



Universidade Federal de Juiz de Fora

FACULDADE DE DIREITO

JAMILLE TORRES WAKED

**O CABIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL À LUZ
DA DIGNIDADE HUMANA**

Juiz de Fora
2011

JAMILLE TORRES WAKED

**O CABIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL À LUZ
DA DIGNIDADE HUMANA**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Comissão de Monografia da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de bacharelado.

Orientador: Professor Israel Carone Rachid.

Juiz de Fora
2011

JAMILLE TORRES WAKED

**O CABIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL À LUZ
DA DIGNIDADE HUMANA**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Israel Carone Rachid (Orientador) - UFJF

Profa. Raquel Bellini de Oliveira Salles - UFJF

Profa. Isabela Gusman Ribeiro do Vale - UFJF

Juiz de Fora, 28 de novembro de 2011.

Dedico este trabalho aos meus pais, Antônio e Suely, fonte inesgotável de amor fortalecedor, por me fazerem crer, todos os dias, que a minha vontade é bastante para tornar sonhos em realidade.

Agradeço aos meus amados irmãos e aos meus queridos amigos pelo carinho, apoio e incentivo nos momentos em que a ansiedade me tomou as esperanças.

Aos professores da UFJF que me acompanharam na jornada acadêmica, inclusive os dessa banca examinadora, pelos conhecimentos e experiências compartilhados.

Sozinha eu não chegaria.

RESUMO

O presente estudo discute a possibilidade da concessão de reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo parental. Mostra a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, tendo em vista a não utilização de um conceito de dano moral técnico-jurídico, adequado a um Direito Civil constitucionalizado, o qual possui como fundamento máximo dos seus institutos o princípio da dignidade humana. Analisa a possibilidade de dano moral por abandono afetivo ante a violação a este princípio, vislumbrando a hipótese a partir da ponderação dos substratos que o compõem. Caracteriza o abandono afetivo e delimita as possibilidades de reparação dos danos morais, apontando os critérios que devem ser utilizados.

Palavras-chave: *Dano Moral. Abandono Afetivo. Dignidade Humana. Direito de Família. Responsabilidade Civil.*

LISTA DE ABREVIATURAS

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

TJ – Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

CDC – Código de Defesa do Consumidor

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CF – Constituição Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOCTRINA BRASILEIRA.....	12
1.1 Os problemas encontrados na jurisprudência	12
1.2 Divergências Doutrinárias	17
2. UM CONCEITO TÉCNICO DE DANO MORAL À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA	20
2.1 O conceito de dano moral elaborado por Maria Celina Bodin de Moraes	21
2.2 A ponderação de princípios para a solução do conflito de interesses no caso do dano moral por abandono afetivo	25
3. O MODO E A MEDIDA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO	27
3.1 Caracterização do abandono afetivo	27
3.2 Delimitação das hipóteses.....	29
3.3 Alguns julgados acertados	33
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O conceito de família sofre mutações com a evolução histórica da sociedade. Desde os primórdios, passando pela civilização e pelas modificações do século XX – as quais merecem destaque – até os dias atuais, a instituição familiar teve alterada sua estrutura e função. Entretanto, uma coisa é certa: o Estado, com o passar do tempo, apenas valorizou cada vez mais o papel da família perante a prole.

No momento atual, tem-se a família monoparental como realidade incontestável, mas não por uma desvalorização da entidade familiar. Ela é resultado da evolução do papel da mulher na sociedade com a sua inserção no mercado de trabalho, da possibilidade da dissolução do casamento, e dos relacionamentos fugazes, tão comuns no mundo contemporâneo.

Como ficam, porém, as crianças que nasceram ou que passaram a ter que se adaptar a um ambiente familiar monoparental, seja por terem sido concebidas sem planejamento dos genitores, seja por terem presenciado a separação dos pais?

O grande problema surge quando os pais¹ acreditam não ter responsabilidades para com os filhos nascidos de um relacionamento sem perspectiva ou quando eles, ao constituírem nova família, esquecem os descendentes do primeiro matrimônio.

A Psicologia, ciência que estuda o comportamento e os processos mentais do homem, é capaz de explicar a importância das figuras parentais² na formação de um indivíduo, mas, para além desse saber específico, é possível perceber no cotidiano as consequências que podem aparecer na vida adulta quando uma criança ou adolescente cresce sem as devidas referências dos genitores: fragilidade psicológica e emocional que poderá se refletir por toda a vida pessoal e profissional, ao não saber como se comportar perante as adversidades.

A finalidade do presente trabalho é estudar a aplicação do instituto da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo parental, ou seja, estudar a possibilidade do filho que cresceu desamparado afetiva e moralmente por um dos pais, ter compensados os danos sofridos em decorrência deste abandono, fundamentando seu pedido na dignidade humana, interpretada tecnicamente.

¹ Refere-se a “pais” para abranger as figuras paterna e materna, uma vez que, apesar de ser mais comum o abandono por parte da figura masculina, é totalmente possível o abandono pela figura feminina.

² “Parental: do latim *parentale*; adjetivo, 2g, Relativo a pai e mãe.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

Assim, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, fará jus o filho à compensação por dano moral devido ao abandono afetivo por parte do genitor ou genitora?

O tema “responsabilidade civil” vem ocupando cada vez mais espaço de discussão entre os operadores do Direito e, a cada época, surgem novos tipos de danos merecedores de reparação, fazendo com que haja a constante renovação dos seus institutos.

A responsabilização civil por abandono afetivo parental já conta com vasta jurisprudência pátria no que diz respeito àqueles que optaram por não ser pais mesmo após o nascimento da prole, causando danos ao filho abandonado. Entretanto, não há consenso jurisprudencial sobre o tema, pois ainda que o Superior Tribunal de Justiça mantenha seu posicionamento pelo não cabimento desde 2005, quando decidiu pela primeira vez um caso deste tipo no REsp nº. 757411, sob o argumento de que “escapa do arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou manter um relacionamento afetivo” (Voto do Ministro Fernando Gonçalves), não se esgotaram os pedidos ao Judiciário.

Também não há consenso doutrinário sobre o assunto, mas é amplamente reconhecido o cuidado com que os operadores do Direito devem ter não apenas com o tema relativo ao dano moral por abandono afetivo, mas com qualquer tipo de responsabilidade civil nas relações afetivas.

A despeito dos sólidos argumentos da doutrina a favor da responsabilização por dano moral do genitor que abandona o filho afetiva e emocionalmente, a jurisprudência brasileira, em sua maioria, se mantém posicionada no sentido inverso. Por outro lado, surgiu nova corrente de magistrados, contrários ao STJ, e já é possível encontrar acórdãos de Tribunais de segunda instância admitindo o dano moral por abandono afetivo sob uma argumentação madura.

Portanto, justifica-se a realização da pesquisa sobre o tema escolhido, uma vez que, apesar de muito debatido, não se chegou a uma resposta suficiente aos anseios da sociedade. Isso porque é possível encontrar ainda diversos pedidos deste tipo nos tribunais brasileiros, o que demonstra um inconformismo com o posicionamento do Tribunal Superior.

Diante disso, o problema enseja discussões cada vez mais específicas, envolvendo o Direito Constitucional, o Direito de Família, a Responsabilidade Civil e a Psicologia, por se tratar de questão interdisciplinar. Esta característica faz parte da

evolução do conceito de pesquisa e o estudo da psicologia humana, neste caso, faz-se essencial para aplicação dos institutos jurídicos diante da complexidade das relações humanas.

Ressaltamos de pronto que não se trata aqui de obrigar um pai ou uma mãe a dispensar amor e carinho, mas sim de cobrar deles o exercício de seus deveres juridicamente estabelecidos para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos; deveres estes que limitam a liberdade de escolha dos indivíduos em agir ou não agir como pais. Não se trata também de uma generalização, pois não será todo e qualquer abandono afetivo que ensejará a reparação de danos morais. Deve-se analisar cada caso para perceber ou não os requisitos exigidos pela teoria da Responsabilidade Civil.

Pretende-se mostrar que o genitor responde subjetivamente pelos danos morais causados ao filho pelo abandono afetivo, impondo-se a reparação. Fundamentar-se-á na dignidade humana – no papel que ela possui na atual ordem constitucional – e nos deveres dos pais para com os filhos, estabelecidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Isso tudo tendo em mente que, no decorrer evolucionário, a ideia de proteção da família em si, como entidade fechada, imune de interferências do Estado nos problemas decorrentes das relações entre seus membros, foi substituída pela proteção de cada indivíduo pertencente a ela, pois é vista hoje como um instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana.

A pesquisa terá viés compreensivo e interpretativo, na medida em que irá analisar a doutrina e a jurisprudência a respeito do tema, e, conseqüentemente, buscará apontar as soluções para a compensação dos danos morais causados ao filho abandonado através de um critério técnico e objetivo.

No que concerne às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se a livros, artigos e julgados dos tribunais pátrios, consultas à legislação, com a finalidade de abordar as diversas posições sobre o assunto, apontar a deficiência do sistema e criar uma solução para o problema apresentado em função das contradições jurídicas existentes.

Esta monografia foi estruturada em três capítulos. O primeiro alude aos principais problemas encontrados para a concessão do dano moral por abandono afetivo na jurisprudência pátria, focando no problema da conceituação do dano moral

e na importância de o conceito ser técnico-jurídico, além de demonstrar a divergência doutrinária sobre o tema.

O segundo capítulo expõe o marco teórico deste trabalho, qual seja, o conceito de dano moral elaborado pela eminente doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes, além de explicar a técnica de ponderação de princípios como necessária para a solução de conflitos de interesses.

Finalmente, o terceiro capítulo refere-se às questões de modo e medida do dano moral por abandono afetivo. Inicia com a caracterização do abandono afetivo em uma perspectiva interdisciplinar. Adentra na responsabilidade civil, demonstrando a importância do nexu causal e como ele é aplicado no caso estudado para delimitar as hipóteses e finaliza mostrando jurisprudências que corroboram a hipótese da pesquisa.

1. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA BRASILEIRA

1.1 Os problemas encontrados na jurisprudência

De plano, é preciso ressaltar a fundamental importância de se estabelecer um conceito técnico e objetivo para um instituto jurídico. As conceituações feitas pela ciência do Direito facilitam sua aplicação e conferem estabilidade às relações jurídicas intersubjetivas. Isso significa concretizar o princípio da segurança jurídica, um dos pilares para se alcançar a justiça e a pacificação social – as finalidades maiores do Direito –, pois confere aos indivíduos a garantia necessária para desenvolverem suas relações sociais. É também, um dos princípios basilares do Estado Democrático Direito e possui relação direta com os princípios fundamentais e princípios constitucionais relacionados à funcionalidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, os conceitos jurídicos devem ser revestidos de objetividade, permitindo aplicação homogênea pelos juízes e tribunais, para evitar contradições nos veredictos do Judiciário.

No caso das relações de família, especificamente no abandono afetivo paterno-filial, o problema principal está no mecanismo de identificação do dano moral, isto é, nas dificuldades de conceituação.

Atualmente o dano moral tem sido usado como uma válvula de escape das pessoas para qualquer aborrecimento da vida – tem ocorrido a banalização do dano moral.

Grande parte do problema identificado neste trabalho está no conceito utilizado pela maioria dos juristas brasileiros, os quais recorrem à noção de dano moral, extraída da chamada “lição de René Savatier”, segundo a qual, “dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”³. O dano moral seria, então, a dor, o sofrimento, a humilhação, a tristeza, a angústia, ou seja, qualquer abalo psíquico. Trata-se de ideia ampla e genérica que acaba por confundir a lesão com os efeitos causados por ela, haja vista que nem toda situação em que existe dor, sofrimento, humilhação, tristeza e angústia gera dano moral. Além disso, exclui as pessoas que não têm discernimento, como por exemplo, incapazes,

³ *Traité de la responsabilité civile*. Vol. II, n. 525 *apud* MORAES, 2005, *apud* Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

menores e pessoas em coma, as quais também estão aptas a sofrer esse tipo de dano.

Como consequência da ampla utilização desta vertente, é possível observar as confusões na jurisprudência, a qual defere, por exemplo, indenização por dano moral devido ao sentimento de desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação, causados pelo extravio de bagagem por transporte aéreo em viagem ao exterior ⁴, mas nega o dano moral por uso não consentido de imagem de uma famosa atriz, sob o absurdo argumento de que apenas as mulheres “feias” poderiam sofrer humilhação e constrangimento com a exposição da sua figura sem autorização⁵.

Esta confusão ocorre porque os elementos “dor” e “humilhação” não são suficientes para a configuração jurídica do dano moral, pois acontecem em diversas intensidades a depender da pessoa e são impossíveis de serem aferidos objetivamente. Afinal, todas as relações humanas podem nos causar sofrimento, e não é possível diferenciar aquele que deve ser reparado daquele que não deve.

No que tange aos julgados específicos sobre dano moral por abandono afetivo parental, a confusão é ainda maior, pois mesmo que os autores aleguem sofrimento, como “humilhação” e “abalos psicológicos”, a compensação com danos morais é negada sob o argumento de que “ninguém é obrigado a dar amor”. Nos Tribunais de Justiça de todo o país, esse tipo de decisão acontece reiteradamente. Toma-se como exemplo a Apelação Cível nº 1.0707.05.095951-9/001, do TJMG, da qual extraímos a seguinte ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexa causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. ⁶ (grifo nosso)

⁴ STF, 2ª T., RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJ 21/02/1997.

⁵ TJRJ, Rel. Des. Wilson Marques, julgado em 29/09/1999 e publicado na *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 41, pp. 184-187.

⁶ TJMG, Rel. Des. Nepomuceno Silva, julgado em 08/07/2010 e publicado em 23/07/2010.

Apesar de acertada quanto à exigência dos requisitos da responsabilidade civil para a concessão da indenização, o acórdão indefere o pedido sob o argumento de que não se pode exigir amor e carinho e diz ainda que a decisão judicial não será capaz de alterar a relação entre pai e filho. Ocorre que não se trata de exigir um relacionamento afetivo entre as partes, porque isso, de fato, o Judiciário não pode fazer, mas deseja-se exigir que o pai compense os danos sofridos pelo filho ao ignorar as responsabilidades parentais que recaem sobre ele, independente da sua vontade. Isso porque, quando um ser em formação se vê furtado da presença do genitor na sua criação e educação, sua integridade psíquica pode ficar comprometida e as lesões eventualmente causadas merecem compensação. Ademais, há a afronta à solidariedade, princípio que, ao lado da dignidade humana, é fundamental do Estado Democrático de Direito.

Além disso, apesar de a ementa frisar que os danos morais decorrem de situações especiais e que a dor e a angústia não são decorrentes de mero aborrecimento cotidiano, nega-se o dano moral ao filho abandonado como se este não tivesse padecido destes sentimentos, havendo apenas uma frustração corriqueira, o que demonstra um enorme contrasenso.

Não acontece diferente no TJ do Estado do Rio de Janeiro, conforme se extrai da ementa da Apelação Cível nº. 0138069-34.2005.8.19.0001 (2007.001.21787):

Apelação Cível. Ação indenizatória. Revelia. Efeitos. Presunção relativa da veracidade dos fatos. Abandono afetivo. Falta de pagamento de aluguéis do imóvel onde residia a menor. Despejo. Descumprimento de obrigação alimentar. Danos morais. Impossibilidade. Improcedência dos pedidos. Correta a sentença. Precedente STJ. A decretação da revelia não acarreta a presunção absoluta da veracidade dos fatos narrados na inicial, sendo permitido ao Juiz, com base nos princípios da livre apreciação da prova e da persuasão racional, julgar com base em outros elementos que levem a convicção contrária. Trata-se de ação indenizatória por danos morais proposta pela apelante em face do pai e dos avós paternos por abandono afetivo. Sustenta que o abandono material, intelectual e sentimental lhe causou abalo psicológico, sofrimento, angústia, razão pela qual requer condenação por danos morais. Na hipótese, a autora foi despejada por falta de pagamento do imóvel onde residia com sua mãe. Ocorre que o dever de pagar os aluguéis é oriundo de obrigação alimentar contraída pelo primeiro apelado, pai da autora. Por certo, o descumprimento da obrigação alimentar não enseja a condenação por danos morais, mormente porque a nossa Carta Magna excepciona a regra que veda a prisão civil por dívida como punição ao devedor voluntário e inescusável de alimentos, sem prejuízo da punição de perda do poder familiar prevista no art. 1.638, inciso II do CC/02 e art. 24 do ECA. É bem verdade que é repugnante o pai permitir que sua filha adolescente seja despejada, contudo, não se pode exigir um sentimento de carinho e amor paterno. Por outro lado, é preciso levar em consideração que, na maioria das separações, aquele que fica com a guarda da filha acaba transferindo todas as mazelas do casamento falido, sem olvidar que a indenização pode não suprir o amor do pai,

tampouco dos avós. Desta forma, não cabe ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar, dar carinho e atenção, sendo certo que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse diapasão, não há como abraçar a tese da apelante, devendo ser confirmada a sentença de improcedência. Desprovidimento do recurso. ⁷ (grifo nosso)

Nesse julgado, além da confusão conceitual de dano moral já demonstrada na ementa anterior, o Tribunal insiste em dizer o óbvio: que a indenização não pode suprir o amor do pai. A indenização servirá, nestes casos, apenas como compensação de uma lesão à dignidade humana, pois não será mesmo possível retornar ao estado anterior ao dano. A decisão dá a entender ainda que, do fato que gerou o dano material, não era possível a decorrência de danos morais no âmbito do Direito de Família, o que não faz o menor sentido diante da súmula nº. 37 do STJ ⁸.

Também se depara com precedentes deste tipo no Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, como por exemplo, a Apelação Cível nº. 70035087097, cuja ementa transcreve:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DA MÃE. INEXISTÊNCIA DE LIAME BIOLÓGICO ENTRE AUTORA E RÉ. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. 1. Descabe declarar a nulidade da sentença, por incompetência do juízo, quando não houve irrisignação da parte com relação ao processamento do feito na vara cível e quando a matéria civil e de família guardam estreita relação entre si, não se justificando o ajuizamento de nova ação, até em homenagem aos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, da economicidade, e da celeridade. 2. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 3. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 4. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 5. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre mãe e filha, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 6. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre mãe e filha, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. 7. Se o exame de DNA comprovou que a ré não é mãe da autora, mas sua tia, não tendo sequer formalizado o seu registro, então mostra-se totalmente descabida a

⁷ TJRJ. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0138069-34.2005.8.19.0001 (2007.001.21787). Rel. Des. Joaquim Alves de Brito. Julgado em 11/09/2007.

⁸ Enunciado da Súmula nº. 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

alegação de abandono afetivo e o pedido de indenização por dano moral. Recurso desprovido.⁹ (grifo nosso)

Como é possível observar, nesse acórdão estão presentes os mesmos equívocos descritos acima. O Tribunal faz questão de reforçar que o distanciamento entre pais e filhos é “fato da vida” e que não ofende a dignidade humana, não podendo, portanto, ser compensado pecuniariamente. Acontece que a ausência dos pais na criação dos filhos nem sempre é mero fato triste da vida, mas sim, em alguns casos, pode vir a ser um fato jurídico, pois na lei pátria existe a previsão das diversas responsabilidades dos genitores perante os filhos que colocam no mundo.

Para completar a confusão, o entendimento dos Tribunais citados acima encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa no Recurso Especial de nº. 757411/MG, no qual a ementa traz o seguinte:

AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO. A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil.¹⁰ (grifo nosso)

Desse modo, demonstrou-se que os danos morais operam-se, na prática forense majoritária, no nível do senso comum, delineando-se as hipóteses de configuração com sentimentos que não são capazes, pela própria natureza, de ter alguma objetividade. Como consequência, vislumbra-se a banalização do instituto e a inversão da sua finalidade: o que surgiu para dar maior proteção à personalidade humana, hoje acaba por desvalorizá-la, o que é totalmente perceptível analisando os valores cada vez mais baixos atribuídos às indenizações.

Todavia, a tamanha importância do dano moral para o mundo atual pede um grau de tecnicidade em conformidade com a ciência que é o Direito. Há a necessidade de rigor científico no conceito de dano moral, para que o ressarcimento

⁹ TRRS. Apelação Cível nº. 70035087097. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 14/09/2011 e publicado no Diário da Justiça do dia 16/09/2011.

¹⁰ STJ. Resp. Nº. 757411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.

se dê com seriedade, facilitando o desenvolvimento da responsabilidade civil, de modo a proporcionar segurança jurídica e a proteção mais efetiva à pessoa humana.

1.2 Divergências Doutrinárias

Não é pacífica na doutrina a aceitação da aplicação do instituto do dano moral nos casos de abandono afetivo. Há basicamente três correntes jurídicas contrapostas.

A primeira corrente entende que na relação entre pai e filho não é possível a caracterização de danos morais por abandono afetivo, uma vez que não se compensa a ausência do pai com indenização pecuniária, havendo apenas eventuais danos materiais se o filho precisar de tratamento especializado para lidar com os abalos psicológicos.

Aponta-se, o posicionamento dos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, no livro *Direito das Famílias*, conforme demonstra o trecho a seguir:

(...) não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. (...) Até porque a indenização pecuniária neste caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação (ROSENVALD e FARIAS, 2011, p.90 e 91).

Mais adiante admitem a possibilidade de uma responsabilização civil por danos materiais, demonstrando concordarem com essa a corrente citada:

Não negamos a possibilidade de um dano material decorrente da negativa de afeto, quando, por exemplo, o pai abandonou emocionalmente o filho, causando traumas que reclamam atendimento médico ou psicológico por profissional. Nesse caso, contudo, o dano é tão somente de ordem patrimonial, gerando uma indenização, com base no ressarcimento integral (*restitutio in integrum*). Pontuamos, inclusive, que sendo possível a reparação *in natura* do dano (como custeio de um tratamento terapêutico, por exemplo), não será preciso a reparação pecuniária (ROSENVALD e FARIAS, 2011, p.556).

Apesar de se concordar com os doutos doutrinadores no tocante à irreparabilidade do afeto que alguém deixou de receber, não se pode anuir com a passagem que diz haver apenas eventual dano material, pois, como será melhor explicado adiante, o infante é lesionado em sua dignidade quando o pai ou a mãe

foge do exercício de seus deveres juridicamente estabelecidos, não possibilitando um desenvolvimento saudável da criança, afetando-lhe a integridade psíquica e a solidariedade familiar.

Uma segunda forma de pensamento defende que a responsabilização nas relações de família é possível apenas nos casos em que haja ato ilícito, conforme previsto nos artigos 186 c/c artigo 927 do Código Civil, ou seja, a responsabilidade civil é plenamente aplicável, uma vez preenchidos os seus requisitos. Acredita-se ser esta a corrente mais acertada e, neste sentido, cita-se a doutrinadora Maria Berenice Dias, que na obra *Manual de Direito das Famílias* expressa entendimento favorável ao cabimento de danos morais por abandono afetivo, conforme demonstra o trecho destacado a seguir:

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. (...) Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (CC 1.638 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 relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai (DIAS, 2010, p. 449 e 450).

Para esta consagrada jurista, portanto, tendo em vista que as ciências que estudam o psiquismo já comprovaram a importância da família para o desenvolvimento sadio das crianças e que o rompimento com um dos genitores pode causar sequelas psicológicas, comprometendo o desenvolvimento saudável, é plenamente possível a responsabilização do pai ou da mãe. Assim, o responsável pelo afastamento da prole com um dos seus genitores deverá reparar o dano causado à integridade psicofísica da criança. Contudo, a autora distingue muito bem a sanção prevista no Código Civil, qual seja a perda do poder familiar, da responsabilização civil por danos morais, de tal modo que esta não depende daquela, mas sim dos seus requisitos específicos.

A terceira posição aceita a indenização tanto em casos gerais, regidos pelo artigo 186, quanto em casos específicos, nas hipóteses de violação de deveres inerentes às relações familiares previstos no Código Civil, quando aplicados os institutos próprios do Direito de Família, que é o caso de autores como Ruy Rosado de Aguiar, em *Reparação Civil no Direito de Família* e Yussef Said Cahali, em *Dano*

Moral (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2006, p. 816). Refuta-se de pronto esta hipótese, pois uma coisa são os dispositivos próprios do Direito de Família que prevê consequências decorrentes da violação dos deveres característicos das relações familiares, outra coisa é a responsabilidade civil, que possui requisitos específicos para obrigar alguém a reparar o dano sofrido por outrem. Esta corrente acaba por confundir os institutos e suas finalidades.

Com essa breve explanação de doutrinas sobre o tema estudado, demonstrou-se que existe a divergência. É possível perceber também que o problema em torno do dano moral por abandono afetivo envolve não apenas as questões conceituais, mas também questões relacionadas à adequação dos requisitos exigidos pela responsabilidade civil para a configuração da obrigação de indenizar.

2. UM CONCEITO TÉCNICO DE DANO MORAL À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

Acredita-se no cabimento do dano moral por abandono afetivo sem que ocorra a temida banalização dos danos morais, desde que se utilize conceito e critérios de identificação técnicos e objetivos, fundamentados no atual norteador do ordenamento jurídico: o princípio da dignidade humana.

O dano moral surgiu da evolução da responsabilidade civil no decorrer da história com a finalidade de proteger interesses existenciais, quando a garantia legal de reparação apenas de danos materiais já não era mais suficiente para a sociedade complexa que havia se formado e deduziu-se por existirem danos que, apesar de não identificados como materiais, faziam-se presentes em razão, simplesmente, da condição de seres humanos das pessoas.

Em um primeiro momento, não se admitia a reparação por dano moral, sob o argumento de que o sofrimento era inestimável. Posteriormente, verificando-se que esse pretexto acabava por gerar o inverso, deixando a vítima lesionada em sua dignidade humana completamente ignorada, superou-se aquele entendimento, para a idéia de compensação pecuniária pelo dano causado, para atenuar o sofrimento indiretamente (MORAES, 2005).

No Brasil, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o dano moral foi reconhecido constitucionalmente – artigo 5º, incisos V e X – e daí em diante a sua reparabilidade passou a ser incontestável. Logo depois, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, incisos VI e VII, trouxe como direitos básicos do consumidor a prevenção e reparação de danos morais. E em 2002, o artigo 186 do Novo Código Civil previu o dano moral proveniente do ato ilícito.

Não obstante, por ser impossível a aplicação, nos danos morais, do método matemático consagrado pela teoria da diferença para a averiguação dos danos materiais, acabou por prevalecer o sentido natural de dano moral, associado a qualquer prejuízo economicamente incalculável, e daí os problemas expostos no capítulo anterior.

É preciso atribuir ao dano moral um sentido técnico-jurídico, adequado ao Direito Civil constitucionalizado, no qual as normas são interpretadas de acordo com as balizas estabelecidas pela Carta Magna.

Assim sendo, a doutrina atual procura elaborar um conceito de dano moral que seja suficiente, isto é, que não seja tão amplo ao ponto de abranger meros

aborrecimentos característicos da vida em sociedade, mas também não tão restrito, deixando a vítima de um dano injusto sem reparação.

2.1 O conceito de dano moral elaborado por Maria Celina Bodin de Moraes

A ilustre jurista Maria Celina Bodin de Moraes apresenta o caminho para se atingir os ideais expostos no item acima e, por isso, o conceito de dano moral aduzido por ela foi escolhido como o marco teórico norteador deste trabalho. Para a autora

constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. (2009, p. 327)

Pertinente se faz destacar um trecho da sua obra *Danos à pessoa humana*:

(...) afirmar que o dano moral é 'dor, vexame, humilhação, ou constrangimento' é semelhante a dar-lhe o epíteto de 'mal evidente'. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de 'danos injustos', ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis. (...) Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas. (2009, p. 130 e 131)

Embora apresente uma aplicação ainda latente na jurisprudência, escolheu-se o conceito elaborado por esta doutrinadora por julgar-se ser o mais avançado tecnicamente, até o momento, e também por estar vinculado a um direito fundamental basilar. Tal definição não está adstrita a direitos de personalidade, vai além deles, porque a personalidade, na visão da autora, não constitui um direito, mas sim um valor – o valor fundamental do ordenamento –, que é único e não pode ser fracionado taxativamente em direitos subjetivos. Estes direitos surgem do fato de a pessoa estar protegida constitucionalmente, e não o contrário, quer dizer, a pessoa não é protegida pela Constituição em virtude dos direitos que possui.

Ao mesmo tempo, esse conceito limita o dano como efeito da afronta à dignidade da pessoa, não sendo suficiente um mero transtorno ou aborrecimento na vida do ofendido, que o fez padecer de sentimentos indesejáveis.

Para Maria Celina, o conceito de dano moral não pode ser genérico, como “mal evidente”, sob o risco de surgirem várias interpretações, de acordo com a visão de cada indivíduo e, por outro lado, também não se deve deixar para o Supremo Tribunal Federal analisar as hipóteses de dano, de acordo com o caso, pois isso afrontaria a segurança jurídica (MORAES, 2009).

No entanto, um problema desta concepção seria entender o que é a dignidade e a própria jurista alerta para o fato de que a dignidade humana deve ser interpretada tecnicamente, assim como o “dano moral” e, para tanto, recorre aos postulados filosóficos kantianos, a partir dos quais traça os aspectos jurídicos da dignidade, já que o ordenamento jurídico não a define (MORAES, 2009).

Immanuel Kant, ao invés de apresentar uma lista taxativa de virtudes que compõem a moralidade, formulou a ideia de “imperativo categórico”, ou seja, uma forma que deve valer universalmente para toda ação moral, que é a própria dignidade inerente a todos, por ser uma qualidade própria que distingue os seres humanos. A partir do imperativo categórico, o homem deve ser visto sempre como um fim em si mesmo, e por consequência, toda vontade legisladora deve tê-lo como fim.

Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação –, “será desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade (MORAES, 2009, p. 85).

A partir do exposto, a doutrinadora desdobra o substrato material da dignidade em quatro postulados: igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica, e, por conseguinte, para gerar reparação por danos morais, as situações devem ser graves o bastante para reconduzirem-se a, pelo menos, um desses princípios.

No que tange à igualdade, além da sua clássica concepção como a soma dos aspectos formal – não dar tratamento discriminatório sem fundamentação jurídica – e material – tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a desigualdade –, esse princípio deve possibilitar a coexistência pacífica dos diversos

projetos de vida, a partir do “respeito pela diferença”, uma vez que todas as pessoas se unem em uma característica: a dignidade.

Assim, ao princípio da igualdade deve ser agregado o princípio da “diversidade”, ou seja, o respeito à singularidade de cada cultura, uma vez que seu oposto é a desigualdade, e não a diferença. Por sua vez, o legislador constituinte, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – artigo 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social, impondo o atendimento da igualdade substancial e da justiça social. O Estado deve promover iguais condições a todos de desenvolverem seus objetivos particulares de vida.

Com relação à integridade psicofísica, tradicionalmente, contemplava-se os direitos de não ser torturado e de ser titular de certas garantias penais. Na esfera cível, serve a garantir direitos da personalidade, instituindo hoje como se fosse um direito dilatado à saúde, compreendendo o bem-estar físico, psíquico e social. Resume-se no direito à existência com dignidade.

No âmbito do princípio da liberdade individual, atualmente, está consubstanciada uma perspectiva de livre exercício da vida privada, com privacidade e intimidade, o que significa poder realizar as próprias escolhas individuais para alcançar seu projeto de vida, sem interferências de qualquer espécie. Porém, a este direito será ponderado o dever de solidariedade social, pois os direitos existem para serem exercidos em contextos sociais, nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem uns em meio a outros. Não se trata de atribuir maior relevância a um ou outro princípio, mas ponderá-los, conforme o caso, com a finalidade maior de se tutelar adequadamente a dignidade humana.

A solidariedade, no caráter de substrato da dignidade humana, foi elevada, junto com esta, à condição de princípio fundamental ao Estado Democrático de Direito com a Constituição de 1988. Possui dois aspectos: é ao mesmo tempo dever e direito. Decorre da necessidade da coexistência humana e como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, que implicam a obrigação moral de reciprocidade: reconhecer o outro e não fazer a ele o que não quer que façam com você mesmo. É um princípio geral do ordenamento jurídico com força normativa capaz de tutelar o respeito devido a cada um.

A solidariedade está presente na Constituição no artigo 3º, o qual estabelece como alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III). Este princípio constitucional identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, para uma sociedade desenvolver-se como justa.

Pode-se dizer que a solidariedade é o fundamento daquelas lesões que ocorrem no “grupo”, abrangendo, inclusive, os danos sofridos no âmbito familiar, nas mais variadas maneiras.

Na passagem do direito moderno para o pós-moderno, o princípio da dignidade humana substituiu a tutela da liberdade individual, o que foi uma significativa mudança de paradigma. No Brasil, foi a partir da Constituição de 1988 que o respeito à dignidade humana tornou-se um comando jurídico – um princípio fundamental, alicerce da ordem jurídica democrática – e, dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, há completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra seu fundamento axiológico nos valores individualistas. A dignidade humana é princípio que confere unidade valorativa e sistemática ao direito civil.

Da mesma forma como Kant estabeleceu para a ordem moral, a ordem jurídica democrática também deve se apoiar na dignidade humana (MORAES, 2009). Tal princípio constitucional visa garantir não apenas a integridade física do ser humano, pois, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2009), ele se concretiza como “cláusula geral de tutela da pessoa”, normatizando os direitos das pessoas para dar-lhes proteção em qualquer circunstância e a todo o momento.

A cláusula geral protege a pessoa em suas múltiplas singularidades, fazendo-se concretizar no ordenamento jurídico ao não admitir que violações à igualdade, à liberdade, à integridade psicofísica e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidos.

Não é possível uma enumeração taxativa dos direitos da personalidade, porque em cada situação a personalidade humana irá apresentar um aspecto relevante. A personalidade é um valor que não pode ser limitado, previamente, em uma lista taxativa de direitos subjetivos.

Maria Celina conclui que a causa do dano moral é

a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana). (MOARES, 2009, p. 132)

A autora se utiliza do conceito de “danos injustos” com a finalidade de ampliar a concepção de “atos ilícitos” e fazer uma delimitação mais social dos danos susceptíveis de reparação, os quais passam a ser aqueles não suportados dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico (MORAES, 2009). O dano injusto é o dano imerecido, conceito que foca na pessoa da vítima, em conformidade com os pressupostos do Direito Civil atual, contrário ao Direito Civil Clássico, que tinha foco na conduta do agente ofensor.

Essa é uma tentativa de desvincular-se da antijuridicidade em direção à tutela de um interesse relevante juridicamente, ou seja, que afeta os aspectos da dignidade humana de maneira não razoável, tendo em vista a ponderação dos interesses contrapostos. Quem sofre um dano injusto merece vê-lo compensado. A ofensa à personalidade tem como efeito o dano, que repercute sempre em aspectos da personalidade humana e que configuram a sua dignidade.

Pelo exposto, o conceito de dano moral deve adequar-se ao dano como a lesão a um interesse juridicamente tutelado, focando-se no objeto atingido e não nos efeitos da lesão, o que permite a investigação sobre o interesse da vítima que foi atingido, a fim de se averiguar se ele merece ou não tutela através da compensação em danos morais. Extrai-se, por consequência, a necessidade de adequarmos os requisitos da responsabilidade civil à atual realidade do direito civil constitucionalizado, em que a conduta sai de foco, dando lugar ao dano, que uma vez “injusto”, deve ser reparado ou, no mínimo, compensado.

2.2 A ponderação de princípios para a solução do conflito de interesses no caso do dano moral por abandono afetivo

A decomposição da dignidade humana em diversos substratos atenta para o fato de que, quando houver confronto entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas poderá estar amparada por um deles, fazendo surgir um conflito entre princípios de igual importância hierárquica. Neste caso, os subprincípios poderão ser ponderados e a tutela da dignidade, assim como ocorre

com a justiça, deverá aparecer como finalidade máxima a ser atingida pela ponderação no caso concreto.

No caso do abandono afetivo paterno-filial, temos o conflito entre os aspectos da dignidade humana que amparam cada polo da relação: de um lado, está a liberdade individual dos pais, de fazerem o que bem entendem inclusive ignorar a existência do próprio filho; de outro, está o princípio da solidariedade familiar, basilar do Estado Democrático de Direito, que assegura também a integridade psicofísica da criança.

A solidariedade familiar se resume à assistência moral dos pais para com os filhos, conforme mandamento constitucional (artigos 227 e 229, CF, melhor explorados no próximo capítulo), é a obrigação de cuidado, de manter a integridade física e psíquica dos menores. Priorizou-se a figura dos filhos em detrimento dos pais, pelo menos enquanto menores, haja vista que, depois de maiores, quando idosos os genitores, o dever de cuidado se inverte (art. 229, CF).

Frente à condição de dependência e vulnerabilidade do menor e das responsabilidades legais estabelecidas para os pais na criação, educação e sustento dele, não é possível, em hipótese alguma, sobrepor a liberdade individual de um, em detrimento da solidariedade e da integridade psicofísica de outro. Deve-se levar em conta também que a criança concebida não escolheu vir ao mundo e encontra-se em uma situação de desigualdade devido aos atos exclusivos dos seus genitores.

3. O MODO E A MEDIDA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

3.1 Caracterização do abandono afetivo

Primordial para este trabalho é delimitar também o que caracteriza o abandono afetivo. Ressalta-se, desde logo, que essa é uma questão de caráter interdisciplinar, mas que mesmo assim, é possível fazer uma conceituação jurídica, haja vista a obrigação legal dos pais no tocante aos cuidados com os filhos menores.

Neste trabalho, foca-se nas situações em que se verifica o abandono afetivo ou moral de crianças e adolescentes em fase de crescimento, quando a presença dos genitores é imprescindível.

As obrigações dos pais para com os filhos encontram-se, inicialmente, na Constituição Federal, no artigo 227, os quais dividem com o Estado e com a sociedade o dever de assegurar à criança e ao adolescente

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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em seguida, o artigo 229 corrobora: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O Código Civil, além de prever que, enquanto menores, os filhos estão sujeitos ao poder familiar (artigo 1.630), prevê que desse poder surgem as responsabilidades dos pais, conforme o artigo 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; (...)”. Este diploma legal estabelece também a perda de tal poder, por ato judicial, para os pais que deixarem o filho “em abandono” (artigo 1.638, inciso II), medida eivada de caráter punitivo, mas com o fim de proteger o incapaz, pois, no contexto constitucional vigente, o poder familiar é posto com a finalidade de satisfazer as necessidades e interesses existenciais do filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente delinea, entre os direitos dos menores, o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (artigo 7º) e reforça os deveres parentais no seu artigo 22, ao determinar que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (...)”.

O ECA e a CF, conforme demonstrado, adotaram a doutrina da proteção integral para proteger crianças e adolescentes de qualquer negligência, colocando os pais como responsáveis pela efetivação dessas garantias, em conjunto com o Estado e a sociedade, ou seja, a proteção é dever social. A proteção se dá em virtude da peculiar condição dos infantes de pessoas em desenvolvimento, e por isso, merecem prioridade absoluta ¹¹.

Todavia, para que se caracterize a ocorrência da negligência, o genitor, ao não assumir as responsabilidades que lhe cabem, deve ter plena consciência do seu *status* de pai ou quando passou a sabê-lo, deve ter negado o reconhecimento da paternidade ao filho. Isso quer dizer que o ato de abandono deve ter acontecido exclusivamente por vontade consciente do parente.

Não obstante o exposto, os efeitos do abandono, quer dizer, as lesões causadas em um infante, só podem ser comprovadas com o auxílio de ciências como a Psicologia. Oportunamente, recorre-se às lições de Maria Berenice Dias (DIAS, 2010), que explica:

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se podendo mais ignorar a realidade, passou-se a falar em **paternidade responsável**. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (grifo original)

Dessa maneira, é possível aduzir que, em contraposição aos direitos dos filhos menores, surgem as responsabilidades dos pais, principalmente devido à posição de vulnerável daqueles, o que estabelece uma relação assimétrica.

As figuras do pai e da mãe possuem funções diferenciadas com relação à preparação dos filhos para o mundo transpessoal, ou seja, no preparo do menor para a vida em sociedade, na qual imperam limites e o respeito ao próximo. Na falta da referência de um dos genitores, os filhos poderão ter prejudicado o seu

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*. Apud LIMA, Taisa Maria Macena de. *Responsabilidade Civil dos Pais por Negligência da Educação e Formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: IBDFAM e Del Rey, 2004.

desenvolvimento sadio, muitas das vezes com reflexos para toda a vida, tornando-se adultos inseguros¹².

É encargo dos pais, assim como do Estado e da sociedade, proporcionarem condições ao filho de se desenvolver com saúde – mental, física e social – e de construir sua própria liberdade. Os adultos devem ter a consciência de que, no momento em que se tornam pais, assumem importante papel na formação do cidadão do futuro que geraram, e que a sociedade espera deles o preparo para exercer a função da maternidade/paternidade, ou, pelo menos, que sejam capazes de encontrar os meios para fazê-lo com responsabilidade.

As obrigações impostas por lei aos pais são os pressupostos para o crescimento equilibrado da criança e para a sua inserção na sociedade de maneira adequada.

Destarte, a despeito de ser totalmente possível perceber a afronta à solidariedade familiar apenas com o fato do genitor não ter assumido suas funções como tal, abandonando a prole, para a constatação da lesão à integridade psicofísica da vítima, o abandono afetivo deverá ser analisado, necessariamente, sob um prisma interdisciplinar.

3.2 Delimitação das hipóteses

Sustenta-se, neste trabalho, que o genitor responde subjetivamente pelos danos causados ao filho pelo abandono afetivo, compensando-os através do dano moral, tendo em vista o princípio da dignidade humana.

A responsabilidade civil, pelos parâmetros atuais, é a relação jurídica que determina a obrigação de reparar um dano a um determinado sujeito. Com relação ao dano moral, todavia, é preciso esclarecer que não se fala em “indenização” – do latim, “*in dene*”, que significa devolver o patrimônio ao estado anterior –, uma vez que não é possível retornar ao *status quo* para saná-lo, e por isso é mais correto falar em “compensação”, pois está mais para uma “satisfação”.

A responsabilidade civil subjetiva, nos moldes do art. 186 do Código Civil de 2002, tem seu núcleo no ato ilícito *stricto sensu*, o qual se constitui em uma conduta culposa voluntária omissiva ou comissiva. A culpa, por sua vez, em sua concepção

¹² CANEZIM, Claudete Carvalho. *Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno filial*, 77, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

normativa, é o erro de conduta e pode se manifestar como: negligência, imprudência ou imperícia. Pela concepção normativa, usam-se modelos fragmentados de padrões de conduta ou padrões de conduta normativos, chamados *standards* de conduta, para evitar a subjetivação e permitir um juízo de proporcionalidade do comportamento.

É necessário ressaltar que o dano não é elemento do ato ilícito, e sim da responsabilidade civil, pois a obrigação sem o dano assinala um enriquecimento ilícito para quem recebe e uma sanção para quem paga. Assim sendo, para a doutrina dominante, a obrigação de indenizar compõe-se de um ato ilícito (conduta errônea, por culpa ou abuso de direito), um dano (efeito da lesão) e um nexo de causalidade entre conduta e resultado.

No capítulo anterior, já foi visto que a doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes, com o propósito de ajustar esses requisitos à ordem constitucional vigente, prefere utilizar o termo “dano injusto”, por ser mais amplo e social do que “ato ilícito”. Essa ideia aproxima-se da concepção de lesão a um interesse jurídico merecedor de tutela.

Quanto ao nexo de causalidade, este é o elemento indispensável em qualquer modalidade de responsabilidade civil, pois ele estabelecerá a relação de causa e efeito entre fato e dano, exercendo uma dupla função: determina a quem deve ser imputada a responsabilidade e delimita a extensão do dano. No Código Civil brasileiro, é tratado apenas no artigo 403, dispositivo obscuro, insuficiente e mal localizado, que não esclarece qual das teorias da causalidade deve ser aplicada. A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem ser a teoria do dano direto e imediato, pela qual se analisa a causalidade concretamente, sendo a causa direta e imediata aquela que necessariamente ensejou o dano, independente das demais condições que cercam o evento danoso.

A primeira coisa que se deve averiguar em uma ação de indenização é se houve dano. Havendo dano, passa-se a verificar se houve um fato antijurídico. Depois é que se verifica se há nexo de causalidade entre o fato e o dano. Esta é sempre anterior à análise da culpabilidade, que é a última coisa que se verifica, até porque só é averiguada na responsabilidade civil subjetiva. O dever de reparar só surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa, segundo análise procedida em concreto.

Trazendo esses requisitos para o dano moral por abandono afetivo paterno-filial, tem-se a seguinte ordem de fatos: a) averiguação do dano injusto, isto é, se houve lesão à dignidade humana, em seus aspectos da solidariedade familiar e integridade psicofísica, de maneira não razoável, o que é certificado no momento da ponderação entre os interesses contrapostos; b) averiguação do fato antijurídico, ou seja, omissão dos pais quanto à responsabilidade que a lei lhe impõe de participar da educação e da criação do menor, dando suporte moral e material para o seu desenvolvimento; c) verificação do nexo de causalidade, quer dizer, o abandono deve ter sido o fato necessário e determinante da lesão à integridade psíquica do infante e à solidariedade familiar que deveria imperar nas relações paterno-filiais; d) ao final verifica-se a se a conduta do pai foge do padrão de comportamento legalmente estabelecido e se ele sabia da existência do filho, sendo negligente com relação às suas responsabilidades, por um simples ato de vontade própria.

O dano moral por abandono afetivo envolve diversas problemáticas além das já debatidas até aqui, quais sejam o conceito e preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil. Como consequência destes, surgem também problemas quanto aos critérios de quantificação do dano moral e a com relação à questão da prova do dano moral – matérias muito discutidas na doutrina e na jurisprudência.

Com relação aos critérios de quantificação do dano moral, deve-se obedecer ao princípio da reparação integral pelo dano sofrido, conforme os moldes do artigo 944, do Código Civil, fornecendo-se à pessoa humana a proteção mais ampla possível a cada um dos aspectos que a singularizam, e, como a atual concepção de responsabilidade civil tem sua atenção voltada para a pessoa da vítima, somente os elementos atinentes às condições pessoais deste último e a extensão do dano devem ser parâmetro para a fixação do *quantum*.

Os melhores critérios a serem levados em conta seriam basicamente três: a) a extensão do dano (que no caso em estudo pode ser para a vítima, grande ou pequeno, mas será sempre de longo prazo e de ampla repercussão social); b) as condições pessoais da vítima (de quem ela é filha biológica, por exemplo); c) a condição socioeconômica das partes, uma vez que, neste caso específico, a prole compartilha a posição social dos seus genitores. Esses parâmetros devem ser explicitados pelo juiz na motivação do *quantum debeatur*, especificando os valores correspondentes a cada um. Percebe-se que a culpa não serve mais de medida de indenização, mas sim o nexo causal, a proporção entre conduta e dano.

Neste momento, cabe ressaltar que se refuta qualquer caráter punitivo do dano moral no caso do abandono afetivo paterno-filial, porque a responsabilidade civil no sistema brasileiro (ao contrário da responsabilidade penal) tem o escopo de reparar o dano injusto sofrido pela vítima, e não de punir o ofensor, tanto que a lei não prevê de antemão as condutas que ensejam responsabilidade subjetiva.

A função punitiva não é compatível com o sistema brasileiro de responsabilização e seria um retrocesso admiti-la, pois colocaria em risco a segurança jurídica e provocaria a mercantilização das relações existenciais. Desse modo, não se trata aqui de sancionar o pai, mas sim de compensar os danos sofridos pela vítima em virtude da sua ausência.

Frisa-se que a hipótese da compensação do dano moral por abandono afetivo parental deve ser totalmente excepcional, pois não é qualquer abandono que fará surgir a obrigação de compensar. Nesse sentido, haverá situações em que a causalidade será interrompida, como por exemplo: 1) quando o pai não tinha ciência da existência do filho porque a mãe lhe omitiu a paternidade, mas não se negou reconhecê-lo em demanda judicial (por outro lado, se ele tinha conhecimento e se negou a reconhecê-lo, estará caracterizado o abandono afetivo); 2) quando o outro genitor é que colocava empecilhos na aproximação entre pai e filho, seja pela prática de “alienação parental”¹³ ou qualquer outro tipo de comportamento análogo.

Maria Celina apresenta mais uma hipótese de exclusão: quando houver a presença de uma figura substituta, ou seja, alguém que faz as vezes de pai ou mãe, desempenhando suas funções, como por exemplo um padrasto. Apesar de a autora não especificar muito bem, acredito que o dano moral, neste caso, só não acontecerá se o menor foi adotado pela figura substituta, ou no caso dos avós, por exemplo, quando estes possuírem a guarda provisória da criança, sendo responsáveis por ela, até a sua maioridade. Isso porque, muitas vezes, a criança pode não aceitar a figura substituta que lhe é imposta pelo outro genitor, por exemplo, o novo companheiro da mãe, e então, os danos morais permanecem.

Com relação à prova, a autora Maria Celina Bodin expressa posição a favor do dano moral, no caso do abandono paterno-filial ser *in re ipsa*, ou seja, “para sua

¹³A lei nº. 12.318 de 2010, em seu artigo 2º dispõe que “considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. A doutrina se vale do conceito “implantação de falsas memórias”, com base na definição proposta por Richard Gardner, para quem alienação parental é “programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa”.

configuração, será suficiente a violação de um interesse constitucionalmente protegido, relativo ao princípio da dignidade humana, independente de qualquer outra prova” (MORAES, 2005). Desse modo, deve-se apurar somente a causa do abandono, se foi mesmo pura negligência do genitor, não sendo necessária a perícia médica para apurar o dano psíquico.

Acredita-se que essa posição é adotada pela autora, devido à lesão causada no aspecto da solidariedade familiar ser de nível tão grave no contexto do Estado Democrático de Direito, que já é suficiente para gerar o dano moral. Entretanto, temos que não se pode retirar da vítima o ônus de provar a existência e a extensão do dano, sendo necessária sim uma perícia médica com especialista, para a averiguação das lesões à integridade psíquica, ou seja, se houve lesão, se ela está necessariamente relacionada ao abandono afetivo e qual a dimensão na vítima em questão, já que cada indivíduo terá uma forma diferente de lidar com a situação.

3.3 Alguns julgados acertados

Mesmo com todas as dificuldades apresentadas, já é possível verificar a tendência de alguns tribunais em conceder do dano moral por abandono afetivo paterno-filial. Ainda que, na maioria das vezes, os critérios utilizados pelos magistrados como fundamentos das suas decisões não sejam os mais adequados, essas decisões favoráveis demonstram a intenção do Judiciário em dar efetiva proteção aos menores em situação vulnerável.

Como exemplo, a Apelação Cível nº. 20090110114820, originária do TJ do Distrito Federal¹⁴.

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPROCEDÊNCIA.

1. A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional. 2. Na espécie, o Réu descobriu a existência de seu filho apenas 20 anos após o nascimento deste, sendo que aquele morava na Rússia em razão de serviço público. 3. A conduta do genitor apta a dar azo à "reparação" de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do desprezo com relação a sua pessoa. 4. Não se vislumbram tais requisitos se o pai, tanto por desconhecimento desta condição, quanto por contingências

¹⁴ TJDF, 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº. 20090110114820. Rel. Des. J.J. Costa Carvalho. Des. Rev. Sérgio Rocha. Julgado em 13/04/2011 e publicado em 25/04/2011.

profissionais, aceitou a paternidade sem contestar, mas não pôde ter contato mais próximo com seu filho, mormente tendo em vista jamais ter a genitora o procurado para exigir participação na criação da criança ou ao menos dizer que estava grávida. 5. Recurso conhecido e desprovido. (grifo nosso)

Da ementa extraímos que o Tribunal admite a possibilidade de compensar por danos morais – e aqui cabe frisar a utilização da palavra “compensar” – o abandono afetivo, acertadamente, de modo excepcional. No caso específico, conforme o inteiro teor do acórdão, só não foi concedido o pedido devido à presença de uma excludente do nexos causal, uma vez que a mãe não dividiu a notícia da gravidez com o pai da criança e este só veio saber da existência do filho após vinte anos do seu nascimento, e, depois disso, não conseguiu manter um relacionamento mais próximo com o descendente devido às diversas remoções para o exterior por conta do seu trabalho no Ministério das Relações Exteriores.

Faz imperiosa a análise mais detalhada do voto do Desembargador Relator, que inicia admitindo a concessão do dano moral por abandono afetivo em casos excepcionais, quando há, de fato, a resistência do pai em assumir a paternidade e as responsabilidades consequentes dela:

Inicialmente, é imperioso assentar que o pedido de compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é plenamente possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria. Todavia, entendendo que a configuração de conduta ilícita impescinde da presença de alguns elementos no caso concreto, vale dizer, a negativa insistente e deliberada de aceitar o parente e o desprezo com relação a sua pessoa. (...) Dessa forma, estabelecidas tais premissas fáticas, é inviável reconhecer na conduta do Apelado qualquer espécie de negação deliberada quanto a seus deveres como pai, tanto por desconhecimento dessa condição, quanto por contingências profissionais.

Importante destacar também parte da fundamentação em que o Relator expressa a necessidade do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil para a concessão do dano moral, ressaltando a importância do nexos causal, não sendo suficiente, portanto, o abandono afetivo isoladamente. Com isso, o Tribunal demonstra simpatia à corrente doutrinária defendida neste trabalho acadêmico como a mais acertada.

A história apresentada, de dificuldades que permearam a vida do Apelante, em que pese comovente haja vista a força de vontade demonstrada, não tem o condão de, por si só, dar azo à compensação por danos morais em razão de abandono afetivo. Não foi demonstrado, outrossim, o nexos causal entre supostas patologias psiquiátricas e a ausência do Apelado que, repita-se, por 20 anos foi involuntária.

No que tange ao arazoado do apelo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, é forçoso convir que nenhuma criança deveria crescer

sem bons pais dando-lhe suporte e afeto. Entretanto, essa não é a realidade da existência humana na Terra. Obstáculos todos enfrentam, em diferentes medidas, mas dificuldades existem. A condenação do Réu ao pagamento de cento e cinquenta mil reais a título de indenização significaria reconhecer que a "culpa" é deste pelo fato de a vida do Apelante não ter sido mais confortável, pretensão inviável no caso em apreço. Não se quer aqui justificar qualquer tipo de irresponsabilidade dos genitores, porém impende salientar que o ordenamento jurídico prevê apenas excepcionalmente a indenização nesses casos, não havendo falar em dano moral considerando o arcabouço fático-probatório dos autos.

Outro acórdão que merece ser analisado é o da Apelação Cível nº. 1.0024.04.501076-6/001¹⁵, do TJ de Minas Gerais. Trata-se de mais um caso em que, apesar de o pedido não ter sido deferido, a fundamentação do acórdão possui diversos pontos positivos, que merecem ser comentados. A apelante alega que após o divórcio dos seus genitores, seu pai contraiu novas núpcias e deixou de cumprir as responsabilidades parentais para com ela, abandonando-a afetivamente. O Relator inicia o voto manifestando que é possível a responsabilização civil por abandono afetivo paterno-filial, como defendido neste trabalho:

Como já me manifestei anteriormente, entendo que a relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico e essencialmente justo, possibilitando que se busque uma compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas. Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo em face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis. (...) No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "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-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso em análise, assim como no anterior, o Relator observa uma excludente do nexos causal, pois a genitora da Apelante, frustrada com o fim do seu casamento, é que impedia que filha e pai tivessem um relacionamento saudável:

¹⁵ TJMG. Apelação Cível nº. 1.0024.04.501076-6/001. Des. Rel. Unias Silva. Julgado em 24/06/2008 e publicado em 12/07/2008.

Conforme já externado neste voto, uma ação de indenização por danos morais decorrente de um abandono paterno não tem seus pedidos julgados procedentes apenas por estar embasado neste tipo de relação, qual seja, de família, de pai e filho. Não basta o filho simplesmente alegar que foi privado do convívio, que foi abandonado e largado a mercê da sorte para ver seus pedidos julgados procedentes. É necessário provar tais alegações e, de acordo com as provas produzidas nos autos, isso não ocorreu in casu. De concreto, subsiste dos autos que o afastamento do réu em relação às suas filhas decorreu da barreira criada pela representante da autora, notadamente após o novo casamento daquele. Isso restou inclusive confessada em meio às razões recursais, quando alega a recorrente que a sua genitora não concorda que, para que a filha tenha um maior convívio com o pai, seja obrigada a freqüentar a casa do réu e conviver com a nova família do mesmo. (...)

Por certo, a conturbada relação entre a mãe da menor e a atual esposa do requerido não tem o condão de responsabilizá-lo pela convivência limitada existente com a autora. Em situações em que tais, necessário se faz que ambos genitores façam concessões de forma a criar um ambiente mais saudável para os filhos, notadamente porque, formalizada a separação do casal, o seu vínculo afetivo não mais é importante. As mágoas provenientes de tal relação devem ser superadas para que os filhos não tenham que assumir posturas que não sejam de responsabilidades deles e, com isso, fiquem privados de uma relação paternal ou maternal saudável.

Ao final, ressalta a necessidade de se provar os abalos psicológicos decorrentes do abandono.

Mais a mais, não há quaisquer provas no sentido de que venha a autora sofrendo de abalos psicológicos oriundos da alegada privação familiar, sendo certo que, se tal vem ocorrendo, a responsabilidade não é somente do suplicado.

Com o exposto neste item, ficam ainda mais evidente as contradições da jurisprudência sobre o tema em debate, se compararmos com os julgados destacados no primeiro capítulo.

Os acórdãos aqui apresentados corroboram as ideias defendidas no desenvolvimento desta pesquisa, mostrando que se trata de tema atual e que a concessão do dano moral por abandono afetivo nas relações paterno-filiais é tendência jurisprudencial.

CONCLUSÃO

O pai ou a mãe que foge das responsabilidades legais e constitucionais que lhe cabem para com o filho menor comete o abandono afetivo, que por sua vez pode fazer com que a vítima sofra danos merecedores de reparação.

Foi visto, inicialmente, que essa opinião é negada pela jurisprudência brasileira majoritária devido ao medo de uma eventual banalização dos danos morais e patrimonialização das relações existenciais. Essa desvirtuação da concepção de dano moral se deu em virtude de diversos problemas técnico-jurídicos encontrados nas decisões dos tribunais, como a utilização de critérios subjetivos para a aferição do dano moral, o que acaba por confundir a lesão com os sentimentos que ela faz despertar nas pessoas.

Ao final, por outro lado, vislumbrou-se que, uma vez fundamentado objetivamente, é plenamente possível conceder a reparação dos danos morais por abandono afetivo sem que ocorra a generalização desvalorizadora de um instituto tão importante para o direito pós-moderno.

Na doutrina existem diversas correntes de pensamento, sendo a mais acertada aquela que aceita a compensação dos danos morais eventualmente decorrentes da relação paterno-filial, desde que preenchidos os requisitos gerais estabelecidos pelo regime da responsabilidade civil. Refuta-se a hipótese de que o abandono por si só ou o simples descumprimento de deveres característicos das relações paterno-filiais, ensejam dano moral. Não é correto confundir as sanções específicas previstas pelo Direito de Família com a compensação de danos morais possibilitada pela Responsabilidade Civil.

Ao se utilizar um conceito bem estruturado de dano moral, como a lesão à dignidade humana interpretada tecnicamente, a compensação dos danos morais decorrentes de abandono afetivo irá operar apenas no caso de afronta a um dos substratos daquele princípio, os quais são a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica.

A dignidade é a cláusula geral de proteção à pessoa e os casos de danos reparáveis só poderão ser aferidos ante a situação colocada em concreto e, havendo conflito entre os subprincípios, será necessário ponderá-los. No caso específico do dano moral por abandono afetivo parental, a integridade psicofísica da criança ficou prejudicada em virtude do desrespeito à solidariedade (familiar), valor que na ordem

constitucional vigente sempre irá prevalecer com relação à liberdade individual do genitor.

Destarte, a concessão de reparação por danos morais em virtude do abandono afetivo não será a regra geral, mas sim a exceção para as situações em que o abandono afetivo esteja claramente identificado e o nexo de causalidade entre este e o dano esteja demonstrado, por meio de diversas provas, inclusive por laudos de psicólogo e médico psiquiatra.

Pode-se concluir que a expressão abandono afetivo não quer dizer exatamente a falta de amor e carinho na relação paterno-filial porque isso é impossível de se pleitear judicialmente. Na verdade, significa que o pai ou mãe não atendeu aos deveres de educação e criação e, desse modo, não deu oportunidade para que uma relação afetiva surgisse, já que a afetividade é consequência que pode ou não aparecer no decorrer do exercício de uma paternidade responsável.

Muitas vezes, em uma mesma família, na qual há vários filhos, é possível notar que os pais têm mais afinidade com apenas um ou alguns, mas isso não quer dizer que os outros não receberam a assistência necessária. A ausência de afeto decorrente da falta de vontade de ser pai ou mãe não pode servir de desculpa para ignorar o descendente colocado no mundo.

A responsabilidade civil é a maneira mais fácil e justa, até o momento, de se proteger a dignidade humana em todos os seus aspectos nas relações extrapatrimoniais, apresentando-se como um meio adequado para se atingir os objetivos de justiça e pacificação social do ordenamento jurídico.

O jurisdicionado deve se sentir satisfeito com o sistema de Direito do qual faz parte, tendo certeza da concepção de justiça que prevalece na sociedade em que vive e a compensação de danos morais em pecúnia é a maneira mais fácil e direta de se dar efetividade às proteções legais.

É importante, portanto, que o menor abandonado por um de seus genitores sinta-se assistido pelo Estado, e que este mostrou para a sociedade que não é um comportamento aceitável uma pessoa ter um filho e depois ignorá-lo simplesmente para não atrapalhar um projeto de vida pessoal.

Tornou situação recorrente do cotidiano brasileiro a de pessoas que optam por não ser pai ou mãe, mesmo após concebida a criança. Ora, se há a proibição do aborto, essa não é medida que cabe à vontade de cada um, tanto que a lei prevê os deveres e responsabilidades parentais com o fim de proteger a criança que não

escolheu nascer e que se encontra em situação vulnerável. Há uma relação desigual, e a lei imputa responsabilidades a uma das partes para equilibrá-la. A responsabilização civil dará à coletividade a satisfação de que os direitos das crianças e adolescentes previstos em lei são efetivamente resguardados.

A conceituação do dano moral foi apenas o primeiro problema enfrentado, mas resolvido este, os seguintes são facilmente sanados, como é o caso, por exemplo, dos critérios de verificação da extensão do dano e quantificação da compensação.

O importante é que os operadores do Direito não podem agir a partir de subjetivismos, tanto para não perder de vista a segurança jurídica, quanto para não banalizar a finalidade do dano moral, pois, uma vez vulgarizado, ele perde a capacidade de proteger na medida adequada os direitos da vítima. Não se pode perder de foco também a característica mutante dos institutos jurídicos, que devem acompanhar a realidade da sociedade.

Do exposto, finalmente, conclui-se pela total possibilidade do cabimento de danos morais por abandono afetivo parental fundamentado na lesão da dignidade humana, sem a afronta a qualquer paradigma do Direito pós-moderno.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 4 de novembro de 2011.

BRASIL, Congresso Nacional. Código Civil Brasileiro: Lei Nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 08 de novembro de 2011.

BRASIL, Congresso Nacional. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acessado em 08 de novembro de 2011.

BRASIL, Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor: Lei Nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em 08 de novembro de 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais e relações de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Afeto, ética, família e novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 31, p 39 e seguintes, agosto/setembro de 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: IBDFAM e Del Rey, 2004.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.