O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Daniela Patrícia dos Santos Andrade*

RESUMO: O presente texto tem a intenção de estimular a análise acerca da existência do abalo emocional e do dano psíquico em crianças e adolescentes decorrente da escolha do genitor(a) em não exercer os deveres e atribuições estabelecidos pela legislação em relação ao seu filho. Com o estudo da questão, percebe-se que, desse abandono paterno, que juridicamente se apresenta como o descumprimento de um dever legal, a criança e o adolescente deixam de ter acesso a direitos, também elencados pela legislação, essenciais para o seu desenvolvimento como seres humanos. Preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, essa conduta ilícita poderia gerar a possibilidade de reparação do dano.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Pais e filhos. Direitos e deveres. Abandono. Cuidado. Responsabilidade. Reparação. Dano moral.

INTRODUÇÃO

É inerente à natureza humana o anseio de reagir a qualquer mal injusto cometido contra si, e essa realidade traduz a própria noção de justiça almejada por todo ser. Diante de uma ação que lhe cause prejuízo o homem sente a necessidade de reagir de maneira a ver compensado o seu dano. Na realidade, este sentimento existe em decorrência da ideia de que é preciso impor a todos o dever de responder por seus atos.

A Constituição Federal estabelece a possibilidade de reparação ao dano material e moral injustamente causado:

> Art.5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

* Bacharela em Direito, Pós-graduada em Direito Penal, em Direito Processual Penal e em Direito Civil, Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe.

> seguintes: (...)
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Apesar de consagrado pela doutrina e jurisprudência modernas, o dano moral passou por um longo e conturbado caminho para a sua efetivação no mundo jurídico. Da mesma maneira, muitas foram as dificuldades enfrentadas para a caracterização da pessoa jurídica como sujeito passível de sofrer dano moral.

Hoje enfrentamos questão acerca da existência de dano moral decorrente de relações familiares e da possibilidade de sua reparação. Para tanto, necessário se faz verificar a existência de direitos e deveres jurídicos, e não apenas morais, que decorram da relação de parentesco, bem como se o descumprimento de um desses deveres jurídicos poderia vir a ocasionar um dano moral, estritamente dele decorrente (nexo causal).

Infelizmente, tem se tornado cada vez mais comum a existência de famílias monoparentais, ou seja, formada apenas por um dos genitores e seus filhos, não se observando nessa constituição a participação, e porque não dizer "presença", do outro genitor na vida dos filhos. Esse retrato, em que pese "normal" em nossa sociedade, representa de forma explícita o descumprimento de deveres jurídicos, estabelecidos pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

Ademais, a ausência paterna e/ou materna, em muitas das vezes, quiçá em sua totalidade, ocasionam consequências extremamente negativas para os filhos privados de seus direitos.

Este estudo, tendo por base a elaboração do Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp, analisa a possibilidade de o descumprimento espontâneo do dever paterno de atenção, cuidado e carinho para com o filho poder gerar um dano de ordem moral para a criança e/ou adolescente e, em havendo dano, se é possível a fixação de indenização com fim de reparação.

1. O VÍNCULO JURÍDICO PATERNO-FILIAL

A existência do vínculo paterno-filial, em regra, decorre da junção dos seres humanos em agrupamentos. Como nos ensina Maria Berenice Dias:

> Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. (DIAS, 2011, p.27)

Todavia, a família se apresenta cultural e socialmente de maneira muito mais ampla do que simplesmente "laços consanguíneos".

Atualmente, a família exibe estruturação multifacetada e exerce, indubitavelmente, forte carga de contribuição para o desenvolvimento psíquico e emocional de seus membros. Tanto é assim que o Estado tratou de estabelecer regras e normas que direcionem a sua formação e manutenção, sendo, inclusive, a família amplamente conhecida como a base da sociedade.

Observa-se com a Constituição Federal de 1988 a direta intervenção do Estado no direito privado, visando a proteção dos cidadãos, tal como requer um Estado Social Democrático. No que pertine ao conceito de família, o constituinte procedeu ao alargamento do conceito de seu conceito, desvinculando-o do casamento, anteriormente seu pré-requisito fundamental.

A união estável, adoção, família monoparental, paternidade responsável, planejamento familiar e convivência familiar foram alguns dos assuntos dispostos na Carta Magna no capítulo referente à família.

Para Maria Berenice Dias (2011), a Constituição Federal consagrou como fundamentais determinados valores sociais relacionados ao direito da família, elevando-os à categoria de princípios positivados constitucionalmente.

Nos artigos 226 e 227 da Carta Magna podemos encontrar alguns destes princípios:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

> § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
> § 7º - 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.
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esses princípios apresentam-se tanto implícita quanto explicitamente no texto constitucional, dentre os quais podemos citar a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a solidariedade familiar, a proteção integral à criança, adolescentes, jovens e idosos, a igualdade e o respeito.

De tais princípios decorrem consequências práticas de extrema importância prática no âmbito jurídico das relações. Em sendo consagrado o afeto como direito fundamental do ser humano, os vínculos familiares passam a ser observados sobre viés diverso da mera consanguinidade.

A igualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos, a posse do estado de filho como consequência do vínculo afetivo existente e as diversas formas estruturais de família são reflexos da consagração do afeto como elemento basilar da família moderna.

Dentre todos os princípios constitucionais que se apresentam como vetores das demais regras e normas, a dignidade da pessoa humana poderia ser considerado o maior deles, sendo considera, inclusive, um meta ou superprincípio.

> Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2013, p. 300).

Em assim sendo, os mais diversos direitos, como vida, liberdade, igualdade e propriedade, só encontram fundamento constitucional se norteados pela observância do princípio da dignidade humana. Tal fenômeno acarretou a ocorrência da chamada despatrimonialização dos institutos jurídicos, inclusive de direito civil, passando a pessoa humana a ser efetivamente o centro de proteção de direitos.

No mesmo sentido e tendo por base a mesma premissa de respeito ao ser humano e sua dignidade, o princípio da boa-fé objetiva, que inicialmente se desenvolveu relacionada a um contesto negocial, expandiu-se alcançando todas as relações existentes entre as pessoas, inclusive a relação familiar.

A boa-fé objetiva se apresenta como cláusula geral que impõe a todos o dever de respeito e lealdade no proceder visando não frustrar as expectativas geradas no outro sujeito em decorrência da confiança depositada. Exigindo-se um comportamento coerente e ético dos sujeitos em suas diversas relações busca-se não criar expectativas ou esperanças

no outro ser.

Esse princípio também deve ser observado no direito de família, pois é no âmbito familiar, com maior propriedade, que a confiança e expectativas decorrentes do vínculo acabam por constituir-se em afeto.

É exatamente nesse contexto que a relação paterno-filial se apresenta nos dias atuais. Distante de abranger apenas uma obrigação patrimonial, a paternidade gera responsabilidades diversas, e, de certa maneira, mais amplas e profundas.

2. DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA RELAÇÃO PATERNA

Num passado próximo, o direito do filho era colocado em segundo plano para priorizar a relação entre os cônjuges. O Código Civil de 1916, bem como a Lei do Divórcio, analisava a questão da guarda dos filhos havidos do casamento sob o prisma da premiação do cônjuge inocente e punição do culpado pela separação do casal. O melhor interesse da criança e do adolescente não eram considerados.

Com a Constituição federal de 1988 e seus princípios fundamentais houve mudança de paradigma. A igualdade de direitos entre homens e mulheres baniu as formas de discriminações anteriormente existentes na legislação. Da mesma forma, o princípio da prioridade absoluta do interesse da criança e do adolescente alterou a forma como a sociedade e o Estado, incluindo o Judiciário, deveriam tratar questões que envolvem interesse dessas pessoas.

O art. 227 da Constituição Federal estabelece que:

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

Em 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do

Adolescente, mais um importante passo foi dado para a concretização dos direitos das crianças e adolescentes estabelecidos pela Carta Maior. Essas pessoas foram consideradas sujeito de direitos, possuindo expressamente diversas garantias e prerrogativas:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Contudo, para concretização de direitos se faz necessário o estabelecimento de deveres. Nesse contexto, tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente elencam como responsáveis para dar efetividade a esses direitos e garantias: o Estado, a sociedade e a família.

No que diz respeito à família, a obrigação se consuma, *prima facie,* através do poder familiar exercido pelos pais. O Código Civil de 2002 dispõe que os filhos menores são sujeitos ao poder familiar de seus pais, o que exige daqueles obediência e respeito em relação a estes. Por outro lado, o exercício do poder familiar acarreta diversas obrigações dos pais para com os filhos, tais como dirigir-lhes a criação e educação (art. 1.634, I) e tê-los em sua companhia e guarda (art. 1.634, II).

Como visto anteriormente, o ECA também apresenta explicitamente obrigações dos pais visando assegurar a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Esses encargos competem a ambos os pais independentemente da

existência de casamento ou união estável entre eles, e independentemente de quem esteja com a guarda dos filhos. Nos casos de guarda unilateral, o outro genitor mantém o seu poder familiar, ficando limitado apenas o direito de ter os filhos em sua companhia, sendo-lhe assegurado, todavia, o direito de visitas.

Assim, o direito de visitas não se apresenta exclusivamente como um direito e faculdade do genitor, mas um dever deste para com o filho que tem o direito de conviver com seus pais. A ausência desse convívio acarreta o rompimento do vínculo afetivo e pode ocasionar fortes e negativas sequelas psicológicas na criança e no adolescente.

Constata-se que os deveres dos pais extrapolam a órbita patrimonial, abrangendo esfera da personalidade humana, muito mais ampla e profunda do ser.

3. REQUISITOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A reponsabilidade civil visa proteger as atitudes lícitas, reprimindo as ações ou omissões ilícitas das pessoas. Isso ocorre em virtude do estabelecimento de deveres legais a serem observados por determinadas pessoas, nos termos da legislação que dispôs sobre estas obrigações. Esse dever jurídico se apresenta como uma exigência necessária à convivência social.

Para Sérgio Carvalieri Filho (2010), os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva compreenderiam, como elemento formal, a violação voluntária de um dever jurídico; como elemento subjetivo, a existência de dolo ou culpa; e como elemento causal-material, que seria o dano e o nexo causal existente entre ele e a conduta do agente.

Esses elementos estão dispostos no art. 186 do Código Civil de 2002: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Segundo o art. 187 do mesmo diploma legal, "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Carvalieri Filho conceitua conduta como "o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas" (FILHO, 2010, p. 24). Assim, a conduta humana

voluntária se apresenta como o elemento primário de todo ato ilícito.

Em seu estudo, Rui Stoco nos afirma que "a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma" (STOCO, 2004, p.131).

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, a culpa se apresenta como elemento essencial. Em regra, esta é a responsabilidade aplicada para os diversos casos de ilicitude que venham a ocorrer na realidade fática. A responsabilidade objetiva, também prevista no Código Civil, em que se dispensa a comprovação de culpa do agente, deverá ser observada nos casos e situações explicitamente estabelecidas pela legislação, constituindo-se regras específicas.

Já o nexo causal é, justamente, o elo entre a conduta voluntária e o dano ocorrido. Não basta que o agente proceda de forma diversa do dever jurídico estabelecido, bem como não é suficiente que a vítima sofra um dano. Para a caracterização do dever de indenizar se faz mister a verificação da relação de causalidade entre a ação ou omissão ilícita e o dano.

Observa-se, entretanto, que nem todo dano gerará obrigatoriamente a necessidade de reparação, tendo em vista a exigência de ser ilícita a ação ou omissão que ocasionou o referido prejuízo. Seguindo o mesmo raciocínio, nem toda conduta ilícita obrigatoriamente terá como consequência um dano, não sendo o direito à indenização automaticamente decorrente de toda e qualquer ação ou omissão ilícita.

Portanto, extremamente necessária a análise dos pressupostos essenciais à caracterização da responsabilidade e consequentemente do direito à indenização.

Ademais, a própria legislação prevê situações em que, embora cause dano a outrem, a conduta humana não viola o dever jurídico, sendo considerada lícita esta conduta. São as causas excludentes de ilicitude.

> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
> Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o

> tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Deve ser ressaltada, ainda, que a ocorrência de determinadas situações podem vir a ocasionar o rompimento do nexo de causalidade, descaracterizando, assim, a responsabilidade do agente. Essas circunstâncias deverão ser analisadas caso a caso, sendo consagrada, porém, na doutrina e jurisprudência, o caso fortuito e a força maior.

4. DANO MORAL AFETIVO E SUA REPARAÇÃO

Como visto anteriormente, a Carta Magna consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos basilares do nosso Estado, passando a dignidade a ser o alicerce de todos os demais valores e a essência de todos os direitos personalíssimos. Desta forma, a honra, o nome, a intimidade, a liberdade, a privacidade, o respeito são direitos do direito constitucional à dignidade inerente a todo ser humano.

Como é sabido, existem danos que ultrapassam a esfera patrimonial ou, simplesmente, não a alcançam. Existem condutas que ocasionam danos que acarretam prejuízos diversos, não patrimoniais.

"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável [...]" (VENOSA, 2003, p. 33).

Durante muito tempo foi defendida a exclusividade da pessoa física como vítima de um dano moral. Entendia-se que para tal ocorrência fazia-se mister a pessoalidade, pois a lesão afetaria, necessariamente, a integridade psíquica do ser humano, atingindo a razão da esfera subjetiva ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando aspectos íntimos da personalidade humana ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou a ampliação do polo ativo nas ações de indenização por danos morais, afirmando não possuir a pessoa física o monopólio do direito de reparação desse tipo de lesão. O Ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial nº 60.033-2MG, estabeleceu que:

> (...) a pessoa jurídica, criação da ordem legal, não

> tem capacidade de sentir emoção dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode parecer, porém, ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo cível ou comercial onde atua (...)

Consagrou-se, assim, a ampliação da tutela dos valores morais, agora não mais restritos aos indivíduos (pessoas físicas), pois outros entes possuem valores morais próprios que merecem proteção e em sendo lesados devem ser reparados.

Hoje, dentre as diversas discussões sobre a temática, uma delas gira em torno da existência ou não de dano moral decorrente de relações familiares, especificamente do abandono afetivo de um dos pais para com os filhos, bem como da possibilidade de sua reparação em forma de indenização.

Como nos orienta Carvalieri Filho:

> Mesmo nas *relações familiares* podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de **moral conjugal** ou **honra familiar**, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família.

Assim, constata-se ser a dignidade o fundamento central dos direitos humanos como um todo, devendo ser protegida em todas as relações humanas, inclusive as familiares, e, quando violadas, sujeitas à devida reparação.

No que diz respeito ao abandono afetivo por parte de um dos pais, deve ser observado que tal conduta constitui ato ilícito, senão vejamos. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto

> de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. [...]
> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. [...]
> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Restam evidente os direitos inerentes a toda criança e adolescente, que acabam por constituírem-se deveres jurídicos de seus pais. Tanto a Constituição Federal, em seu art. 227, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram o princípio da proteção integral, colocando essas pessoas a salvo de toda e qualquer forma de negligência, sendo necessária, por sua vez, a atuação da família, da sociedade e do Estado visando a efetivação desses direitos.

É exatamente com essa finalidade que se apresenta a possibilidade de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo.

É sabido que negligência de um dos pais no que pertine ao cuidado e atenção dispensados ao filho acarretam a perda do poder familiar, como dispões o art. 1.638, inciso II do Código Civil.

Entretanto, deve ser observado que esta punição não basta para o genitor negligente, tendo em vista que, em muitos casos, ela se apresenta como uma bonificação, tornando juridicamente amparada a situação fática por ele almejada.

Ademais, esta "solução" não observa o melhor interesse da criança e do adolescente, nem o coloca em situação de prioridade absoluta como preceitua a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional pertinente.

Da mesma maneira, pune o genitor responsável que acaba por ter que assumir todas as obrigações e ônus que deveriam ser suportadas por

ambos os genitores.

Necessário se faz ressaltar que, conforme já analisado, a afetividade representa o alicerce da relação familiar, sendo este sentimento essencial para o desenvolvimento do ser humano, principalmente na fase da infância e adolescência quando o indivíduo se encontra em fase formação psíquica-moral.

Assim, entende a doutrina, como nos ensina Maria Berenice Dias:

> O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento da pessoa em formação. (DIAS, 2011, p. 460)

Em que pese se saiba que as relações familiares se consolidam em razão do afeto – amor, a indenização por abandono afetivo não se fundamenta na simples negativa de "fornecimento" de amor, mas no descumprimento do dever jurídico de cuidado e convivência.

> Não se podendo mais ignorar essa 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 de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2011, p.460)

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9), a Excelentíssima Ministra Relatora Nancy Andrighi expôs com clareza e precisão esta nuance.

Segundo a Ministra, o "básico" ao desenvolvimento do ser humano não se restringe a questões meramente materiais, como alimento, abrigo e

saúde, mas são extremamente necessários elementos de ordem imaterial, como educação, lazer, regras de conduta, incluindo-se nesse contexto também o desvelo, atenção, convívio e cuidado.

Em sua decisão a Ministra afirma:

> "Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**
> [...]
> **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.**
> [...]
> **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever."**

Em assim sendo, explícita está a ilicitude da conduta configurada na omissão do dever legal de cuidado e convívio inerente ao pátrio poder e à condição de pais.

Evidente, por outro lado, que para a configuração da responsabilidade e do dever de indenizar, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos legais: ato ilícito, culpa, dano e nexo causal.

Esses requisitos deverão ser analisados caso a caso, de acordo com a realidade fática, como habitualmente ocorre em quaisquer ações que busquem a reparação de dano. Comprovados os requisitos e não havendo excludentes de ilicitude, configurada estará a responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

CONCLUSÃO

A consolidação jurídico-social acerca da ilicitude do abandono afetivo dos pais para com os filhos representa um grande avanço na proteção

dos direitos fundamentais do ser humano, especialmente no que pertine a sua dignidade.

Não é possível que, em um Estado Social de Direito que elege a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e norteador de todas as demais normas e regras jurídicas e sociais, se observe como "normais e corriqueiras" situações de abandono, desrespeito e descaso a crianças e jovens por aqueles que deveriam ser os impulsionadores de sua formação e desenvolvimento psíquico, emocional, educacional e social.

A possibilidade de fixação de indenização como reparação pelo dano moral decorrente do abandono afetivo, além de minimizar de alguma maneira o mal causado pelo dano, irá efetivamente punir o ofensor, bem como servir de "alerta" social para a necessidade de cumprimento das obrigações jurídicas estabelecidas pela lei.

Maria Berenice Dias sintetiza de forma brilhante a questão:

> Desta forma, o **dano à dignidade** humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. (DIAS, 2011. P. 462)

THE MORAL DAMAGES FOR AFFECTIVE ABANDONMENT

ABSTRACT: This paper is intended to stimulate the review about the existence of emotional upheaval and psychological harm in children and adolescents due to the choice of the parent not to exercise the duties and responsibilities established by law in relation to their child. With the study of the matter, it is clear that this abandonment paternal and / or maternal, which legally is presented as the breach of a legal duty, children and adolescents no longer have access to rights, also listed by law, essential for their development as human beings. Satisfy the conditions of liability, the illegal conduct could generate the need to repair the damage.

KEYWORDS: Family. Parents and children. Rights and duties. Abandonment. Caution. Responsibility. Repair. Moral injury.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FILHO, Sérgio Carvalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Alexandre de Morais. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEDROTTI, Irineu Antônio. *Compêndio de responsabilidade*. São Paulo: Universidade de Direito, 1992.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.