

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

WESLEY JOSÉ DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E A POSSIBILIDADE DOS
DANOS MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO
AFETIVO**

GUARAPARI - ES

2019

**WESLEY JOSÉ DE OLIVEIRA
INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E A POSSIBILIDADE DOS
DANOS MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO
AFETIVO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Rubens dos Santos
Filho.**

GUARAPARI - ES

2019

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A responsabilidade civil e a possibilidade dos danos morais decorrentes do abandono afetivo, elaborado pelo aluno Wesley José de Oliveira, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, 08 de Julho de 2019.

Esp. Rubens dos Santos Filho
Faculdade Doctum de Guarapari
Orientador

M.e Gildázio Klippel
Faculdade Doctum de Guarapari

Esp. Wanessa Mota Freitas Fortes
Faculdade Doctum de Guarapari

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A POSSIBILIDADE DOS DANOS MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO

Wesley José De Oliveira¹

Esp. Rubens dos Santos Filho.²

RESUMO

O direito de família é um ramo que sofre mudanças constantes, tendo em vista seu caráter mutável que segue a evolução dos comportamentos sociais e quebras de paradigmas observados ao longo dos anos. Um fato que é praticamente unanimidade nas mais diversas fases vivenciadas por esse importante campo do direito civil, é a compreensão do afeto como elemento essencial ao estabelecimento do núcleo familiar, principalmente aquele advindo dos genitores aos filhos. A ausência do afeto pode provocar uma série de prejuízos ao desenvolvimento do indivíduo, logo deve ser repudiado e contestado pelo ordenamento jurídico. No Brasil muito tem se discutido a respeito da possibilidade da imputação de responsabilidade civil com a obrigação de pagamento de indenização, em razão de danos morais decorrentes do abandono afetivo. Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise dessa conjuntura de modo a compreender os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema. Para tanto, este artigo consubstanciou-se por meio de uma metodologia de revisão literária possibilitando concluir pela possibilidade do pagamento de indenização em razão do abandono afetivo, embora haja ainda muita controvérsia sobre o assunto tanto na doutrina como em decisões jurisprudenciais.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Indenização. Danos morais. Possibilidade.

1 INTRODUÇÃO

A família constitui o núcleo mais relevante para a formação psíquica e moral de uma pessoa. Sem a presença e intervenção dos pais na criação, proteção e provisão das necessidades dos filhos, esses tendem a desenvolver problemas emocionais, dentre outros reflexos que a ausência dos pais pode causar. Por isso, o abandono afetivo tem sido considerado pelo ordenamento jurídico como uma conduta que viola princípios basilares do direito de família, gerando assim, um dano moral e psíquico ao indivíduo vítima desta prática.

O desenvolvimento deste trabalho se justifica pela necessidade de aprofundar o estudo acerca do abandono afetivo, visando compreender os aspectos mais

¹ Graduando em direito. E-mail: wesleypelopes@hotmail.com

² Especialista. E-mail: rubensfilhoadv@outlook.com

relevantes que permeiam a temática, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial adotado no Brasil de maneira que se possa permitir ao meio acadêmico e social um trabalho contributivo para o aproveitamento da temática.

Mediante o exposto coube a seguinte indagação: é possível a responsabilização civil e a concessão de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo?

Para solução da problemática proposta foi estabelecido o seguinte objetivo geral: estudar a possibilidade de responsabilização civil e concessão de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo. Para o alcance desse objetivo propôs-se os seguintes requisitos: identificar os aspectos mais relevantes relativos à família e ao poder familiar; estudar a responsabilidade civil e o dano moral no ordenamento jurídico brasileiro; analisar a possibilidade de responsabilização civil e concessão de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizada a metodologia de revisão literária, que visa por meio da análise de livros e artigos acadêmicos conhecer o posicionamento dos autores de maior prestígio no Brasil quanto à temática, bem como analisar os estudos desenvolvidos sobre o tempo de maneira a ter uma visão mais ampla sobre o assunto. Para tanto buscou-se por meio de bancos de dados e acervos próprios e institucionais o levantamento de informações.

O primeiro capítulo deste trabalho teve o intuito de abordar os principais conceitos relativos à família e ao poder familiar, descrevendo os principais elementos que caracterizam os vínculos estabelecidos e os contextos históricos inerentes a cada fase.

O segundo capítulo teve o objetivo de abordar os conceitos relacionados à responsabilidade civil e ao dano moral, apresentando os principais dispositivos normativos que tratam desses institutos bem como os posicionamentos doutrinários de maior relevância.

Finalmente, o último capítulo buscou realizar um estudo a respeito do cabimento dos danos morais nos casos de abandono afetivo por meio da análise dos posicionamentos dos tribunais brasileiros e também dos doutrinadores que se debruçam sobre o tema.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O desenvolvimento biológico, psíquico, afetivo e moral dos indivíduos é intrínseco ao convívio e a uma relação familiar. A própria construção do modelo familiar remete ao vínculo de amor e afetividade necessários ao desenvolvimento regular da criança e do adolescente. Nessa esteira, uma temática que tem sido muito debatida remete ao abandono afetivo, isto é, o ato de afastamento comissivo de um dos pais no que tange ao convívio e manutenção dos laços afetuosos (STOCCO, 2007).

Os prejuízos causados por esse tipo de afastamento são diversos. Karow (2012), salienta que a psicanálise tem demonstrado que o abandono afetivo representa uma ameaça imediata ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo, tendo em vista que a saúde psíquica desses indivíduos normalmente é seriamente comprometida.

Ultrapassando a barreira familiar, o abandono afetivo tem repercussão na esfera jurídica, quando da análise principalmente dos novos modelos de comportamento social, bem como da base principiológica estatuída na Constituição Federal (DIAS, 2015). De acordo com Dias (2015), o Direito de Família moderno aponta para a teoria da desbiologização da paternidade, de maneira que além do vínculo biológico, faz-se necessária a existência do vínculo afetivo entre pais e filhos.

Partindo-se desses pressupostos quando da existência do abandono afetivo, é possível configurar o efetivo dano ao indivíduo abandonado ensejando a sua reparação. Isto é, com o abandono do filho menor de idade surge o dano moral indenizável em razão da atitude omissiva. Cabe salientar que por ser um tema relativamente novo no ordenamento jurídico, não há legislação específica aplicável. Contudo são diversos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais (LÔBO, 2012).

2.1 A família e o poder familiar

O poder familiar surte efeitos desde os primórdios da humanidade. É, na verdade, um instituto de extrema relevância para o convívio social entre os indivíduos, sendo que a sua existência supera qualquer outro aspecto relacionado ao conceito

familiar. Segundo Grisard Filho (2010, p. 37), é um instituto que possui como principal objetivo estabelecer os limites hierárquicos no âmbito familiar:

O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem as fronteiras das culturas mais conhecidas e se encontram na aurora da humanidade mesma.

Considerando todo o contexto histórico-evolutivo relacionado ao “pátrio poder”, tem-se atualmente tal definição delimitando os poderes a serem exercidos sobre o menor. Deve-se ressaltar que o poder familiar deve ser exercitado pelos pais ou responsáveis de maneira discricionária. Em oposição a isso, tal poder deve ser desempenhado como um dever e não como um direito ao domínio sobre o indivíduo. É essa compreensão que se abstrai do artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Cumprido destacar que o inciso VII do dispositivo apresentado tinha o intuito, quando fora criado, de proteger à criança e ao adolescente. Contudo, com a evolução da sociedade, diversos conceitos foram sendo alterados. Atualmente, tal dispositivo não é considerado compatível com o texto constitucional, tendo em vista que ultrapassa os limites da dignidade na pessoa humana, o qual é estatuído no artigo 1º, III e também no artigo 227 da Constituição Federal. De acordo com Lôbo (2012, p. 305).

Temos por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 227), a permissão contida no inciso VII, do art. 1.634 do Código Civil de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a “serviços próprios de sua idade e condição”, além de consistir em abuso (art.227§4º).

De acordo com Rodrigues (2008, p. 358), é importante que se frise que tem se em relação ao conceito de poder familiar um “conjunto de direito e deveres atribuídos

aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Sobre esse aspecto, cabe mencionar ainda o posicionamento de Gonçalves (2012, p. 413), uma vez que destaca que “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, e não em proveito dos genitores”. Nesse sentido, conclui-se que hodiernamente o poder familiar tem o objetivo de satisfazer os interesses dos filhos e da própria família, e não dos pais de maneira isolada, sendo necessário, portanto, o respeito mútuo bem como o acatamento do princípio da paternidade responsável que consta no artigo 226 §7º da Constituição Federal de 1988.

Sobre esse aspecto, Tenius (2014, p. 13) salienta que o poder familiar é então “a soma do exercício da autoridade do pai e da mãe sobre o filho menor até atingir maioridade. Conforme se observou, ao longo da evolução histórica mudou-se radicalmente a interpretação do que venha a ser poder familiar”.

Essa evolução de tratamento demonstra uma radical mudança de compreensão sobre o instituto. Se antes o poder familiar estava relacionado diretamente ao subjugamento de um indivíduo ao outro atualmente a compreensão é simetricamente oposta, isto é, se anteriormente o poder do pai era que o que se impunha e deveria ser obedecido, atualmente os direitos das crianças e dos adolescentes é que devem ser conhecidos e respeitados (TENIUS, 2014).

Cumprido ressaltar que a concepção trazida pela Lei Civil brasileira sobre o poder familiar tem de ser compreendida sobre um prisma mais amplo, mesmo que se refira tão somente ao pai e mãe. Nessa mesma linha, em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer que o poder familiar será exercido pelo pai e mãe, o Código Civil referencia que esse será exercido somente na constância do casamento ou da união estável, o que também não coaduna com os princípios constitucionais. Nesse sentido, Lôbo (2012, p. 299) esclarece:

Ante o princípio da interpretação em conformidade com a constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmãos mais velhos que sustenta os demais irmãos, na ausência dos pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.

De acordo com Lôbo (2012), em que pese o fato de a lei civil estipular que o poder familiar será exercido durante o casamento e união estável, é importante que se compreenda que a convivência sobre um mesmo teto não é requisito obrigatório

para o exercício do poder familiar, já que o seu exercício somente será suspenso ou extinguido por meio de decisão judicial e desde que em conformidade com os parâmetros legais. Cabe salientar, contudo, que em casos de separação poderá ocorrer uma variação no grau do exercício do poder familiar, porém essa situação é atrelada ao exercício e não a titularidade do poder.

A perda do poder familiar somente pode vir a ocorrer a partir da suspensão ou quando outras medidas que venham a salvaguardar a dignidade e o melhor interesse da criança não possam ser aplicadas, tendo em vista que sempre que houver a mínima possibilidade do restabelecimento dos laços entre os pais e filhos, devem ser aplicadas medidas diversas da perda do poder familiar. Nesse sentido Lôbo (2012, p. 309), salienta que a “privação do exercício do poder familiar deve ser encarada de modo excepcional, quando não houver qualquer possibilidade de recomposição da unidade familiar, o que recomenda estudo psicossocial.”

Vale ressaltar, entretanto, que a lei visa a proteção da criança e do adolescente da melhor maneira, de modo que a perda do poder familiar será sempre a última alternativa. Além disso, de acordo com a legislação o poder familiar é irrenunciável, imprescritível, inalienável e indisponível (COMEL, 2003).

Estabelece o artigo 1.638 do Código Civil (BRASIL, 2002) o seguinte:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Cabe destacar aqui o que prevê o inciso II do artigo supramencionado que trata do abandono. De acordo com doutrina majoritária são variadas as formas possíveis de abandono do filho, seja de maneira intencional ou por motivos de força maior. O abandono previsto no dispositivo pode ocorrer por motivos justificáveis como a existência de problemas financeiros ou de saúde, e devem ser analisados de maneira diferente das ocorrências de abandono intencional (TENIUS, 2014).

Como bem ensina Lôbo (2012, p. 309), visando proteger a manutenção dos laços afetivos “tem sido entendido que o abandono do filho não é mais causa automática de perda do poder familiar, redundando em mais problemas que soluções para aquele”.

Mediante o exposto até aqui fica evidente que a Constituição Federal tem estabelecido as principais diretrizes visando a proteção integral da criança e do adolescente. Além disso, outros dispositivos como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente preveem outras diretrizes, deveres e direitos dos filhos e dos genitores visando a proteção do vínculo e do poder familiar.

2.2 Responsabilidade civil e dano moral

A responsabilidade por si, é de extrema importância nas relações humanas, cuidando para o exercício da confiança e convivência na sociedade. De acordo com o que dispõe o ilustre professor José Canotilho (1974, p. 27), a responsabilidade civil “[...] consiste na base do próprio direito, porque nela cinge-se a mais íntima relação entre o direito e a ética”. Essa íntima relação é o que consubstancia toda atividade jurisdicional, logo percebe-se a relevância do conceito.

De acordo com o que bem dispõe Cretella Júnior (1980), sua origem teve por premissa a culpa, que se não fosse provada não ensejava a restituição do prejuízo. Com o passar dos anos, a responsabilidade contratual ou extracontratual começou a analisar o risco, sempre na medida da culpa, até que o entendimento chegasse ao que se conhece hoje.

Antes do Código Civil de 2002, eram previstas apenas três hipóteses de responsabilização civil no ordenamento brasileiro, que não ensejavam análise de culpa, quais sejam, responsabilidade por danos decorrentes de atos praticados em estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito; responsabilidade dos farmacêuticos por erros e enganos de seus prepostos; e responsabilidade pelas coisas que caíssem ou fossem lançadas de prédios, na forma dos Arts. 160, I, 1.546 e 1.529 do CC/16, *in verbis* (ALTHEIM, 2008):

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Art. 1.546. O farmacêutico responde solidariamente pelos erros e enganos do seu preposto.

Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

A doutrina conceitua responsabilidade civil como sendo, uma consequência obrigatória de reparação de dano causado à vítima por ato próprio ou de pessoa a

quem é responsável. Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 2) ainda acrescenta o seguinte a respeito desse importante fundamento:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

O Código Civil (BRASIL, 2002) reitera esse dever de reparação em seu Art. 927, *in verbis*

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

A responsabilidade civil pode ser classificada em contratual e extracontratual. A contratual como o nome induz, reflete os direitos e obrigações adquiridos pelas partes em um contrato previamente estabelecido, onde na ocorrência de dano, sua reparação deverá seguir o que foi acordado. Já a extracontratual é o oposto. As partes não têm conhecimento prévio da relação ou estabelecida a forma de indenização em caso de dano, fazendo com que seja necessária a comprovação de culpa e nexo causal para reclamação da indenização (GAGLIANO, PANPLONA FILHO, 2004).

Na responsabilidade civil, é necessário ainda analisar o critério objetivo ou subjetivo da mesma. Existem hipóteses previstas na lei que o agente causador do dano será objetivamente responsável pela sua reparação, ou seja, independe a incidência de dolo ou culpa, sendo aplicável a teoria do risco. Em outros casos, será necessária tal análise como requisito do recebimento da indenização, que é o caso da responsabilidade subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2012).

O dano diz respeito ao prejuízo patrimonial ou não causado pela ação de terceiro, suportado pela vítima. Pode dividir-se ainda em patrimonial, que reflete efetivamente a perda da vítima; lucros cessantes, que seria a previsão do que a vítima deixou de ganhar em razão de sua perda; e extrapatrimoniais, que seriam os prejuízos

intrínsecos da pessoa, como integridade física, psíquica, direitos de personalidade, dentre outros (STOCO, 2007).

O nexo causal, por sua vez, é o vínculo material que liga a ação/omissão do agente ao dano efetivo causado por ele, demonstrando o dolo ou culpa, que enseja na reparação. Ele analisa o curso natural das coisas e diz qual o tamanho do impacto o comportamento teve sobre a ocorrência do dano (MULHOLLAND, 2010).

Já na responsabilidade extracontratual objetiva, da mesma forma, serão analisados o ato, dano e nexo de causalidade, contudo, a apreciação da culpabilidade será dispensada, ou seja, basta a comprovação do nexo causal entre a ação e o dano para exigência da indenização (CAVALIERI FILHO, 2012).

Isso ocorre porque o ordenamento civil adota a chamada Teoria do Risco, que como o próprio nome induz, analisa o risco da atividade humana. Toda ação do ser humano traz consigo um grau de periculosidade devido as relações subjetivas da sociedade. Contudo, nem todo risco será justificativa para imputar a responsabilidade objetiva. São consideradas relevantes as atividades que possam gerar perigos anormais, ou seja, que não são habituais ao convívio social, incomuns de se prever no dia a dia (CAVALIERI FILHO, 2012).

Por outro lado, o dano moral passou por um longo processo para ser admitido no ordenamento brasileiro. O Código Civil de 1916 era essencialmente individualista e patrimonialista, e diante disso não havia previsões claras a respeito do dano moral e sua reparação (BRANCO, 2006).

Os poucos artigos que admitiam expressamente o dano moral, previam situações de lesão corporal que acarretasse grave lesão ao ponto de deixar a pessoa aleijada ou deformada; quando atingisse mulher solteira ou viúva, capaz de casar (art. 1.538); se ofendesse a honra da mulher por defloração, promessa de casamento ou rapto (art. 1.548); na ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550); e nas hipóteses de calúnia, difamação ou injúria (art. 1.547) (BRASIL, 1916).

Ou seja, os danos morais tinham por objeto indenizar ofensas aos direitos de personalidade que eram interpretados pelo magistrado. Dessa forma, somente seria indenizado por dano moral aquele que comprovasse os reflexos econômicos negativos da vida do ofendido (BRANCO, 2006).

O Código Civil de 2002 assim como o de 1916 não diz expressamente as palavras “dano moral”, mas, da análise alguns de seus vários artigos pode-se dizer que tal estatuto prevê o dano moral. Vale, inicialmente analisar o que determina o art.

927 do Código de 2002, que como já dito é a base para a responsabilidade civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Este artigo é a base do direito que ampara a obrigação de reparar, independente de culpa. Ela será aplicada conforme o art. 944 do mesmo código, que traz a seguinte redação: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Nestes casos caberá ao juiz, baseando-se no caso concreto, “medir” e “pesar” a extensão e gravidade do dano para então calcular equitativamente a indenização. Para tanto deverá levar em consideração, os aspectos lesivos e o alcance deles para a vida da pessoa que tenha sofrido com essa lesão, além de avaliar outros aspectos relevantes (GONÇALVES, 2007).

Sempre presente na vida humana, o dano moral era julgado no estado natural do homem. Ele era regido somente pelas leis jusnaturalistas, que eram aplicadas baseadas no uso da razão e estado social do homem, regulado por leis que visavam proteger a vida, economia e propriedades, e onde a prática era regulada pelo bom senso e boa-fé (STOCO, 2007).

Segundo expõe Stolze e Pamplona Filho (2003, p. 55) o conceito de dano moral encontra-se bem difundido. Para os autores a melhor e mais simplista definição seria de “lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”. Já Diniz (2008, p. 84), esclarece que o dano moral pode ser compreendido como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo”.

Gonçalves (2007, p.359) apresenta um conceito mais amplo destacando o alcance do dano:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Verifica-se assim uma clara distinção entre os danos moral e material. Porém, contrariando o que se imagina, o que realmente distingue ambos são os efeitos da lesão, a repercussão que ela teve sobre o ofendido e não sua natureza. No dano material pode ser verificada a diminuição patrimonial do ofensor, enquanto que no dano moral discute-se o quantum indenizatório, considerando ser difícil sua determinação pecuniária. Nesse caso faz-se essencial a comprovação do dano

imaterial sofrido, a dor, o sofrimento que aquele indivíduo passou, a forma como afetou o ânimo psíquico, intelectual e a honra da vítima (GONÇALVES, 2007).

2.3 A possibilidade dos danos morais em razão do abandono afetivo

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendido como fundamento maior do Estado Democrático de Direito, encontrando-se estatuído no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo assim o núcleo basilar que alcança todas as relações jurídicas capitaneadas pela Constituição Federal brasileira, de modo a indicar os nortes dos atos estatais e as mais diversas relações sociais. Sendo um princípio fundamental, resta claro o seu foco sobre o indivíduo, de maneira a prover institutos visando sua prevalência e fortalecimento de sua identidade. Para Dias (2015, p. 62):

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimento e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Nesse sentido, assim como o direito de família o instituto da responsabilidade civil integra um mesmo sistema que possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que visa garantir no âmbito familiar não somente uma convivência plena entre os cônjuges, mas entre todos os integrantes desse núcleo. Assim, no meio familiar é necessário que seja garantido o desenvolvimento pleno de todos os integrantes, de modo que seja possibilitada a eles a realização de suas aspirações e necessidades afetivas, de modo que sejam garantidos o suporte educacional, emocional, intelectual e moral aos filhos. Nesse diapasão, Tepedino (2011, p. 22) destaca o seguinte:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos, econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

O chamado princípio da parentalidade responsável, também conhecido como responsabilidade parental, estatuído no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, abarca a integralidade dos deveres relativos ao poder familiar dos pais, sendo que dentre eles encontra-se o de prover o sustento e a convivência, ou seja o suprimento das necessidades materiais e morais para com os filhos. O principal objetivo é o desenvolvimento sem prejuízos físicos ou psíquicos a esses. Nesse sentido, cabe destacar o que traz o dispositivo constitucional:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1998).

O fim do relacionamento dos genitores, seja por qualquer dos motivos previstos no ordenamento jurídico, não pode ocasionar a desunião de pais e filhos. Isto é, até que esses completem dezoito anos é dever dos pais estarem juntos dos filhos, seguindo o que estabelece o princípio do melhor interesse da criança, sendo fundamentado tal comportamento na tutela jurídica que sobressai aos interesses dos genitores. A ausência de convivência entre os pais não deve implicar na cessação da convivência entre os pais e filhos, mesmo que esses não morem na mesma residência (LÔBO, 2012).

Nesse sentido, os filhos devem ser priorizados, mantendo-se o vínculo de comunicação entre os de maneira a propiciar estabilidade afetiva derivada do relacionamento entre pais e filhos. Sendo um dever dos pais viabilizar o contato e convivência, o descumprimento pode gerar a adoção de medidas que devem oferecer à criança uma alternativa à conduta inadimplemento dos genitores quanto aos seus deveres como pais. Sobre essa temática, Maciel (2014, p. 32) destaca o seguinte:

Quer dizer isso que, se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não queiram cumpri-lo, inclusive através de advertência (art. 129, VIII, do ECA), representação por infração administrativamente, imposição de multa diária com valor expressivo (astreintes) ou, ainda mediante ação de indenização por dano moral, se for o caso.

Surge então, a partir dessa conduta, uma ampla discussão a respeito da possibilidade de condenação dos genitores em razão do abandono afetivo, que passa

a ser entendido então como verdadeiro dano afetivo, sendo esse causado pela ausência de convívio, contato, cuidado e, em razão disso, a inadimplência dos deveres relacionados a essas condutas. Nesse sentido, pode-se afirmar que os danos morais acabam por configurar um mecanismo coerente para proteger o afeto, já que sua relevância no meio social é cada vez maior nos relacionamentos (CAMARGO NETO, 2011).

Assim, o apoio moral, psíquico e afetivo é um dever indispensável dos genitores, e sendo esses ausentes por parte do pai ou da mãe, isto é, desconsiderando esses o convívio, o entrosamento e a interação, abandonando sua prole, os efeitos danosos alcançam a saúde psíquica ocasionada pelo sentimento de rejeição, já que como bem explana Madaleno (2016, p. 370) “para o filho em formação é de extrema importância a convivência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora de sua hígida formação moral e psíquica”.

Nessa ótica ainda, vale expor o posicionamento de Camargo Neto (2011, p. 17-18) que destaca o seguinte a respeito do chamado dano afetivo:

Enquadrado no gênero dos danos morais, ou na subespécie dos danos à pessoa, o dano afetivo é aquele que atinge a criança ou o adolescente, em consequência do descumprimento do direito-dever de visita do pai – e às vezes da mãe -, fixado de comum acordo entre marido e mulher na separação consensual, ou imposto coativamente pelo juiz nas sentenças de separação e divórcio litigiosos, investigação de paternidade, regulamentação de visitas etc. (...) Este dever consiste não apenas na prerrogativa do respectivo titular de se avistar com a criança ou adolescente, mas também de com ela ou ele se comunicar por meio de correspondência, e-mail, telefone celular etc., assegurando-lhe, ainda, o poder de fiscalizar a manutenção e educação. Pressupõe, assim, que haja convivência entre ambos, para que conforme o caso, o vínculo de estabeleça ou se consolide, gradativamente, e que a criança ou o adolescente possa receber o afeto, a atenção, a vigilância e a influência daquele ou daquela que não detém sua guarda, de modo a alcançar a plena higidez física, mental, emocional e espiritual, que, como se sabe, depende, entre outros fatores, do contato e da comunicação recíproca e permanente com seus dois progenitores. Descumprido esse dever, surgem, invariavelmente inúmeras sequelas psíquicas e emocionais. (...) Ademais, poderá, também ensejar a condenação ao pagamento da indenização desses danos

Cabe salientar ainda que de maneira diversa do que os adultos entendem, os filhos não são capazes de compreender a ausência sem motivo dos pais, sendo que essas acabam tendo um peso ainda maior nas datas especiais que marcam momentos importantes da vida desses. Desse modo intensifica-se ainda mais a necessidade de um mecanismo que indenize o filho por esse abandono efetivo.

Dias (2015, p. 70) surge então como uma das mais importantes defensoras aplicabilidade do instituto e destaca o seguinte:

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio. (...) Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar (CC.1638, II). Porém, esta penalização não basta. Aliás, a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono. (...) A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.

Essa novel tendência doutrinária e jurisprudencial de fazer com o que os pais indenizem os filhos vítimas da ausência do convívio, independentemente de haver o cumprimento do dever alimentício, tem significado a construção de uma nova conjuntura jurídica no que tange não somente às decisões judiciais, mas até mesmo aos modelos de relacionamento entre pais e filhos. Contudo, por ser uma temática relativamente recente no país há diversas controvérsias e posicionamentos antagônicos (LÔBO, 2012).

Um dos mais relevantes casos jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro e que acaba possibilitando a incidência do pagamento de indenizações a filhos em razão de abandono afetivo é relacionado a um caso julgado no ano de 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse processo, a filha demandou por meio de uma ação indenizatória o pagamento de danos morais em razão da responsabilidade civil do genitor em razão da negligência.

Por meio do recurso especial, nº. 1.159.242 SP, o genitor alegava violação do artigo 186, 944 e 1.638 do Código Civil de 2002, alegando também divergência jurisprudencial, já que outrora a Quarta Turma do STJ já se manifestara pela impossibilidade de pedidos como esses. A relatora foi a Ministra Nancy Andrighi que antes mesmo de entrar no mérito da situação em comento, promoveu uma pequena excursão sobre a possibilidade de se aplicar às relações intrafamiliares os dispositivos referentes ao dano moral.

Nesse sentido vale expor a ementa do julgado que tornou possível a indenização por danos morais em razão de abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro sob a tutela do Superior Tribunal de Justiça:

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, exurgindo, 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 (BRASIL, 2012, online).

Cabe salientar que embora haja a relatora do recurso especial, a Ministra Nancy Andrighi, defendido de maneira veemente a manutenção da condenação por danos morais em razão do abandono afetivo por parte do genitor a decisão da corte não foi unanime, mesmo que haja sua tese sagrado vencedora. Isso indica que a matéria ainda pode suscitar novas discussões, possibilitando, contudo, um norte aos demais tribunais do país para decidirem de acordo com esse posicionamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do vínculo familiar demanda um comprometimento mútuo dos genitores no desenvolvimento dos filhos. O acompanhamento contínuo visando a assistência adequada e o cuidado são de extrema importância para a saúde psíquica e moral do indivíduo. Sendo assim, a ausência da participação de um desses pode

constituir o chamado abandono afetivo. Este trabalho buscou apresentar as repercussões jurídicas desse tipo de conduta, estudando principalmente a viabilidade da responsabilização civil desses pais com o consequente pagamento de indenização por danos morais relativos ao abandono.

Foi demonstrado inicialmente os principais aspectos relacionados à família e ao poder familiar, destacando as prerrogativas inerentes aos pais e filhos bem como apontando nos dispositivos normativos correlatos os mandamentos regulatórios mais relevantes a respeito do tema.

Além disso, em um segundo momento, buscou-se apresentar os aspectos mais relevantes referentes à responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro e o dano moral. Para tanto instrumentalizou-se uma série de posicionamentos doutrinários do tema para uma compreensão mais ampla acerca da aplicabilidade do instituto.

Concluiu-se com o desenvolvimento deste artigo que a indenização em razão de abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro é possível, porém a questão ainda é controversa e tende a evoluir tanto no que diz respeito aos posicionamentos doutrinários quanto no que diz respeito às decisões jurisprudenciais. Essa evolução é necessária seja para propiciar maior segurança jurídica seja para ampliar a tutela às pessoas lesadas por meio desta conduta.

CIVIL LIABILITY AND THE POSSIBILITY OF MORAL DAMAGES ARISING FROM AFFECTIVE ABANDONMENT

ABSTRACT

Family law is a branch that constantly changes due to its changing character, which follows the evolution of social behaviors and paradigm breaks, but a fact that is practically unanimous in the most diverse stages experienced by this important field of civil law is the understanding of affection as an essential element to the establishment of the family nucleus, especially that which comes from the parents to the children. The absence of affection can cause a series of damages to the development of the individual soon to be repudiated and challenged by the legal order. In Brazil much has been discussed regarding the possibility of imputation of civil responsibility with the obligation of payment of compensation due to moral damages due to affective abandonment. Thus, the present work has the objective of performing an analysis of this conjuncture in order to understand the main doctrinal and jurisprudential positions on the subject. For this purpose, this article was substantiated by means of a literary revision methodology, making it possible to conclude the possibility of payment of

indemnity due to affective abandonment, although there is still much controversy on the subject both in doctrine and in jurisprudential decisions.

Keywords: Emotional abandonment. Indemnity. Moral damages. Possibility.

REFERÊNCIAS

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos:** pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_17.03.2015/art_84_.asp>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família.** São Paulo: Método, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade por actos ilícitos.** Coimbra: Almedina, 1974.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2011.

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

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9 ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TENIUS, Márcia Regina de Azevedo Falkenbach. **ABANDONO AFETIVO: Responsabilidade Civil pelo Desamor**. 2014. 37 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em:

<<https://tcconline.utp.br/media/tcc/2014/08/ABANDONO-AFETIVO-RESPONSABILIDADE-CIVIL-PELO-DESAMOR.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Coord.) **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 48 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.