



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Indenização no Abandono Moral

Ana Paula Lana Carnevale

Rio de Janeiro
2009

ANA PAULA LANA CARNEVALE

Da indenização no Abandono Moral

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores: Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro

2009

DA INDENIZAÇÃO NO ABANDONO MORAL

Ana Paula Lana Carnevale

Graduada pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: Realidade constatada na sociedade contemporânea, o rompimento das relações conjugais em que existe prole tem, cada vez mais, repercutido no desenvolvimento da criança e na garantia de sua integridade moral. O objetivo do trabalho é destacar os deveres decorrentes do poder familiar e os direitos da criança a eles contrapostos, e a caracterização de seu não cumprimento como ato ilícito para, por fim, concluir pela possibilidade de reparação pelos danos morais advindos de seu descumprimento, passando pela análise da jurisprudencial atual sobre o tema.

Palavras-Chaves: Poder Familiar, abandono moral, abandono afetivo, ato ilícito indenização – dano moral

Sumário: 1- Introdução. 2. Poder Familiar – Conceito e características. 3. O entendimento jurisprudencial. 4. Dano afetivo e ato ilícito. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 - INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da reparabilidade do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos.

Nesse sentido, sabe-se que a família desenvolve papel fundamental na sociedade. É a família o berço das relações entre os indivíduos, definindo o caráter e a personalidade dos indivíduos. É no seio familiar que os indivíduos observam e absorvem princípios éticos e morais que vão acompanhá-lo por toda a vida.

Não raro, traumas ocorridos na infância influenciam, de forma decisiva, a vida de um indivíduo. É certo que o direito não pode ser mágico, não funciona como uma redoma de vidro, impedindo que os seres humanos experimentem os mais diversos sentimentos. Entretanto, sempre busca salvaguardar a parte mais frágil das relações jurídicas.

Foi nesse sentido que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, avançando em muitos aspectos, em especial nos direitos e garantias dos cidadãos, consagrou diversos princípios, dentre eles o princípio da igualdade, assegurando aos homens e às mulheres os mesmos direitos e deveres, inclusive em relação à sociedade conjugal (226, § 5º), o que influenciou significativamente as relações familiares, destacando-se, aqui, as decorrentes do exercício do poder familiar.

Assim, os pais deixaram de ser o centro da tutela jurisdicional, que transferiu seu foco para os filhos, inicialmente na própria CRFB/88, no seu art. 227, e posteriormente através do Estatuto de Proteção à Criança e ao Adolescente, que consagrou o princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, o ECA também estabeleceu inúmeros meios protetivos à criança e ao adolescente, que em processo de desenvolvimento, estão mais sujeitos aos acontecimentos que ocorrem a sua volta. Dentre eles, podemos identificar o direito a um desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 7º), bem como o direito de serem criados e educados no seio de sua família (art. 19). A dedicação e o carinho dos pais, e de qualquer outro que, porventura,

detenha o poder familiar, são necessários e indispensáveis a esse desenvolvimento sadio e harmonioso, sendo, inegavelmente, decisivos na formação da personalidade do indivíduo.

As especificações quanto ao exercício do poder familiar estão previstas no Código Civil de 2002, que delimita no artigo 1.634 que a direção da criação e da educação, bem como companhia e guarda dos filhos compete aos pais.

Dessa forma, a direção da criação e educação dos filhos é dever inerente ao poder familiar.

Ressalve-se que tal encargo compete a ambos os genitores ainda que separados, pois a extinção da sociedade conjugal não extingue o poder familiar. No mais das vezes, fragmenta o exercício de direitos e deveres dele decorrentes, como ocorre com a guarda, por exemplo.

É a partir dessas premissas que o presente trabalho parte, para analisar decisões de tribunais estaduais, bem como do Superior Tribunal de Justiça, no que tange a existência de dano afetivo na hipótese e a possibilidade de sua reparação pecuniária.

2 – PODER FAMILIAR – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Poder familiar é a denominação adotada pelo Código Civil de 2002 para o pátrio poder, já tratado no Código Civil de 1916. O instituto evoluiu, ao longo do tempo, acompanhando as alterações ocorridas nas relações familiares.

A denominação, porém, ainda não é a mais adequada, porque continua mantendo o foco no poder. Entretanto, melhor que a expressão anterior, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90, somente derogada com o novo Código Civil.

Certo é que as alterações por que passou a estrutura da família, em especial no mundo ocidental, repercutiu no conteúdo do poder familiar. Primeiramente, com a emancipação da mulher casada, depois com o tratamento paritário e isonômico entre os filhos, independentemente de sua origem.

Nesse sentido, constata-se que o antigo pátrio poder conferia ao pai, chefe da família, um poder autoritário, déspota. Atualmente, tem o pai, ou a mãe, uma autoridade natural em relação aos seus filhos, crianças e adolescentes, que hoje são vistos como sujeitos de direitos, pessoas dotadas de dignidade.

Transformou-se o poder familiar, portanto, mais em um dever e menos em um poder, pois passou a ser visto como um conjunto de encargos atribuídos aos pais pela lei em razão do fato de serem pais. Identifica-se no artigo 227 da CRFB/88 o conjunto mínimo de deveres outorgados àqueles que detêm o poder familiar, em benefício dos filhos, enquanto crianças e adolescentes, quais sejam: 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. Esse rol foi reforçado no artigo 4º do ECA.

No que tange ao tratamento do poder familiar, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.630 a 1.638, manteve a disciplina normativa do Código de 1916, fazendo uma adaptação às novas premissas constitucionais implementadas em 1988, especialmente quanto ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe, o que já tinha sido feito pelo ECA.

Além disso, excluído o novo tratamento às questões relativas ao patrimônio dos filhos, que não é objeto do presente trabalho, a lei de 2002 incluiu duas alterações no texto de 1916: a) outro tipo de extinção do poder familiar - por decisão judicial; b) outro tipo de perda do poder familiar, por ato judicial - incidir, reiteradamente, em falta aos deveres inerentes aos pais.

O ECA, por sua vez, tratou do poder familiar no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária (artigos 21 a 24) e no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e suspensão do pátrio (artigos 155 a 163), que estabelecem regras próprias.

Quanto à divisão do exercício do poder familiar, estabeleceu o ECA que ele seria exercido pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil. Dessa forma, o Código Civil de 2002 estipulou que, enquanto menores os filhos, estariam eles sujeitos ao poder familiar dos pais, durante o casamento ou a união estável, podendo levar à conclusão, numa interpretação apressada e equivocada, de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele, deixando de mencionar as demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação conforme a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, levando-se em consideração o modelo familiar remodelado, decorrente das transformações consagradas em sede constitucional, ou seja, onde houver quem exerça o *munus*, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com eles vivem.

Em suma, o poder familiar é um complexo de direitos e deveres. A cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe e a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho.

E nessa sequência, não deixou o Código de 2002 de regular o exercício do poder familiar na ocorrência de dissolução do casamento ou da união estável. Dessa forma, havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro. No artigo 1.589, quando tratou da dissolução da sociedade conjugal, estabeleceu que

o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas os ter em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o artigo 1.579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito, e dever, à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido judicialmente. A tendência mundial, que privilegia o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a utilização da guarda compartilhada sempre que possível, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles.

Conferindo ao instituto o atributo preferencial de poder, o Código de 2002 previu, no artigo 1.634 que é compete aos pais, quanto aos filhos, dentre outros, a direção da criação e educação, no inciso I, e a manutenção dos filhos em sua companhia e guarda, no inciso II.

A leitura fria das hipóteses de exercício do poder familiar está a demonstrar que significam expressão do poder doméstico, sem referência expressa aos deveres, que passaram à frente na configuração do instituto. O Código Civil foi omissivo quanto aos deveres que a Constituição cometeu à família, como acima foram destacados.

O ECA, entretanto, quando cuidou do poder familiar, incumbiu aos pais, no art. 22, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e, sempre no interesses destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo novo Código somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição.

Em suma, os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil. De modo mais amplo, a Constituição impõe aos pais os deveres de assegurarem aos filhos a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a

profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Prosseguindo na análise do poder familiar, observa-se que o novo Código manteve praticamente intactas as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar.

São três as hipóteses de suspensão do poder familiar dos pais, conforme artigo 1.637, *caput* e parágrafo único, a saber: a) abuso da autoridade pelo descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar; b) abuso da autoridade pela ruína dos bens dos filhos; c) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Essa suspensão pode ser sempre revista, desde que superados os fatores que a provocaram. No interesse dos filhos e da convivência familiar, apenas deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus haveres.

Já a extinção é a interrupção definitiva do poder familiar, conforme artigo 1.635, cujas hipóteses taxativas são: a) morte dos pais ou do filho; b) emancipação do filho; c) maioria do filho; d) adoção do filho, por terceiros; e) perda em virtude de decisão judicial.

No que tange à perda por decisão judicial, dependerá da configuração das seguintes hipóteses: a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar, hipótese introduzida pelo código de 2002.

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar deve ser preferida à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade.

3 – O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Embora recente, a questão tratada não é inédita nos tribunais do país.

A primeira decisão sobre a matéria foi proferida pelo Juiz Mário Romano Maggioni, da Comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul, no processo nº 1.030.012.032-0, que condenou um pai por abandono moral e afetivo da filha, com nove anos à época do julgamento, ao pagamento de indenização por danos morais em valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença já transitou em julgado e está em fase de execução.

Em seus fundamentos, o magistrado considerou que, conforme preceitua o ECA, os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos filhos e que educar não se limitaria a escolaridade, mas também alcançaria a convivência familiar, afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, enfim, participar efetivamente do desenvolvimento da criança. Portanto, a ausência, o descaso e a rejeição em relação ao filho em fase de desenvolvimento violam sua honra e sua imagem.

Outra decisão sobre a matéria foi proferida em 2004 pela justiça paulista, no Juízo da 31ª Vara Cível de São Paulo, pelo Juiz Luiz Fernando Cirillo, no processo nº 000.01.036747-0, em que um pai também foi condenado ao pagamento de indenização no valor equivalente a cento e noventa salários mínimos, por danos morais, em favor de sua filha. O Juiz reconheceu que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material. É dever do pai ter o filho em sua companhia. Além disso, afastou a negativa de pagamento de indenização por dano decorrente da falta de afeto pelo argumento de que o afeto não tem preço, pois senão não

haveria sentido em sustentar que a vida de um ente querido, a honra, a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, motivo pelo qual não se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra os referidos bens.

O julgado de maior repercussão foi proferido pela Quarta Turma do STJ (Resp 757411, Ministro Fernando Gonçalves, DJ 27.03.2006), que reformou sentença proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no Processo nº 0408550-5.

O processo narra a história do filho, que somente manteve contato com o pai de maneira regular até os seis anos de idade, quando nasceu sua irmã, fruto de novo relacionamento do pai, desencadeando o afastamento definitivo do pai em relação ao autor. O filho alegou que, apesar de sempre receber pensão alimentícia, tentou várias vezes uma aproximação com o pai, pretendendo apenas amor e reconhecimento como filho, mas teria apenas recebido abandono, rejeição e frieza, mesmo em datas importantes, como aniversários, formatura no ensino médio e por ocasião da aprovação no vestibular.

Em primeira instância, a ação do filho contra o pai foi julgada improcedente, tendo o juiz considerado que não houve comprovação dos danos supostamente causados ao filho, hoje maior de idade. Após examinar a apelação, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no entanto, reconheceu o direito à indenização por dano moral e psíquico causado pelo abandono do pai. Asseverou que a responsabilidade pelo filho não se pauta tão-somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. A indenização foi fixada em quarenta e quatro mil reais.

No recurso para o STJ, a defesa do pai sustentou a tese de que a indenização teria caráter abusivo, além de ser uma tentativa de monetarização do amor. Alegou que a ação de indenização é fruto de inconformismo da mãe, ao tomar conhecimento de uma ação revisional

de alimentos, na qual o pai pretendia reduzir o valor. Sustentou também que, a despeito da maioria do filho, o pai continua a pagar pensão até hoje. Em seu parecer, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso do pai com a assertiva de que não caberia ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor.

Por maioria, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso do pai. O relator do processo, Ministro Fernando Gonçalves, ponderou que a lei apenas prevê como punição para o descumprimento dos deveres em questão a perda do poder familiar, que seria a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já imbuída tanto da função punitiva quanto, principalmente, da função dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono.

Outra justificativa para a não concessão de indenização nos casos do abandono afetivo seria que o pai, após ser condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, não encontraria ambiente para reconstruir o relacionamento, podendo chegar a ver-se definitivamente afastado do filho pela barreira erguida durante o processo litigioso.

O Ministro Aldir Passarinho, acompanhando o voto do relator, considerou que, por maior que seja o sofrimento do filho, a dor do afastamento, o Direito de Família tem princípios próprios, que não podem ser contaminados por outros, com significações de ordem material, patrimonial.

Por sua vez, o Ministro Jorge Scartezini afirmou que o que se questionou na ação foi a ausência de amor, ponderando que seria, na verdade, uma busca de dinheiro indevida.

Único a votar pelo não-conhecimento do recurso, o Ministro Barros Monteiro considerou que a destituição do pátrio poder não interfere na indenização, sustentando que, além da assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho.

Dessa forma, não assistir moralmente o filho caracterizaria ato ilícito, e o pai somente estaria desobrigado da indenização se comprovasse a ocorrência de motivo maior para o abandono.

Sendo assim, por quatro votos a um, a decisão do STJ afastou a indenização a ser paga pelo pai, determinada pelo tribunal mineiro, considerando que não existe possibilidade da reparação prevista no artigo 159 do Código Civil de 1916, não havendo como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização.

4 – DANO AFETIVO E ATO ILÍCITO

Salta aos olhos que a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo dos pais é uma questão delicadíssima, permeada por conceitos ainda carregados de conservadorismo e pelo receio de transformá-la numa desmedida busca pelo dinheiro.

O presente estudo parte do pressuposto de rompimento da relação conjugal dos genitores, situação cada vez mais comum na realidade social contemporânea, o que, entretanto, não deve criar obstáculos ao exercício do poder familiar, em especial no que se refere ao dever de assistência moral aos filhos. Entretanto, na maioria das vezes, os pais não logram êxito em um acordo sobre a guarda e visitação dos filhos e, em razão da quase sempre conflituosa separação, são os filhos que correm risco no seu direito à continuidade da convivência com ambos os genitores.

Constata-se, então, que o afastamento entre pais e filhos, muitas vezes, decorre do sentimento de ódio e vingança com que agem os ex-cônjuges, de forma consciente ou inconsciente, e não raro aos filhos é imposta uma participação desnecessária e dolorosa nesses

conflitos, tão comuns nos términos das relações conjugais. Outras vezes, esse afastamento decorre de uma postura imatura e irresponsável dos próprios pais.

Qualquer que seja a motivação, agindo assim os pais privam seus filhos do direito a uma convivência familiar, situação que pode vir a causar traumas, em razão da sensação de descaso e indiferença que a ausência semeia na criança, justamente na fase em que encontra-se em desenvolvimento. E no exercício do poder familiar está claro que uma convivência familiar que possibilite um desenvolvimento sadio e harmonioso é dever dos pais em relação aos seus filhos.

Citando Tarcisio José Martins Costa, Maciel (2008, p. 61), sobrelevando a importância do convívio familiar, aponta que o direito à convivência familiar, antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, equiparada, em importância, ao direito fundamental à vida.

Sendo assim, tal atitude dos pais configura, sim, um ato ilícito, pois a assistência moral, que inclui o dever de convivência e educação, é dever dos pais, e não mera faculdade, inerente ao poder familiar.

A configuração do ato ilícito nessas hipóteses não é o que, de fato, é controvertido quando em foco a possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo dos pais. A argumentação daqueles que são contra a possibilidade de indenização está apoiada na alegação de que não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, ainda que sejam seus próprios filhos. Isso é verdade. Não há como se questionar.

Entretanto, a essa desatenção e abandono moral perpetrada pelos pais deve corresponder uma sanção, sob pena serem inócuos, inexigíveis, todos os direitos e garantias previstas na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, no sentido da proteção da criança e do adolescente. A sanção, aqui, pode ser vista, até mesmo como uma resposta da

sociedade àquela prática ilegal e imoral. Como bem ponderou Azevedo (2004, p.14), o que se espera do Poder Judiciário com seu atuar não é que se preserve o amor ou a obrigação de amar, ao impor uma sanção pecuniária aos pais que abandonam, o que seria impossível, mas sim responsabilizá-los ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa trauma moral de rejeição e de indiferença na criança.

Também não há como ser aceita a tese, por muitos sustentada, de que o Direito de Família já prevê uma sanção para esses pais, ao regular as hipóteses de perda do poder familiar. Isso porque o pai, ou a mãe, violadores do direito dos filhos, estariam sendo duplamente premiados. Primeiramente com a perda do poder familiar, que o desobrigaria, definitivamente, em relação àquele filho, e depois com o afastamento das regras de direito sobre a reparação dos danos nessa hipótese.

O ilícito, fato gerador da indenização, está no descumprimento do exercício do poder familiar que gera um dano aos direitos de personalidade da criança. Com a evolução dos direitos da criança e do adolescente, que deixaram de ser consideradas objeto e passaram a ser sujeitos de direito, há que se garantir a elas, com mais razão, a proteção constitucional ao direito à vida com dignidade. E dignidade, para uma criança, começa com um desenvolvimento saudável, num meio acolhedor, que lhe garanta não só a integridade física, mas também psicológica.

Nesses casos, então, é inegável que os pais faltaram com o dever de assistência moral aos filhos na exata medida em que se fizeram ausentes e, conseqüentemente, não cumpriram com deveres inerentes ao poder familiar nesse período em que os filhos se encontram em pleno desenvolvimento psíquico-emocional.

Demonstrado o ato ilícito, haveria, ainda, que restar caracterizado o efetivo dano ao filho. Dessa forma, não basta, após analisarmos uma situação, concluirmos que houve

abandono pelo pai, ou pela mãe, em relação àquele filho. Haveria de se perquirir, e provar, inclusive por perícia, que houve um efetivo dano ao filho em razão daquele abandono. É claro que, de uma forma bem abrangente, podemos pensar que a ausência de um pai na vida de um filho sempre o privaria da vivência de inúmeras situações, que poderiam ser agregadas a sua personalidade. Mas isso, por si só, não caracterizaria um dano indenizável. Haveria que se demonstrar, efetivamente, as sequelas daquele abandono na vida do filho. Agir de forma contrária seria agir com irresponsabilidade.

Em suma, é necessário analisar como a pessoa avaliou e internalizou a indiferença paterna, como bem disse a professora Teresa Ancona Lopez (2004, p. 14), por meio de perícia judicial que constate o dano, quando, então, estará configurado o dano psicológico. Em conclusão, alerta a Lopez para o fato de que *"é muito comum as mães jogarem os filhos contra os pais, quando o certo seria tentar preservar a imagem paterna"*, situação que não se quer, com o reconhecimento do direito à indenização, proteger ou sequer incentivar.

Repita-se que não se trata de tentar estabelecer um preço ao afeto, ou de construir relações com base na ameaça de uma despesa financeira. Trata-se de, efetivamente, constatar que o abandono afetivo dos pais, violando os deveres do poder familiar, configura ato ilícito, e pode vir a causar danos de ordem moral aos seus filhos. E, constatado o dano e o nexo entre ele e o ato ilícito, está criada a obrigação de reparar. Afinal de contas, essa é uma previsão do direito civil pátrio perfeitamente aplicável às relações familiares.

Registre-se que a presente questão também deve ser analisada pelo prisma constitucional. Conforme lições de Cavalieri (2008, p. 94), a Constituição de 1988 deu uma nova feição ao dano moral, alargando sua abrangência, colocando a dignidade humana como a base de todos os valores morais, como a essência de todos os direitos personalíssimos. Sendo assim, deve-se sempre vincular o dano moral à ofensa de valores constitucionalmente

tutelados. Temos, então, de um lado o direito da criança a um desenvolvimento sadio, que lhe garanta sua dignidade, bem como sua integridade física e moral, e de outro, a liberdade dos pais. Moraes (2003, p. 85) explicou que *“dada a peculiar condição dos filhos, e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos”*.

Garantir a integridade psíquica dos filhos nada mais é que privilegiar o princípio da dignidade humana, por sua essência e valor, não se concebendo que possa ser ele amesquinhado. Ressalve-se que a nova ordem familiar, instalada com a Constituição de 1988, está embasada nos princípios da dignidade humana, da prioridade absoluta dos direitos da criança e da paternidade responsável.

O papel dos pais, definitivamente, não está limitado ao aspecto patrimonial da relação paterno-filial. A assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores.

5 – CONCLUSÃO

Ao final desse trabalho, uma certeza mostrou-se inequívoca: o operador do direito, em especial os magistrados, quando de sua aplicação, devem agir com toda a cautela e seriedade necessárias, a fim de evitar a criação de situações esdrúxulas para o direito, bem como rechaçar a possibilidade de uma busca desenfreada e desmotivada por compensações morais inexistentes.

Realmente é assunto perigoso, pois se aplicada sem responsabilidade, a condenação pecuniária dos pais que abandonam afetivamente seus filhos, descumprindo dever inerente ao poder familiar, pode tutelar tentativas de vingança entre filhos e pais, bem como pode fomentar a indústria do dano moral, tão mal vista pelos estudiosos. Espera-se, portanto, maturidade dos julgadores ao enfrentarem a questão, e também dos operadores do direito, ao se arriscarem em causas baseadas em falsos danos.

Porém, de forma alguma podemos negar a existência do direito à reparação pecuniária nos casos de abandono moral perpetrado pelos pais.

Embora se reconheça que o pagamento de uma indenização não reconstrua os laço de filiação rompidos com o abandono dos pais, uma vez que o afeto paternal não é passível de quantificação, a condenação do pais ausentes não seria inócua.

A indenização por dano moral nos casos de abandono afetivo observaria o aspecto ressarcitório da condenação, pois cumpriria a função de reparação de um dano, de fato, suportado pela criança, que causou prejuízos na formação da sua personalidade e identidade, a função punitiva dos pais ausentes, bem como a função preventiva e pedagógica, chamando a atenção, tanto dos pais punidos, como de outros pais, para que não fatos lesivos semelhantes não voltem a ocorrer.

Não há como afastar a ofensa à integridade moral de um filho presente na atuação negligente de seu genitor, que o abandona moralmente, agindo com descaso com a saúde, educação e bem estar daquele que tinha o dever de cuidar e proteger, pois aí sim estaríamos banalizando o dano moral.

Embora não se possa culpar o pai por não amar o filho, deve-se responsabilizá-lo negligenciá-lo.

Por todo o exposto, o abandono moral praticado pelos pais caracteriza inequívoca ofensa à dignidade do filho, por ter sido privado do direito à assistência paterna, imprescindível ao seu desenvolvimento como ser humano, sendo, portanto, indenizável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Jornal do Advogado - OAB/SP*. n. 289, p. 14, dez/2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. RT. 2009.

LOPES, Teresa Ancona. *Jornal do Advogado - OAB/SP*. n. 289, p. 14, dez/2004.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. Lumen Juris. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Lumen Júris. 2008.