil de 1916 tratava o marido como chefe da sociedade conjugal, proferindo a ele todos os deveres, inclusive o de prover o sustento da família, contudo, no código civil atual, os deveres passaram a ser de ambos, conforme preleciona o artigo 1568 do Código Civil de janeiro de 2002.”[...] *Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial [...]*”.

- (c) **princípio da igualdade jurídica de todos os filhos:** Tem como fundamento o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, bem como o artigo 1596 do Código Civil, pois sejam os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou ainda que sejam adotivos, terão direitos e qualificações iguais, não podendo haver qualquer discriminação, uma vez que o Código Civil de 1916 apresentava em seu texto, distinções entre filhos havidos no casamento como legítimos, e os ilegítimos que eram os havidos fora do casamento.

Desta forma, o atual Código de 2002, não admite qualquer diferenciação entre os filhos havidos ou não relação de casamento, bem como os adotivos, proibindo ainda discriminações concernentes à filiação.

- (d) **princípio da paternidade responsável e planejamento familiar:** O planejamento familiar é de livre decisão do casal, conforme preceitua o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal:

Art. 226, §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Deste modo, pertence ao Estado o dever de propiciar os devidos recursos, para que assim ambos o cônjuges possam cumprir com seu dever familiar.

- (e) **princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes:** Tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir, como prevê o artigo 1.511 do Código Civil, que diz: “ [...]O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges [...]”.
- (f) **princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar:** Tal princípio abrange a livre decisão do casal no planejamento familiar, conforme prescreve o artigo 1.565 do Código Civil: “ [...] Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.[...]”.

Portanto, pode o Estado intervir somente para propiciar recursos educacionais e científicos para que sejam exercidos os devidos direitos pelo casal, há ainda a livre aquisição e administração do patrimônio familiar, a opção do regime mais conveniente, liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole, e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família. Não podendo haver ainda qualquer imposição ou restrição da pessoa jurídica de direito público ou privado. Segundo prevê os artigos 1.513, 1.642, 1.643, 1.639, 1.634 do Código Civil, e artigo 226, §7º da Constituição Federal.

3. Dos direitos fundamentais segundo o estatuto da criança e do adolescente

A Lei 8.069 de 1.990, Estatuto da criança e do adolescente (ECA) traz em seus artigos 7º a 69, os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, visando à proteção dos menores de dezoito anos. Assim sendo, o direito à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, o direito a convivência familiar e comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, bem como o direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Contudo, cumpre destacar o direito a convivência familiar e comunitária, pois prevê o artigo 19, do mencionado dispositivo:

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

Assevera Tavares (2012) que o supramencionado artigo tem por preocupação primária que a educação e a criação sejam vividas no ambiente familiar natural, ou seja, da família

consangüínea, colocando a família substituta somente como última alternativa, e uma vez que a criança ou adolescente esteja sob os cuidados da mesma, serão feitas avaliações semestrais para avaliar se estão sendo tratados da forma como deveria, ou seja, se estão recebendo os devidos cuidados respeitando todos os seus direitos.

Assim, toda e qualquer criança ou adolescente possui direito a ter afeto e proteção, que somente o ambiente familiar pode fornecer, sendo assegurada a convivência com pessoas de condutas exemplares, uma vez que a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, e assim, poderão ter um crescimento digno, tornando-se adultos íntegros, uma vez que ao se falar em criança ou adolescente trata-se de pessoa humana em fase de desenvolvimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta em seu capítulo VII, os deveres da família do Estado e da sociedade, sendo estes:

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

Conforme se verifica no mencionado artigo acima, a Constituição Federal, inclui em seu artigo, um dos princípios fundamentais da criança e do adolescente previsto no ECA, bem como abrange demais direitos e deveres, baseando-se na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, cabe aos pais o dever de proteção ao menor, dando-lhes a devida assistência. Há de se falar ainda no artigo 22 do ECA, assim redigido: *”[...] Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir as determinações judiciais [...]”*.

Afirma Tavares (2012), a observância da pluralidade pais, ou seja, ambos conjuntamente exercendo seus deveres, sem haver prioridades, sendo a obrigação solidária e proporcional as possibilidades de cada um dos genitores, sob penas do artigo 249 do aludido diploma.

4. A responsabilidade civil no Brasil

Antigamente o que dominava era a vingança coletiva, uma vez que determinados indivíduos agiam de forma conjunta para se vingar do agressor que causou a ofensa a um dos integrantes do grupo. Logo depois, passou a ocorrer uma reação individual, vez que os homens faziam justiça pelas próprias mãos a fim de reparar o mal que lhe causaram, vale dizer ainda, que a responsabilidade era objetiva, ou seja, não dependia de culpa. Posteriormente iniciou-se o período da composição com o autor que causou a ofensa, em seguida ensejou-se a idéia de dolo e culpa.

Contudo, a responsabilidade civil teve uma evolução, que além de ser subjetiva, onde se baseia na reparação derivada da culpa, passou-se a ser também objetiva. Desta forma, nos tempos atuais, a responsabilidade civil é de grande importância, por estar direcionada a uma restauração moral, uma vez que os danos injustos aumentaram tornando-se mais freqüentes, provocando uma grande busca por reparação, acionando-se assim o Poder Judiciário com uma maior freqüência. Neste sentido ensina Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2014, p. 19)

Afirma Podestá (2008) que a responsabilidade civil consiste em um fato social, diante da necessidade de reparação de direitos ou interesses que de maneira injusta foram violados, desta forma, a responsabilidade civil é baseada na culpa, com o fundamento de que ninguém pode lesar o direito ou o interesse de outrem. Deste modo, só haverá indenização quando houver a violação de um dever jurídico, ocasionando assim o dano.

Cumprido destacar que a responsabilidade civil está prevista no artigo 186 do CC/02, o qual preceitua que aquele que por ação ou omissão voluntária, com negligência ou imprudência, violar direito e causar um dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral, estará cometendo ato ilícito. Deste modo, tendo a responsabilidade civil subjetiva como fundamento uma ação ou omissão, resultando em um dano ou prejuízo, logo ela está ligada à negligência, assim sendo, ao descuido de um indivíduo ao praticar determinado ato, ou deixar de fazê-lo, uma vez que deveria ser um dever cumpri-lo, insta salientar ainda o artigo 927 do CC/02, o qual prevê a obrigação de indenizar para aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, assim sendo, ilícito é a violação de um dever jurídico.

Nestes termos conceitua Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2014, p. 51)

5. Do dano moral no direito de família

Antigamente, diante da autoridade do pater família, a afetividade da convivência familiar não tinha importância alguma, porém ao longo do tempo, a mulher ganhou um papel importante na família, tornando-se mais reconhecida, desta forma, com a criação e imposição de algumas leis, o homem perdeu o papel de autoridade que exercia sobre as mulheres, tornando-as mais independentes. Desta forma, no decorrer dos anos o direito de família vem passando por diversas mudanças, diante da influência religiosa, e do desenvolvimento social, transformando a estrutura familiar, e foi devido a essa evolução que a Constituição Federal deu um novo significado à expressão família, dando reconhecimento à união estável, bem como as famílias formadas por apenas um dos genitores e seus descendentes, conforme prescreve o artigo 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal:

Art. 226 - §3º - Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo facilitar sua conversão em casamento.

§4º - Entende-se, também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Acerca do poder familiar, Madaleno leciona:

Com a influência do cristianismo o poder familiar assumiu características de direito protetivo, tornando-se uma imposição de ordem pública, no sentido de os pais zelarem pela formação integral dos filhos, com o alcance determinado pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira, merecendo o menor especial destaque, alvo de absoluta prioridade, sendo assegurado à criança e ao adolescente e agora também ao jovem, em razão da Emenda Constitucional n. 65/2010, 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, deixando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (MADALENO, 2013, p. 676).

Desta forma, os pais cessam um poder sobre os filhos, e passam a adquirir assim um dever de resguardar sua descendência, os acompanhando e os protegendo ao longo de seu

crescimento, participando e influenciando em sua formação moral, para que possam amadurecer dignamente tornando-se pessoas íntegras, uma vez que nesta fase é essencial a presença de ambos os genitores para que em conjunto possam dar a devida assistência à sua prole.

Portanto, muitas foram as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do dano moral, uma vez que algumas tinham entendimentos favoráveis, e outras desfavoráveis, inclusive acerca da falta de afeto por parte do pai, sendo que alguns julgados entendem que o afeto não trata-se de um dever, assim o seu descumprimento não importa em ato ilícito ou dano para que se possa gerar uma indenização. Entendendo ainda que para solucionar os problemas decorrentes do descumprimento dos deveres jurídicos que provenham do poder familiar, bastaria a aplicação da sanção prevista no artigo 1.638 do CC/02, assim sendo, a perda do poder familiar pelo pai ou mãe que incorrer nas condutas descritas em seus incisos.

Assegura Cardin (2012), que juridicamente falando o termo dano consiste em uma lesão, causando assim uma diminuição ou destruição, que diante de determinado evento é sofrido por alguém, contra vontade sua em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral, desta forma, o dano moral lesiona os valores mais íntimos do ser humano, assim sendo, apesar de o dano moral não ser suscetível de aferição econômica, o mesmo é ressarcido para compensar a injustiça sofrida pela vítima, diminuindo parte do sofrimento.

No direito brasileiro, o dano moral foi elevado em nível de garantia fundamental, uma vez que é assegurado em seu artigo 5º, inciso V, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Contudo, o fundamento de toda a idéia de reparação do dano moral encontra-se descrito no artigo 1º, inciso III da Constituição Federativa do Brasil onde apresenta em seu texto a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais, contudo, há aqueles que atentam contra tal princípio, o qual deveria ser resguardado, desta forma, Oliveira preleciona:

Qualquer ato tendente ao menoscabo da dignidade há de merecer repulsa e a devida correção, seja no âmbito criminal, seja na esfera civil com a reparação do dano moral que o ato comprometedor da dignidade sempre acarreta. Tendo por consequência, a perturbação anímica que repercute no âmbito de quem recebeu o ato lesivo, é certa a indenização que serve para minimizar e reparar não *in natura*, mas de forma compensatória, o mal que foi infligido. (OLIVEIRA, 2010, p. 205, 206 apud SANTOS, p.42)

Cumprir destacar ainda, se haveria de se falar em dano moral no direito de família, uma vez verificada a falta de afeto, ou até mesmo total abandono afetivo por parte de um ou

de ambos os pais. Nesse sentido, é de suma importância ressaltar que o abandono afetivo ocorre quando um dos pais ou ambos deixam de dar atenção, de acompanhar o desenvolvimento sócio-psicológico da criança, deixando o menor sem qualquer condição para se ter uma adequada formação psicológica e inserção social, assim sendo, é quando os genitores deixam de cumprir com o dever de cuidado com a prole. Diante disso, tendo como embasamento a psicologia, o ser humano necessita de afeto para sua subsistência, ou seja, de ter alguém próximo ainda que não tenha laços de sangue, mas que possua determinada afeição, uma vez que trata de um ser com sensibilidades, exposto a desafetos e sofrimentos, mas que necessita de um apoio afetivo e moral, logo se entende que o menor carece ainda mais de tais cuidados, uma vez que estão em fase de crescimento, tanto físico como moral, assim se espelham moralmente naqueles que consigo convivem.

Segundo Cardin (2012), ainda que não haja em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo específico que trate da responsabilidade civil no direito de família, o ressarcimento por danos morais é cabível em algumas hipóteses, entre elas estão os ascendentes em relação aos descendentes em decorrência do abandono material, moral e intelectual.

Desta forma, todo indivíduo que sofrer abandono por parte de um ou de ambos os genitores poderão ingressar com ação reivindicando a compensação do dano moral sofrido, uma vez que se trata de um dever de cuidado, de afeto que deve ser cumprido pelos seus genitores, pois neste caso, identifica-se o dano moral como uma dor sofrida pelo filho, lesionando assim seus sentimentos pessoais, enfim um constrangimento moral.

Contudo, há de se falar que não será qualquer desamor que levará ao cabimento do dano moral, pois em muitas vezes o que em algumas pessoas gerou um grande sentimento de perda, de angústia, de abandono levando-o a sofrer um forte abalo psicológico, para outros, também se traduz em um sentimento ruim sim, porém não ocorre com tanta intensidade, tendo em vista que algumas pessoas possuem uma capacidade maior de lidar com determinadas situações, ou até mesmo porque o que foi sofrido talvez não tenha sido por culpa somente do genitor (autor do fato), tendo tal situação sido derivada da ação do outro genitor, desta forma, ao ser julgada tal causa, há de se verificar diversos fatores que levaram ao sofrimento da vítima, bem como a repercussão gerada na vida da mesma.

Cabe ressaltar que em alguns casos é assim tem sido o entendimento de alguns juízes, ao julgar improcedente o pedido de reparação com relação aos cuidados parentais, dos pais para com os filhos, com o fundamento de que o distanciamento do pai com a filha se deu devido ao comportamento agressivo da mãe da vítima após o rompimento de seu

relacionamento. Por conseguinte, o dano sofrido deverá ter sido razoavelmente grave para que caiba a condenação ao dano moral em favor da vítima.

6. O dano moral por abandono afetivo e o STJ

Atualmente, muito tem ocorrido a distribuição de processos tendo como pedido a indenização por abandono afetivo, contudo numerosas também são as divergências acerca dos posicionamentos, uma vez que há aqueles que são favoráveis ao ressarcimento por danos morais, e há também os que são contrários a tal posicionamento.

Acerca do posicionamento favorável, ressalta MACHADO (2013) que a decisão do juiz Mário Romano Maggioni, ocorrida na data de quinze de setembro de 2003, na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa- RS, com processo sob o nº 141/1030012032-0 No caso em questão, o pai da vítima foi condenado ao pagamento de 200 salários mínimos de indenização por dano moral, diante do abandono afetivo e moral da filha de nove anos de idade. O magistrado fundamentou sua decisão com base no artigo 22 da Lei nº8. 069/90 (ECA), o qual dispõe sobre o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Neste sentido, em sua sentença o meritíssimo dispõe que:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-affirme.

Enfatizou ainda acerca das conseqüências negativas que podem advir do abandono afetivo pelo genitor: “a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles deriva de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.”

Insta Salientar ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pela instância extraordinária, onde a Ministra Nancy Andrighi relatora do acórdão (Recurso Especial sob o nº 1.159.242) (2009/0193701-9 - 10/05/2012), faz uma distinção entre o amor e o cuidado, uma vez que segundo a mesma, não há de se discutir o amar, e sim a imposição legal de cuidar, pois se trata de um dever jurídico, conforme baixo descrito:

“O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado 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. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

No caso em questão, o STJ (2012) relata que o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização de dano moral requerido pela autora, contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença condenando o pai ao pagamento de 415.00,00 (quatrocentos e quinze mil reais) por danos morais

Para a relatora seja na concepção ou na adoção, os pais deve assumir suas obrigações com a prole, haja vista o cuidado ser fundamental para a formação do menor e do adolescente. Neste sentido, apesar das diversas hipóteses que poderiam explicar ausência do cuidado de um dos genitores, o julgador não pode se esquecer da existência mínima de cuidados com o menor por parte dos pais, garantindo aos filhos, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Enfatizando ainda que diante das circunstâncias, os sentimentos de mágoa e tristeza persistem com a parte que sofre o abandono. Neste sentido, a relatora em seu voto, deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.

Entretanto, no julgado do STJ (2012) já mencionado, o Ministro Massami Uyeda discorda do voto da Ministra Nancy, afirmando que diante do que foi exposto pela ministra, diversas situações ocorridas dentro do ambiente familiar irão motivar um pedido de indenização por parte dos filhos, neste sentido o ministro deu provimento ao recurso, apontado em seu voto a manifestação a seguir:

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrigh, mas também atento para seguinte circunstância: se abirmos essa porta com Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal –e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar quilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em

que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

Posterior ao voto do Ministro Massami, foi dado vista ao Ministro Sidnei Beneti, o qual proferiu voto negando em parte o recurso especial, uma vez que reconheceu a responsabilidade civil do pai (recorrente), todavia, entendeu por reduzir o valor da indenização que fora fixado pelo Tribunal de Justiça.

Cumprido destacar que no juízo de primeiro grau, foram apontados na inicial do processo, atos que deram origem ao abandono, sendo estes fatos integrantes da causa de pedir, deste modo, ressalta-se entre tais atos, a aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos, bem como o desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada, neste sentido, o Ministro Sidnei entende que de início é possível a indenização por dano moral decorrente de abandono de filho por tratamento discriminatório em comparação com demais filhos, independentemente de o filho vítima do abandono ter sido havido durante um casamento ou não, pouco importando ainda se o reconhecimento foi voluntário ou judicial, uma vez que perante a lei não há distinção entre espécies de filhos. Deste modo, do voto do referido Ministro extrai-se:

Ponderados todos esses elementos, e realçando-se que a fixação de valores a título de indenização moral não é jamais matemática, mas estimativa, à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto, que impede que se comparem objetivamente, valores com o de outros casos concretos, deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade o valor fixado pelo Acórdão. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

Porém, o Ministro do STJ (2012), Paulo Tarso Sanseverino entende estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil do pai no caso em questão, uma vez que houve o abandono, pois o recorrido não cumpriu com seu dever de cuidado, contudo, entendeu que o valor que foi fixado na condenação é excessivo, uma vez que deve se considerar o comportamento da genitora da recorrida que dificultou o relacionamento entre pai e filha. Diante disso, em seu voto deu parcial provimento ao recurso especial somente para diminuir o valor da compensação. Deste modo foi decidido por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da ministra relatora Nancy Andrighi.

Posto isto, verifica-se que o entendimento acerca do dano moral decorrente de abandono afetivo no Brasil ainda não é estável, haja vista que o tema ainda é bastante discutido, com diversos posicionamentos, não havendo um posicionamento pacífico, uma vez que há entendimentos diferenciados entre a doutrina e jurisprudência.

7. Considerações finais

No artigo em estudo, buscou-se explicar que o termo família, evoluiu ao decorrer do tempo, sendo que a mesma teve alguns avanços, deste modo o Código Civil e a Constituição Federal passaram por algumas reformas, assim alterou-se o que se entendia por família, como seu conceito, bem como sua formação, dando maior amplitude à mesma. Deste modo, o Código Civil adaptou-se ao desenvolvimento da sociedade, uma vez que o pater família deixou de ter uma autoridade excessiva e um poder, dando espaço ao dever, ao afeto e à proteção, assim sendo a família moderna recebeu um tratamento mais adequado.

Por meio da inclusão da Lei 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor ganhou maior proteção tendo o direito a um convívio familiar, a um relacionamento baseado no afeto, enfim um desenvolvimento e amadurecimento mais digno aos olhos da lei.

Com o surgimento da responsabilidade civil no direito de família, apresenta-se uma obrigação de restauração moral dos danos causados por desafeto, uma vez que tal responsabilidade visa a punição do indivíduo, sendo este pai ou mãe que por ação ou omissão deixam de oferecer ao menor os devidos cuidados, incorrendo em condutas que violam direitos fundamentais que devem ser resguardados.

O abandono afetivo, a ausência de afeto desafia o desenvolvimento psicológico do ser humano, causando certo vazio, bem como lesões, uma vez que influi inteiramente no menor perante a sociedade, uma vez que o impacto causado gera resultados negativos ao futuro adulto. Não há como obrigar os genitores a amar seus filhos, vez que se trata de valores íntimos, mas o cuidar é uma obrigação legal, sendo considerado como um valor jurídico, haja vista ser fundamental para a formação do menor, pois o ser humano carece de cuidados para que possa superar as dificuldades que a vida lhe apresenta, assim, o que era para ser fruto do amor, perde todo seu valor.

Deste modo, comprovado o inadimplemento da obrigação legal de cuidar dos filhos, caracteriza-se assim a ilicitude civil, dando ensejo à reparação por dano moral, na tentativa de reparar o mal que foi causado pelo desamor, uma vez que há a violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Cumprе ressaltar que não há de se falar na aplicação de apenas uma mera sanção da perda do poder familiar para os pais que praticam o abandono, haja vista que o genitor que incorrer em tal conduta estará sendo beneficiado, uma vez que deixou de cumprir com seu

dever de cuidado, quando deveria proteger seus descendentes, desta forma, com a perda do poder familiar, o genitor estará apartado de seus deveres em relação à sua prole.

Assim sendo, conclui-se que a falta de afeto deve sim ser passível de compensação pecuniária a título de danos morais, diante de todo sofrimento experimentado, deixando este, traumas e marcas que jamais serão apagados, pois muitos filhos são tratados como objetos tendo estes, que acionar a justiça para ter sua paternidade reconhecida, constrangendo-se perante a sociedade, uma vez que o pai recusa-se a reconhecê-lo, desta forma, só alcançam o reconhecimento por meio de decisão judicial, portanto, trata-se de uma conduta repulsiva e reprovada pela sociedade, deste modo, deve ser punida pelo poder judiciário, entretanto não há como restaurar o mal causado, reparar a ofensa à dignidade, porém, é uma forma de punir os pais que praticaram a conduta ilícita, levando os mesmos a refletirem e não praticarem novamente tal ato contra outros filhos que vierem a ser concebidos posteriormente, bem como uma conscientização de que os direitos fundamentais inerentes ao ser humano devem ser respeitados, alcançando ainda demais pais, para que adotem como exemplo e não cometam os mesmos atos, satisfazendo assim, um necessário vínculo sentimental.

Portanto, para que tamanho problema possa ser solucionado, poderia haver a elaboração de um projeto de lei, para acrescentar, alterar o artigo 1638 do Código Civil brasileiro, haja vista haver neste somente a perda do poder familiar como sanção, ou até mesmo, incluir um novo artigo ao supramencionado diploma legal, transcrevendo uma punição mais severa para aquele que incorrer na conduta de abandono do filho, prevenindo assim as condutas negligentes dos pais em relação à prole.

Referências bibliográficas:

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l3071.html>>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1.990. Estatuto da criança e do adolescente Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2014

_____. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988– promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012> Acesso em: 20 de novembro de 2014.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. **Jus Navigandi**, ano 18, n. 3508, 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23666>. Acesso em: 22 nov. 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil anotado e comentado**: doutrina e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações**: Teoria geral e responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.