



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de ciências jurídicas e sociais

Priscila de Carvalho Brito

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO**

**Brasília
2014**

PRISCILA DE CARVALHO BRITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília

2014

PRISCILA DE CARVALHO BRITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, _____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary

Prof. Danilo Porfirio de Castro Vieira

Agradeço a Deus por toda a força, proteção e ajuda que me foi dado durante todo o curso e para realização do presente trabalho. Agradeço aos meus pais, Nilva e Francisco, e à minha irmã, Letícia, que me apoiaram e ajudaram, inclusive tiveram muita paciência durante os períodos mais difíceis. Ao meu orientador, Professor Júlio César Lérias Ribeiro, por toda a dedicação e orientação para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo parental, tendo em vista os danos psicológicos sofridos pelo filho que acarretam em distúrbios no desenvolvimento da criança como pessoa e inserção na sociedade. Verifica-se a importância do instituto da família e da presença dos pais para a formação integral da criança e no caso do descumprimento dos deveres do genitor para com o filho a possibilidade de indenização por danos morais. O ato de negar afeto ao filho, de abandoná-lo, configura um ato ilícito, sendo aplicável a reparação em forma de pecúnia devido aos danos morais experimentados pela criança, tendo em vista que as sanções existentes na legislação brasileira são insuficientes para sanar este problema. Neste trabalho a problemática existente é dissolvida através da análise de conceitos básicos e da aplicação dos princípios norteadores do Direito de Família, do estudo da responsabilidade civil e do dano moral, juntamente com o Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chaves: Afeto. Abandono. Família. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DIREITO DE FAMÍLIA NA DOUTRINA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA	8
1.1 Direito de Família Contemporâneo	8
1.2 O afeto como valor jurídico	15
1.3 Dano moral na teoria da responsabilidade civil	20
2 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
2.1 Abandono afetivo e a Constituição Federal de 1988.....	25
2.2 Abandono afetivo e o Código Civil de 2002	30
2.3 Abandono afetivo e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	35
3 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA..	39
3.1 Jurisprudência favorável à aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo	39
3.2 Jurisprudência contrária à aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo	44
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a aplicabilidade da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo e o dano moral experimentado pela criança, vítima de tal abandono. O termo abandono afetivo não foi explicitado pelo legislador brasileiro, contudo, trata-se de um assunto importante e cada vez mais presente no Direito de Família.

A relevância do tema se faz a partir do momento em que as consequências do abandono sofrido passam a gerar problemas no desenvolvimento da criança como ser humano e ferem a dignidade da pessoa humana.

Visto a relevância do tema, as seguintes questões aparecem: O afeto é importante? A criança sofre danos pela omissão do pai? É possível a aplicação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo? Quais são as sanções cabíveis?

A hipótese estudada no presente trabalho trata-se de uma afirmação às questões acima, pois o dano sofrido é caracterizado como dano moral por atingir diretamente um direito de personalidade da criança e deve ser indenizável por caracterizar um ato ilícito, tendo em vista que se trata do descumprimento de um dever do genitor para com seu filho, qual seja o dever de convivência, de cuidar.

Porém, existe a corrente doutrinária diversa que defende que não há que se falar em dano moral nem em responsabilidade civil por parte do genitor, uma vez que este não tem a obrigação de amar e cumpre seus deveres de pai ao pagar a pensão alimentícia, nos casos de separação, ou ao garantir as condições materiais para a criança.

Ainda, esta mesma corrente afirma que no caso de abandono o legislador já prevê a sanção da perda do poder familiar, sendo considerado suficiente para punir o genitor pelo ato praticado.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o instituto da responsabilidade civil deve ser aplicado nos casos em que ocorre o abandono afetivo e que este configura um ato ilícito, mesmo não sendo expresso na legislação brasileira.

O afeto não se trata somente de amor, mas de cuidado, convivência, da existência de um relacionamento saudável entre pai e filho, e este relacionamento deve ser tutelado pelo direito uma vez que pode acarretar danos à criança, sendo observados os princípios norteadores do Direito de Família.

O primeiro capítulo tratará dos conceitos básicos e dos princípios do Direito de Família para um melhor entendimento e fundamentação para análise do tema em questão. Também versará sobre o crescimento e importância do afeto como valor jurídico, onde veremos que é necessário que haja uma tutela para as questões afetivas e a respeito da responsabilidade civil de forma geral, seus pressupostos básicos e a explanação do dano moral no mundo jurídico.

Já no segundo capítulo, veremos que mesmo que o termo “abandono afetivo” não se encontre em nossa legislação de forma explícita, tanto no Código Civil de 2002, como na própria Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente é possível a interpretação de dispositivos onde se vê a preocupação do legislador em tutela amplamente os direitos e deveres relacionados à pais e filhos.

Por fim, no terceiro e último capítulo veremos as tendências dos Tribunais brasileiros a respeito do assunto, assim como os fundamentos e justificativas para a aplicabilidade ou não da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

A metodologia utilizada são pesquisas bibliográficas e casos práticos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e o marco teórico utilizado no presente trabalho é a doutrina e jurisprudência contemporânea brasileira.

1. DIREITO DE FAMÍLIA NA DOCTRINA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Neste capítulo serão estudados os aspectos contemporâneos do Direito de Família a partir da análise desde a formação da entidade familiar, ressaltando os aspectos básicos e principalmente os princípios norteadores do Direito de Família. Além da apresentação introdutória da entidade familiar e sua importância para o Direito, será abordado e discutido o afeto como valor jurídico, a definição de afeto e sua tutela no âmbito jurídico. Por fim, será apresentado o instituto da responsabilidade civil assim como a sua aplicabilidade através dos pressupostos básicos e o dano moral.

1.1. Direito de Família contemporâneo

A família é o agente socializador do ser humano, ela representa a base mais sólida em que repousa toda a organização social. É através dela que nós somos inseridos na sociedade, por isso recebe uma atenção especial em nosso ordenamento jurídico e é protegida pelo Estado.¹

Podemos definir família como sendo uma instituição social, formada por mais de uma pessoa física, que se unem com a intenção de desenvolver entre seus membros a solidariedade e que podem descender umas das outras ou de um ente em comum. Há a grande-família formada pelas relações oriundas do casamento ou por outras entidades familiares, e a pequena-família formada pelos pais e filhos.²

Ao longo do século XX a família sofreu grandes mudanças, principalmente após a intervenção do Estado. Constitucionalmente falando, o Estado antes era ausente e passou a se interessar pelas relações de família, surgindo assim a tutela

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 15

² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5 p. 3

constitucional do Estado sobre a família, sendo hoje um princípio universalmente adotado e aceito nas constituições na maioria dos países.³

A intervenção do Estado deve ser protetora, nunca invasiva na vida privada, dessa forma a sociedade busca tutelar e regular a família da melhor maneira possível, cabendo ao Estado intervir, em última instância, para a preservação da estrutura familiar para que o ideal da família seja alcançado nos casos de conflito.⁴

Além da intervenção do Estado, temos, primeiramente, que a família não é mais somente casal e filhos, mas todas as pessoas ligadas pelo vínculo consanguíneo, cujo alcance é maior, e também que a proteção do Estado não será somente para a família constituída pelo casamento, como também para a família resultante da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Antes, a estrutura familiar era patriarcal, onde era legítimo o poder do homem sobre a mulher, o chamado “pátrio poder”. Uma figura nova começa a integrar o instituto familiar, o afeto. Dessa forma, a família atual busca uma identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos.⁵

A família tradicional era vista por meio do direito patrimonial e agora é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um dos membros que formam essa estrutura familiar. A família atual abriu espaço para o afeto, tomando o lugar do patrimonial, como protagonista.⁶

Com a figura do afeto se tornando cada vez mais presente no Direito de Família, o termo família passou a ser utilizado não somente para designar membros com vínculo sanguíneo, mas também aqueles ligados por um vínculo afetivo, como por exemplo, as famílias adotivas, outra alteração visto que a proteção do Estado abrangia apenas a família consanguínea.

O Direito de Família é o que está ligado à própria vida da pessoa natural, já que as pessoas vêm de uma entidade familiar e, em geral, permanecem ligadas a ela o resto da vida, mesmo que venham a constituir novas famílias, posteriormente, através

³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 6. p. 26

⁵ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18

de novos casamentos ou uniões. Em qualquer aspecto a família aparece como uma instituição necessária, portanto precisa da mais ampla proteção do Estado.⁷

Um ponto importante é o chamado “estado de família”, sendo este a posição e a qualidade que a pessoa ocupa dentro da entidade familiar. O Estado ao exercer seu poder de tutela considera a pessoa por si só e em relação à família, o que leva nosso sistema jurídico a classificar os capazes, incapazes, solteiros e casados, por exemplo.⁸

O estado de família é um atributo da personalidade da pessoa, oriundo do vínculo que une as pessoas ou pela falta desse vínculo. Os vínculos jurídicos das entidades familiares são divididos em dois: vínculo conjugal, que une as pessoas casadas, e o vínculo de parentesco, que une ascendentes, descendentes, parentes relacionados ao cônjuge e adotivos.⁹

O estado de família é um status irrenunciável, pois ninguém pode recusar por vontade própria de seu estado, como por exemplo, o estado de pai ou de filho. Por ser personalíssimo é imprescritível e intransmissível. É universal, pois abrange todas as relações jurídico-familiares, indivisível, sendo sempre o mesmo perante a sociedade, correlativo, ou seja, recíproco entre seus membros e oponível pela pessoa perante toda a sociedade.¹⁰

Outro ponto importante do Direito de Família é que os direitos, em regra, não possuem um conteúdo patrimonial, por não terem valor pecuniário, prezando pelo fim ético e social, com exceção dos casos de obrigações de alimentos, usufruto dos bens dos filhos, regime de bens entre cônjuges e administração dos bens de incapazes.¹¹

No sistema jurídico brasileiro, existem três formas de constituição de uma família: casamento, união estável e relação monoparental. Essa divisão permite uma

⁶ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6. p. 17

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 6. p. 32

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 6. p. 33

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 6. p. 32

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6. p. 19

maior e mais abrangente proteção do Estado em relação a família e não quer dizer que estejam excluídas outras formas de entidade familiar.¹²

A primeira forma de constituição familiar é feita a partir do casamento, este, na teoria é indissolúvel, realizado entre duas pessoas físicas de sexos opostos. Apesar de não ser a única forma de constituição, o legislador lhe dá uma maior atenção devido ao histórico dessa instituição, que promove maior estabilidade e segurança aos seus membros.¹³

A segunda forma é a chamada união estável. Esta também é feita entre pessoas físicas de sexos opostos, com convivência por período prolongado e de conhecimento da sociedade, sem formalização exigida em lei, porém apesar disso, pressupõe todos os requisitos do casamento.¹⁴

A terceira e última é a relação monoparental, constituída por um dos genitores e seus descendentes. Atualmente, devido a independência adquirida pela mulher, que não mais está submetida ao pátrio poder, é mais vista e aceita pela sociedade. Mesmo sem vínculo matrimonial, tem-se a formação de uma família, chamada de família monoparental.¹⁵

Existem alguns princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, o primeiro e principal deles é o princípio da dignidade humana. Por esse princípio constitucional devem sempre priorizar pela proteção da vida e da integridade biológica e psíquica dos membros da família, sendo eles genitores ou filhos.¹⁶

O princípio da dignidade humana é a base para o Direito de Família, deve ser aplicado desde a fundação e desenvolvimento das relações familiares até sua

¹² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 43

¹³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 45

¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 45

¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 45

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 46

dissolução, devendo se estender a todas as situações em que se encontre a pessoa natural, não apenas ao planejamento familiar.¹⁷

Nas relações familiares há a necessidade de tutela dos direitos de personalidade, através da proteção à dignidade humana, já que a família deve ser considerada como o centro de preservação da pessoa. É por meio do respeito aos direitos de personalidade que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares.¹⁸

Na família patriarcal a dignidade humana não podia ser a mesma para o pai, o chefe, e os outros membros da família, mulher e filhos. Nas famílias atuais, a ordem jurídica busca prover condições e possibilidades para que as pessoas, que compõem as relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades.¹⁹

Outro princípio constitucional importante é o princípio da solidariedade, já vimos que as estruturas familiares estão operando de forma solidária entre si, buscando sempre o afeto como eixo principal. Deve ser observado os direitos personalíssimos de cada membro, a subsistência e o auxílio necessário que deve ser oferecido, em especial dos ascendentes para os descendentes.²⁰

A solidariedade é um valor que se destaca na família entre seus membros, é o apoio recíproco que deve existir entre eles, tanto materialmente, quanto espiritualmente. Todos os membros componentes da entidade familiar devem assistir aos outros quanto a todas as suas necessidades.²¹

O princípio da igualdade entre homem e mulher é base para a extinção da família patriarcal, onde a mulher era submissa ao homem. Esse princípio surge em decorrência às mudanças experimentadas pela família, a mulher se tornou independente e hoje, ambos devem ser tratados de forma igualitária.²²

¹⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 21

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito de Família Vol. 2*. 40. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 32

¹⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62

²⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 27

²¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 22

²² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 48

A igualdade entre homem e mulher surgiu no século XX, quando a mulher passou a integrar o mercado de trabalho, dividindo as tarefas domésticas com o marido e obtendo os mesmos direitos. Não existe mais o “pátrio poder”, mas sim o “poder familiar”, este é o poder-dever em igualdade para ambos os genitores.²³

Se há igualdade entre marido e mulher, deve haver igualdade entre os filhos, é o que preza o princípio da isonomia de tratamento aos filhos. Não pode haver diferenciação entre filhos por vínculo sanguíneo, filhos por vínculo afetivo e filhos bastardos. O filho não havido de relações conjugais possui, hoje, os mesmos direitos dos filhos havidos do casamento.²⁴

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha e autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, a livre definição de modelo educacional a ser seguido, à livre administração do patrimônio familiar, dos valores culturais e religiosos, e do planejamento familiar.²⁵

Os genitores tem o livre direito de estabelecer seu planejamento familiar, podendo optar pela quantidade de membros de sua prole e adotar meios necessários para o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual dos integrantes da família, prezando pelo bem estar da entidade familiar.²⁶

Porém, há que se observar o princípio da dignidade humana, não podendo haver restrição dos direitos de personalidade de cada membro da família, e o princípio da paternidade responsável, segundo o qual a família deve outorgar, aos filhos havidos do casamento ou não, todos os meios para o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e intelectuais.²⁷

De todos os princípios, aquele que norteia o Direito de Família é o chamado princípio da afetividade. É com base na afetividade que a família vem se desenvolvendo

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Alta, 2004. vol. 6. p. 24

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 48

²⁵ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69

²⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 49

²⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, Vol. 5*. 4. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 49

em sua história, o Estado passa a assegurar o afeto, mesmo sem usar esta palavra, para o cidadão, por meio da Constituição Federal de 1988.²⁸

Todas as mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século XX foram essenciais para as inovações ocorridas no Direito de Família, onde os pais são chamados a uma paternidade responsável e solidária, onde os vínculos de afeto se sobrepõem aos biológicos, prioriza-se a família socioafetiva e a não discriminação de filhos.²⁹

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 67

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6. p. 34

1.2. O afeto como valor jurídico

O Direito era analisado e estudado como fato social, com o desenvolver dos estudos nasceu a chamada obrigação jurídica, o dever, e foi possível perceber que era necessário a existência da norma para garantir o cumprimento da obrigação. Surge também o valor como reflexo dos valores almejados pela sociedade, sendo um exemplo a justiça.³⁰

Dessa forma, temos a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, que delineou os três elementos fundamentais, presentes em qualquer experiência jurídica: fato, valor e norma. Devendo o Direito ser analisado sempre segundo esses três aspectos.³¹

O valor existe como reflexo das vontades da sociedade, as coisas tem valor porque há algo dentro de nós que as desejam e acreditamos que há algo nelas que nos dará prazer. Porém, para que o valor tenha sentido, deve haver o desvalor, ou seja, para o lícito deve haver o ilícito. Essa característica do valor é a chamada bipolaridade.³²

Outra característica do valor é a implicação recíproca, para que um valor seja concretizado, ele deve interferir na concretização de outro valor, sendo assim, há uma espécie de solidariedade entre os valores.³³

A referibilidade e preferibilidade também são características do valor, a primeira sendo o valor a bússola a guiar a pessoa, pois quando a pessoa opta por um valor, ela está se direcionando a partir dele, o usa como referência. Já a segunda, a preferibilidade, toma partida pela liberdade do ser humano para fazer suas escolhas,

³⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 505

³¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 509

³² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2008. p. 189

³³ MARTINS, Alexandre Marques da Silva. *Os Valores em Miguel Reale*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176575/000860623.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 7 out. 2013.

pois apesar do valor estar dentro do mundo do dever-ser, o ser humano é livre para seguir o caminho que lhe convier.³⁴

Os valores são objetivos, são espelhados nas criações e concretizações humanas no decorrer da história. A objetividade está intimamente ligada a historicidade dos valores, pois estes surgem a partir do desenvolvimento histórico-cultural do ser humano, em cada civilização, de cada época, existiam os valores distintos, relacionados com o viver daquela sociedade.³⁵

O afeto não era considerado como valor no âmbito jurídico, porém com todas as mudanças sofridas, o Direito de Família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.³⁶

Luc Ferry afirma que “foi em consequência da passagem de uma sociedade holística e hierarquizada para uma sociedade individualista e igualitária que o peso afetivo aumentou nas relações pessoais.”³⁷

Antes, quando o poder patriarcal era dominante, não havia que se falar em amor entre os membros da família, apenas em ordens e domínio do pai com os filhos e a esposa. Com a evolução da família, a visão patrimonialista foi sendo substituída por uma visão baseada no afeto.³⁸

Segundo Luc Ferry, a família passou por três rupturas para chegar a concepção atual³⁹, a primeira refere-se ao casamento, que na antiguidade tinha caráter

³⁴ MARTINS, Alexandre Marques da Silva. *Os Valores em Miguel Reale*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176575/000860623.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 7 out. 2013.

³⁵ MARTINS, Alexandre Marques da Silva. *Os Valores em Miguel Reale*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176575/000860623.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 7 out. 2013.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 68

³⁷ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês. Política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 109

³⁸ FREITAS, Gilberto Oliveira. Mediação Familiar. *Justilex*, Brasília, v. 4, n. 51, p. 51-55, mar. 2006.

³⁹ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês. Política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 94

econômico, onde a família não tinha função afetiva nem de educação, e passou a ser realizado por amor, pelo laço afetivo que existia entre duas pessoas.⁴⁰

A segunda ruptura, que ocorreu no século XVIII, está relacionada a intimidade, que não existia e não era respeitada. A terceira e última ruptura ocorreu com a chegada do amor parental, o vínculo de amor entre mãe e filho sempre existiu, mas entre pai e filho era mais restrito e hoje o amor de ambos os pais é uma prioridade para a maioria dos casais.⁴¹

A afeição e o respeito decorrem do princípio da solidariedade entre os membros da família, devem ser alimentados e desenvolvidos visando uma melhor relação entre os cônjuges e os parentes, não são critérios jurídicos para a solução de um problema, mas sim elementos integrantes da solidariedade.⁴²

O afeto deriva também do princípio da dignidade humana, sendo imprescindível para a ordem social. A relação do afeto e da dignidade encontra-se na formação do indivíduo, moral, social e psicológica, sendo ambos importantes para a relação familiar.⁴³

A afeição é a ligação que existe entre membros da família que decorre dos sentimentos nutridos por eles a partir da convivência. A afeição não é um dever legal, já que não se pode obrigar uma pessoa a gostar da outra, mesmo que haja algum parentesco entre elas.⁴⁴

Afeição significa ter afeto, amizade ou amor por uma pessoa ou um bem. Mesmo não sendo um dever jurídico, em regra, os membros de uma família possuem afeto um pelo outro, mas não é uma verdade percebida na realidade. Há grande

⁴⁰ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês. Política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 96

⁴¹ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês. Política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 104

⁴² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 60

⁴³ CARDIN, Valéria Sílvia Galdino. *O afeto como valor jurídico*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 60

complexidade nas relações entre os membros da família que muitas vezes levam o laço de afeto à fragilidade.⁴⁵

As pessoas se unem em decorrência do afeto por elas nutrido e acabam por se separar quando esse afeto deixa de existir. O afeto está presente tanto na relação entre os cônjuges, como entre ascendentes e descendentes, é alimentado no cuidado, companheirismo, amizade e cumplicidade que existe entre eles.⁴⁶

O afeto familiar, que é aquele que une de forma íntima um grupo de pessoas para a vida comum, cria um laço e comunicação entre as pessoas, mesmo que estejam distantes fisicamente umas das outras, baseado em uma solidariedade fundamental de vivência, convivência e sobrevivência. Esse laço de afeto é tão forte e persistente que independe do sexo, podendo haver somente uma mãe ou somente um pai, fato este que era repudiado na origem histórica.⁴⁷

Essa visão de família tem como base a compreensão e o amor, onde os membros que compõem a entidade familiar prezam pelo bem-estar e felicidade do próximo, e buscam através do outro a realização de si mesmo. É possível notar que a afetividade é o núcleo que define a união da família.⁴⁸

O afeto deve ser observado sempre que envolver o interesse dos filhos, no caso dos cônjuges, será analisado em segundo plano, pois se presume que se há conflito o afeto não existe mais, partindo do pressuposto de que não pode haver coação que obrigue ao casamento.⁴⁹

A Constituição Federal de 1988, ao incorporar o princípio do melhor interesse da criança, mostra reconhecer a relação de afeto e tutelá-la. Já em relação ao casal, o

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 5. p. 60

⁴⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 53

⁴⁷ BARROS, Sergio Resende. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

⁴⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 54

⁴⁹ FREITAS, Gilberto Oliveira. Mediação Familiar. *Justilex*, Brasília, v. 4, n. 51, p. 51-55, mar. 2006.

afeto é o primeiro passo para a constituição da sociedade marital e sua sobrevivência se dará pela preservação do sentimento de afeto⁵⁰

O princípio do melhor interesse da criança, quer dizer que os interesses da criança deve ser tratado como prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela própria família, na elaboração e na aplicação dos direitos relacionados às crianças. O princípio toma como ponto de partida a situação delicada e peculiar na qual se encontra a criança, que ainda está em desenvolvimento.⁵¹

Existem as chamadas famílias sociológicas que, independente de vínculo biológico ou jurídico, há a prevalência dos laços afetivos, da solidariedade entre os membros e os pais assumem de forma integral a educação e proteção de seus filhos.⁵²

No caso das famílias em questão, a filiação verifica-se a partir da espontaneidade dos pais sociológicos, não há que se falar em vínculo biológico. Pais são os que criam, não os que procriam, sendo assim é considerado verdadeiro o pai que cuida, preza pelo bem da criança, ama e educa.⁵³

O afeto se faz elemento importante quando há que se discutir questão de guarda, relações homoafetivas e famílias reconstituídas, que é o caso de pessoas que assumem filhos que não são seus, por exemplo, caso de viúva que se casa novamente.⁵⁴

A família é uma estrutura fundamentada na afetividade, independente de sua formação, quer seja constituída por pais separados, por pais solteiros, por casais homossexuais, famílias com filhos adotivos, famílias sem filhos. O Direito de Família valorou o afeto no âmbito jurídico, sendo um direito de personalidade protegido pela Constituição Federal de 1988, alicerçado no princípio da dignidade humana e da solidariedade, a base de toda estrutura familiar.

⁵⁰ BARROS, Sergio Resende. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

⁵¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75

⁵² NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. 1. Ed. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2001. p. 55

⁵³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. 1. Ed. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2001. p. 56

⁵⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. 1. Ed. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2001. p. 58

1.3. Dano moral na teoria da responsabilidade civil

Um dos objetivos da ordem jurídica é proteger o lícito e repudiar o ilícito, para alcançar isso são impostos normas e deveres jurídicos que podem ser positivos ou negativos. A violação de um dever jurídico imposto pela lei configura um ato ilícito, que acaba por gerar dano a terceiro e conseqüentemente um novo dever jurídico, o de reparar o dano causado⁵⁵.

Seguindo esse pensamento, vemos que há um dever jurídico originário e sua violação gera um dever jurídico sucessivo, qual seja o de indenizar o dano causado. Sendo a responsabilidade civil um dever jurídico sucessivo, podemos dizer que a conduta humana que viole um dever jurídico originário e cause prejuízo ou dano a terceiro, gera a responsabilidade civil.⁵⁶

Há dois tipos de responsabilidade civil, a objetiva que não cogita a ideia de culpa, e a subjetiva, que não só cogita, mas tem como pressuposto fundamental a culpa. Ressalta-se que uma não afasta a outra, a responsabilidade objetiva existe nos casos previstos em leis, já a subjetiva é tida como regra.⁵⁷

Para que exista a obrigação de indenizar o ofendido, deve existir um direito de outrem que é violado ou que uma norma jurídica seja infringida e que o agente que agiu dessa forma tenha agido com culpa, seja por ação ou omissão voluntária, seja por negligência e imprudência.⁵⁸

Quando se fala que o agente agiu com culpa quer dizer que sua conduta foi reprovada, ou seja, afirma-se que o agente poderia ter agido de uma maneira diferente. Se essa ação ou omissão do agente é proposital, estamos frente à culpa *lato sensu*, ou

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 21

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 22

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 33

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6. p. 295

seja, dolosa. Se o dano decorre de ação negligente ou imprudente, estamos frente à culpa *strictu sensu*, ou chamada também de aquiliana.⁵⁹

A culpa também somente pode ser configurada quando há o elemento da previsibilidade, pois, se não havia como prever o prejuízo, estamos diante de uma hipótese de caso fortuito ou força maior, e nesses casos não há como o agente ter dado causa ao prejuízo sofrido pela vítima.⁶⁰

Além da conduta culposa do agente, outro elemento essencial da responsabilidade civil é o chamado nexa causal. O nexa causal é a relação de causa e efeito entre o ato ilícito, a conduta culposa do agente e o dano. O dano deve ser consequência do ato ilícito, é indispensável a conexão causal entre os dois elementos.⁶¹

É possível que várias causas tenham concorrido para a concretização do dano, nesse caso, há três teorias adotadas pelos doutrinadores: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade imediata.⁶²

A primeira teoria, a da equivalência das condições, defende que qualquer dos fatos que tenham relação com o dano, por mais distante e indireto que seja, pode ser tido como causa eficiente do dano. Não é necessário que o dano seja uma consequência imediata e necessária do fato, tem que ser verificado que sem o fato que concorreu para a produção do dano, este não poderia ser concretizado.⁶³

Segundo a teoria da causalidade adequada, é considerado como causa aquele fato que é considerado idôneo para a produção do dano. Já a teoria da causalidade imediata, diz que será causa o fato que decorrer mais diretamente, mais próximo. A legislação brasileira adota a teoria da causalidade imediata, ou seja, o nexa

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6. p. 296

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6. p. 298

⁶¹ GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79

⁶² GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79

⁶³ GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80

causal é aquele que faz a ligação entre o dano e o fato que foi a causa necessária e imediata.⁶⁴

Não há que se falar em indenização e compensação se não houver prova de que houve um dano, pode haver responsabilidade civil sem culpa, mas não sem dano. O dano é a violação de um direito, seja ele material ou não, provocado por uma conduta culposa do agente, que causa a terceiro uma diminuição de um bem, seja ele patrimonial ou integrante da personalidade da vítima.⁶⁵

Existem dois tipos de dano, o dano material e o dano moral. O dano material também conhecido como dano patrimonial, pois atinge o patrimônio da vítima, é dentro dessa espécie de dano que estão localizadas as perdas e danos e os lucros cessantes. Perdas e danos, ou dano emergente, é aquele que resulta na diminuição do patrimônio da vítima. Já os lucros cessantes consistem naquilo que o ofendido deixou de lucrar em decorrência do dano sofrido.⁶⁶

Para que o dano seja indenizável ele deve ser certo e real, não apenas uma ameaça e também deve ser atual e subsistente, ou seja, deve existir e não pode ser ressarcido se o responsável já o reparou, se o agente já fez com que a lesão deixasse de existir, não há que se falar em indenização.⁶⁷

O dano moral é caracterizado pela violação de um direito de personalidade, como por exemplo, a honra, a saúde, a liberdade, ou que causem dor, sofrimento e humilhação, é a violação à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o dano material atinge o patrimônio e o dano moral a pessoa.⁶⁸

Na reparação do dano material, há a busca para repor o que a vítima perdeu ou lhe dar a possibilidade de adquirir novo bem igual ou próximo ao que perdeu.

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80

⁶⁵ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral, problemática: do cabimento da fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 27

⁶⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral, problemática: do cabimento da fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 27

⁶⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed., rev., amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 85

Quando falamos na reparação do dano moral, isso não é possível, o que existe é o pagamento pecuniário como indenização, a ser arbitrado pelo juiz.⁶⁹

Ressalta-se que o pagamento em pecúnia no caso de dano moral, não irá reverter o sofrimento experimentado pela vítima, porém é um meio razoável para ao menos neutralizar ou atenuar os efeitos do dano e para que o agente não saia impune, sem pagar por sua conduta ilícita.⁷⁰

São legitimados para pedir a reparação do dano moral o ofendido, os incapazes, as pessoas jurídicas, e inclusive os membros da família que tiverem laço afetivo com o ofendido. Apesar de existir divergência a respeito dos incapazes, uma vez que o dano moral se configura com a ofensa ao direito de personalidade, os incapazes podem sofrê-lo sim.⁷¹

Um grande problema, que gera muita divergência entre doutrinadores, é o modo de fixação do valor do dano moral. Existem dois sistemas adotados no Brasil, o chamado sistema tarifado ou fechado, disposto em lei especial, Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei da Imprensa, por exemplo, e o sistema ilimitado ou aberto, disposto no Código Civil Brasileiro de 2002.⁷²

O sistema tarifado não possui respaldo no Brasil, pois baseado nesse sistema o legislador deixa preestabelecido critérios objetivos para a fixação do valor da indenização, chegando até a colocar um limite em certos casos. Uma forte crítica a esse sistema é que o agente causador do dano poderia, previamente, pesar o custo benefício da prática da conduta ilícita e optar por praticá-la se achasse que a punição seria leve.⁷³

⁶⁹ CARVALHO NETO, Inácia de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. vol. 9. p. 60

⁷⁰ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed., rev., amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62

⁷¹ GARBELLINI, Luis Henrique. Critérios de fixação do dano moral no Judiciário estadual e federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2680, 2 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/17748/criterios-de-fixacao-do-dano-moral-no-judiciario-estadual-e-federal> >. Acesso em: 14 out. 2013.

⁷² GARBELLINI, Luis Henrique. Critérios de fixação do dano moral no Judiciário estadual e federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2680, 2 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/17748/criterios-de-fixacao-do-dano-moral-no-judiciario-estadual-e-federal> >. Acesso em: 14 out. 2013.

⁷³ GARBELLINI, Luis Henrique. Critérios de fixação do dano moral no Judiciário estadual e federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2680, 2 nov. 2010.

Outra crítica se dá ao fato de que o legislador não pode prever todas as situações concretas que podem acarretar em danos morais, dessa forma, o limite máximo do valor já preestabelecido para a situação abstrata poderia ser irrisório para a situação concreta, devendo deixar a fixação do valor a livre arbítrio do juiz do caso.⁷⁴

Com base no sistema aberto, “o prudente arbítrio do juiz passa a ser a única forma de superação da dificuldade de indenização do dano moral”⁷⁵. Porém, não se pode deixar a decisão ser feita livremente no entender do juiz, há critérios subjetivos que devem ser observados pelo magistrado, como a gravidade da lesão, a intensidade do prejuízo, a repercussão social da ofensa, o grau de culpa do agente, a situação econômica das partes e os benefícios obtidos com o ilícito.⁷⁶

A indenização deve ter caráter duplo: o caráter punitivo e o caráter ressarcitório. O caráter punitivo é necessário para que o ofensor seja repreendido e não volte a cometer ato ilícito que viole direito de personalidade de outrem. O caráter ressarcitório também é importante, pois é através dele que a vítima irá se satisfazer diante o dano sofrido.⁷⁷

Todo dano deve ser reparado e no caso do dano moral a fixação do quantum indenizatório deve ser feita baseada no livre arbítrio do juiz, que por sua vez deve observar os critérios subjetivos para o caso concreto. O quantum indenizatório deve abarcar o caráter punitivo e o ressarcitório, mesmo que não restitua a situação anterior ao prejuízo da vítima, é uma forma compensatória para que ao menos neutralize o sofrimento experimentado por ela.

Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/17748/criterios-de-fixacao-do-dano-moral-no-judiciario-estadual-e-federal> >. Acesso em: 14 out. 2013.

⁷⁴ GARBELLINI, Luis Henrique. Critérios de fixação do dano moral no Judiciário estadual e federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2680, 2 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/17748/criterios-de-fixacao-do-dano-moral-no-judiciario-estadual-e-federal> >. Acesso em: 15 out. 2013.

⁷⁵ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed., rev., amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156

⁷⁶ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed., rev., amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 160

⁷⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed., rev., amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 157

2. DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo será analisada a aplicabilidade do dano moral por abandono afetivo, que, apesar de não ser um termo explícito no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se presente na legislação, como na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1. Abandono afetivo e a Constituição Federal de 1988

A ordem jurídica brasileira é composta de normas jurídicas dispostas em forma de escalonamento. Para uma norma ser criada é necessário que exista uma norma anterior que regule sua produção, essa é chamada de norma fundamental. Segundo Hans Kelsen, a Constituição é a norma positiva que permite que outras normas sejam criadas através de sua regulação.⁷⁸ Em nosso ordenamento jurídico, portanto, a norma fundamental é a Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, um rol de direitos e garantias fundamentais⁷⁹, considerados direitos da personalidade, que são indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Estes direitos devem ser respeitados de modo que o seu conteúdo é o mínimo necessário para que a pessoa humana possa se desenvolver.⁸⁰

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2003. p. 247

⁷⁹ 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 seguintes:

⁸⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 23

No art. 5º, V, a Constituição Federal disserta a respeito do direito de resposta do indivíduo que se sentir lesado e cabimento do dano material e do dano moral⁸¹. Tem-se por dano moral a violação a direitos personalíssimos, como por exemplo, a honra, a saúde, a liberdade, ou que causem dor, sofrimento e humilhação, é a violação à dignidade da pessoa humana.⁸²

O legislador busca a reparação de direito lesado por meio do ressarcimento pecuniário, não restando dúvidas sobre a indenização por dano moral, podendo ser cumulado com o dano material também.⁸³

Tem-se, portanto como garantia fundamental o direito a demandar indenização por dano moral, que é o dano que fere direito de personalidade, a dignidade da pessoa humana. Esta constitui fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, inciso III⁸⁴, da Constituição Federal de 1988 e quando inserido no Direito de Família está voltado especialmente para a criança e o adolescente.⁸⁵

A dignidade da pessoa humana, como direito da personalidade, nasce com a pessoa, faz parte de sua essência. Segundo Alexandre de Moraes ela unifica os direitos e garantias fundamentais, limita o poder do Estado e do particular para com o indivíduo. Ela serve como um direcionador para a formação e aplicação dos demais direitos fundamentais.⁸⁶

Existem diversos princípios que norteiam o Direito de Família, todos eles com respaldo constitucional, pois atualmente, qualquer norma jurídica de Direito de Família exige fundamento de validade na Constituição Federal⁸⁷. O legislador ampliou o conceito de família, igualou homens e mulheres e com a intervenção do Estado, este passou a cuidar proteger a entidade familiar.

⁸¹ Art. 5º. V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 85

⁸³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 50

⁸⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 5. p. 23

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio mor, é aquele que abarca todos os outros, como por exemplo, solidariedade, liberdade e igualdade. Dessa forma, esse princípio busca a dignidade para todos os membros da entidade familiar, através dos direitos fundamentais.⁸⁸

Sabe-se que hoje o afeto ganhou importância no mundo jurídico, tornou-se relevante para os estudos do Direito de Família, soluções de problemas que possam existir dentro da entidade familiar e pode ser claramente observado no princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁹

Outro princípio que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio da afetividade. Apesar da palavra afeto não estar expressa no texto constitucional, é possível identificar o princípio da afetividade em alguns artigos da Constituição Federal de 1988.

Segundo Paulo Lôbo, o princípio da afetividade é um princípio constitucional implícito, e pode-se encontrar na Constituição Federal fundamentos desse princípio, como a igualdade entre os filhos, sejam adotados ou de sangue, e a convivência familiar como direito absoluto das crianças e adolescentes.⁹⁰

O art. 226 dispõe que a família é a base da sociedade e, portanto, deve ser protegida pelo Estado⁹¹. No §8º⁹² do mesmo artigo, tem-se normatizado o dever de tutela a ser exercido pelo Estado em relação à família, uma vez que o Estado deve dar assistência para todas as pessoas que integrem a entidade familiar, promovendo programas de assistência social às crianças, por exemplo, como dispõe o §1º⁹³ do art. 227, da Constituição Federal.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 36

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 5. p. 63.

⁸⁹ ANGELUCI, Cleber Afonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Brasília, 2006. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/713/893>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁹⁰ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71

⁹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁹² Art. 226. § 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.

⁹³ Art. 227. § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

A família é tutelada pelo Estado, porém não possuem apenas direitos, mas deveres também⁹⁴, observa-se no art. 227, caput, os principais direitos que devem ser assegurados às crianças e adolescentes, entre eles o direito à vida, à convivência familiar, à saúde, à dignidade e à educação, dispõe também um rol a respeito do que as crianças e adolescentes deverão ser protegidos também, como por exemplo, da negligência e da violência.⁹⁵

Vê-se que a responsabilidade dos pais com os filhos não se limita à alimentação, mas se estende ao desenvolvimento por completo da criança e do adolescente, pautado no princípio da dignidade humana⁹⁶.

A supremacia do princípio da igualdade se estendeu à filiação, e veda a existência de discriminação entre os filhos⁹⁷, tal princípio está disposto no § 6º do art. 227⁹⁸. Esse princípio preza pela igualdade entre filhos havidos fora do casamento, filhos oriundos de união matrimonial, filhos adotivos e filhos de sangue. O legislador neste dispositivo reconhece a igualdade de qualificação e de direito que deve existir entre os filhos.⁹⁹

Ressalta-se, assim, a importância do afeto no âmbito jurídico, uma vez que existindo o afeto deve haver tratamento igualitário entre os membros da entidade familiar, independente do vínculo de sangue.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 851

⁹⁵ 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.

⁹⁶ ANGÉLUCI, Cleber Affonso. O amor tem preço?. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 35, p. 47-53, dez. 2006.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65

⁹⁸ Art. 227. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 851

No art. 229 da Constituição Federal, têm-se os deveres dos pais para com os filhos, que inclui o dever de assistir, criar e educar os filhos menores¹⁰⁰. Esses deveres configuram o princípio da solidariedade. É a partir da solidariedade que os laços afetivos surgem, é este princípio que traduz o respeito e os cuidados que devem existir entre os membros da entidade familiar.¹⁰¹

Apesar dos deveres de assistência às crianças e adolescentes serem também do Estado, este age em terceiro plano, pois, segundo Maria Helena Diniz, quando passa a existir deveres recíprocos entre os membros da entidade familiar, o Estado se esquia do dever de ter que prover todos os direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal.¹⁰²

O primeiro a quem é atribuído o dever de zelar pelo ente da família é a própria família, posteriormente a sociedade e por último o Estado¹⁰³. Esta ideia está normatizada no art. 227, caput, da Constituição Federal.¹⁰⁴

Percebe-se que o legislador busca garantir às crianças e adolescentes todos os princípios e garantias fundamentais para seu desenvolvimento, a partir de princípios norteadores do Direito de Família, com auxílio da própria família, da sociedade e do Estado.

¹⁰⁰ Art. 229. 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.

¹⁰¹ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *O princípio da solidariedade e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto nos vínculos de filiação*. Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5892>. Acesso em: 23 out. 2013.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67

¹⁰⁴ 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.

2.2. O abandono afetivo e o Código Civil de 2002

A incidência do Código Civil Brasileiro está condicionada às normas da Constituição Federal, esse processo de submissão é chamado de constitucionalização do Código Civil. Seguindo a ideia da constitucionalização tem-se que as normas e leis do Código Civil Brasileiro somente serão válidas se estiverem em consonância com as normas constitucionais.¹⁰⁵

Qualquer norma que esteja em desacordo ao que está estabelecido na Constituição Federal, deve ser excluída do sistema jurídico, segundo a supremacia da Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é fundamento da República Federativa do Brasil.¹⁰⁶

Sabe-se que responsabilidade civil pressupõe a reparação de um dano, e possui três elementos: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. Tem-se por conduta todo e qualquer ato humano voluntário, seja por omissão ou ação, que interfira no mundo jurídico de outrem.¹⁰⁷ Quando essa conduta gera algum dano ao terceiro, tem-se configurado o ato ilícito, como disposto no art. 186, do Código Civil de 2002.¹⁰⁸

Neste artigo tem-se que aquele que por ação ou omissão voluntária, ou seja, aquele que agir com dolo, e aquele que por negligência ou imprudência, qual seja a conduta culposa, violar direito ou causar dano à terceiro, estará cometendo ato ilícito.

Ainda, de acordo com o art. 186, do Código Civil de 2002, o legislador apresenta a responsabilidade civil subjetiva, que se fundamenta na ideia de culpa, como regra do Código Civil Brasileiro.¹⁰⁹

¹⁰⁵ SANTOS, Simone Moraes dos. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica Centro de Ensino Superior de Jataí*, Jataí, v. 7, n. 9, p. 22-33, jan./jun. 2007.

¹⁰⁶ SANTOS, Simone Moraes dos. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica Centro de Ensino Superior de Jataí*, Jataí, v. 7, n. 9, p. 22-33, jan./jun. 2007.

¹⁰⁷ SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Maranhão. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 28 out. 2013.

¹⁰⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4. p. 32

De acordo com Maria Helena Diniz, o ato ilícito pressupõe a violação de um dever preexistente, ou seja, para que haja o ato ilícito deve haver a conduta humana voluntária que viole um dever ou direito de terceiro e o agente deve ser conhecimento da ilicitude de seu ato.¹¹⁰

Não há que se falar em responsabilidade civil sem que haja dano, pois a responsabilidade civil enseja na reparação de um prejuízo, se não há prejuízo, não há o que reparar.¹¹¹ O dano a ser discutido em questão é o dano moral, este é o dano que viola o íntimo da pessoa, fere os direitos de personalidade.¹¹²

Sabe-se que os direitos de personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem ser limitados voluntariamente, segundo o disposto no art. 11 do Código Civil de 2002.¹¹³ Porém, apesar de possuir a característica da intransmissibilidade, a sua pretensão de reparação em caso de violação destes, se transmite aos sucessores¹¹⁴, tal disposição encontra-se fundada no art. 943, do Código Civil de 2002¹¹⁵.

O último pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, para que haja a obrigação de indenizar é necessário que exista uma relação de causalidade entre o fato ilícito decorrente da conduta humana e o dano ocorrido em consequência daquele¹¹⁶.

O art. 186¹¹⁷, do Código Civil de 2002, dispõe, como já dito, a respeito do ato ilícito e da responsabilidade subjetiva, mas também remete ao nexo de causalidade,

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 7. p. 57

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 7. p. 77

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4. p. 357

¹¹³ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4.p. 368

¹¹⁵ Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4. p. 329

¹¹⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

pois o legislador exige que exista essa relação entre conduta e dano para que possa atribuir a obrigação de reparar o dano ao agente causador.¹¹⁸

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a fixação do quantum indenizatório do dano moral deve ser realizada por meio do arbitramento do juiz, por ser o meio mais adequado para tanto.¹¹⁹ Tal pensamento, possui respaldo no Código Civil, no art. 946, que dispõe que não havendo lei que disponha a respeito de tal obrigação, as perdas e danos serão apuradas na forma que a lei processual determinar.¹²⁰

Ainda, no art. 945 do Código Civil de 2002, tem-se que a indenização deve ser medida pela proporção do dano, dessa forma, vê-se que o arbitramento do juiz se faz necessário para a fixação do valor da indenização, uma vez que o magistrado terá que se utilizar de seu livre conhecimento para cada caso.¹²¹

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, através das mudanças sofridas no instituto da família contemporânea, abriu-se espaço para grandes alterações nos textos constitucionais e legais, extinguindo-se a importância única das relações consanguíneas e patrimoniais, abrindo espaço para as relações afetivas.¹²²

Passou a ser reconhecida como família uma pluralidade de entidades, uma vez que a família tradicional se limitava aos filhos legítimos, o legislador abre espaço para que haja igualdade entre os filhos adotivos, de sangue, os frutos de união matrimonial e havidos fora do casamento.¹²³ Tal proibição de discriminação entre os filhos está prevista no art. 1596, do Código Civil de 2002.¹²⁴

O princípio de igualdade entre os filhos possui respaldo no Código Civil de

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4. p. 329

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4. p. 377

¹²⁰ Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

¹²¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 50

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 53

¹²⁴ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

2002 em seu art. 1593, que dispõe a respeito do parentesco que pode ser natural ou civil, decorrente da consanguinidade ou de outra origem.¹²⁵ Ao utilizar-se da expressão “de outra origem” o legislado admite o reconhecimento da filiação socioafetiva.¹²⁶

De acordo com Maria Berenice Dias, o livre planejamento familiar decorre também do princípio da igualdade¹²⁷, vê-se que o Código Civil de 2002 foi claro ao estabelecer em seu art. 1565, §2º que os pais são responsáveis pela família, tendo o Estado o dever de proporcionar os recursos necessários para que eles possam exercer esse direito.¹²⁸

Contudo, apesar de os pais serem livres para exercer o planejamento familiar, o legislador no art. 1566, IV, do Código Civil de 2002, estabelece que ambos os cônjuges têm o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.¹²⁹ Além disso, ambos os pais tem os mesmos direitos e deveres para exercício do poder familiar, não havendo a prevalência da vontade de nenhum dos dois sobre os filhos menores.¹³⁰

Entende-se por poder familiar, os direitos e deveres que devem ser exercidos pelo pai e pela mãe, em igualdade, visando o interesse do filho menor e não emancipado. O poder familiar é tido como pode-dever, é irrenunciável, inalienável e imprescritível.¹³¹

¹²⁵ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 54

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65

¹²⁸ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

¹²⁹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5. p. 538

No art. 1634, do Código Civil de 2002, está elencado o exercício do poder familiar. Nos incisos I e II, o legislador compete aos pais a criação e educação de seus filhos e exige que os pais tenham seus filhos em sua companhia e guarda.¹³²

Caso os pais não cumpram com seus deveres e obrigações para com seus filhos, poderão perder o poder familiar¹³³, conforme o art. 1638, do Código Civil de 2002, que disserta a respeito de situações nas quais os pais podem perder o poder familiar. Perderá o poder familiar o pai que castigar de forma desproporcional o filho, aquele que abandonar o filho e aquele que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.¹³⁴

O abandono é o ato de desprezo do pai para com o filho, que fere direitos de personalidade da criança, configurando-se como ato ilícito que gera dano passível de reparação, tendo como uma das sanções a perda do poder familiar.

Percebe-se a importância do afeto no âmbito jurídico-familiar e que, mesmo sem mencionar a palavra afeto no Código Civil de 2002, o legislador almeja a proteção da criança quanto ao abandono, à discriminação, ao sofrimento, dando relevância as relações baseadas nos laços afetivos, visando o melhor interesse da criança, seu desenvolvimento e convivência no âmbito familiar a ser realizado por ambos os pais.

¹³² Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda;

¹³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5. p. 542

¹³⁴ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

2.3. O abandono afetivo e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Em 1990, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente, com o intuito de, como previsto em seu art. 1º¹³⁵, dispor a respeito da proteção integral à criança e ao adolescente, em consequência dos direitos das crianças e adolescentes possuírem características peculiares por se tratarem de sujeitos em desenvolvimento e em potencial.¹³⁶

De acordo com Luc Ferry, o entendimento de deveres que os pais devem ter em relação aos filhos surgiu a partir do século XVIII, antes, pressupunha-se que a criança devia tudo ao pai, por este ter lhe concedido a vida. Até meados do século XVI só se discutia os deveres das crianças para com os pais, em poucos casos a relação inversa, ideia está que foi introduzida dois séculos mais tarde.¹³⁷

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o Estatuto da Criança e do Adolescente introduz uma série de dispositivos para a proteção da criança e do adolescente, começando pelo art. 2º¹³⁸ que define, em regra, como criança pessoa até doze anos de idade e adolescente entre doze e dezoito anos.¹³⁹

No art. 3º, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma análoga à Constituição Federal de 1988, dispõe a respeito dos direitos fundamentais, que cercam o Direito de Família e são inerentes à criança e ao adolescente, entre eles a liberdade e a dignidade.¹⁴⁰

¹³⁵ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 44

¹³⁷ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 104

¹³⁸ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 47

¹⁴⁰ 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.

O princípio da dignidade humana é encontrado no art. 18¹⁴¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribui a todos o dever de cuidar da dignidade da criança e do adolescente, impedindo que sejam tratados de forma desumana, violenta, vexatória ou constrangedora.

O princípio da liberdade, no Estatuto da Criança e do Adolescente possui respaldo no art. 16¹⁴², onde o legislador consagra como fundamental a liberdade para participar da vida familiar, sem limitações, e garante a liberdade de expressão às crianças.¹⁴³

Tânia da Silva Pereira disserta a respeito da liberdade da criança de forma geral, alegando que a criança possui o direito de pensar livremente, todas as informações devem ser passadas à elas para que possam fazer suas escolhas e estabelecer suas próprias convicções, não cabendo imposições que impeçam a formação de seus argumentos.¹⁴⁴

O Estatuto da Criança e do Adolescente também assegura direito à convivência familiar¹⁴⁵ em seu art. 19, podendo ser com sua própria família, ou em casos excepcionais em uma família substituta, desde que possa viver em um ambiente livre de dependentes de substâncias entorpecentes.¹⁴⁶

Ao destacar a convivência familiar como direito, o legislador expressa seu pensar a respeito da importância da vida em família para o desenvolvimento do filho menor, tido como sujeito de direito em potencial, cujos interesses devem ser tratados como prioridade.¹⁴⁷

¹⁴¹ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

¹⁴² Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: II - opinião e expressão; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64

¹⁴⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 140

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 5. p. 47

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 273

De acordo com Tânia da Silva Pereira, é no âmbito familiar que a criança começa a estabelecer seus vínculos e a participar da vida coletiva, “a família tem consubstancial importância na medida em que representa um ambiente de carinho, apoio e um ‘treino’ para a realidade.”¹⁴⁸

Já no art. 20, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe a respeito do princípio de igualdade entre os filhos¹⁴⁹, quebrou-se o antigo pensamento de que a proteção jurídica se limitava às famílias legítimas, passando então a proteger o filho, independente de sua concepção ter ocorrido dentro ou fora do casamento.¹⁵⁰

O princípio do melhor interesse da criança é tido como norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵¹, este princípio consiste no tratamento dos interesses das crianças e adolescentes com prioridade tanto pelo Estado e pela sociedade, como pela própria família.¹⁵²

O poder familiar não possui definição em lei, porém, entende-se como o conjunto de deveres e direitos que são atribuídos aos pais em razão dos bens dos filhos e dos próprios filhos menores, devendo ser exercido em igualdade entre os genitores, consoante o princípio constitucional da igualdade.¹⁵³

No art. 21¹⁵⁴, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente dispõe a respeito do poder familiar, onde o poder familiar deverá ser exercido igualmente por ambos os genitores, se houver discordância entre eles, deverão recorrer à justiça para solução.¹⁵⁵

¹⁴⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 288

¹⁴⁹ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁵⁰ SILVA, Marcos Alves da. De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 23-30, jul./set. 2000.

¹⁵¹ SILVA, Marcos Alves da. De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 23-30, jul./set. 2000.

¹⁵² LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53

¹⁵³ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64

¹⁵⁴ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

¹⁵⁵ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 46

Quando o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 22¹⁵⁶ os deveres incumbidos aos pais, vê-se a presença do princípio do melhor interesse da criança expresso, uma vez que o legislador impõe aos genitores o dever de guarda, sustento e educação dos filhos, baseado no melhor interesse deles.

Sabe-se que uma das obrigações do poder familiar é a de proporcionar ao filho menor e não emancipado todos os meios necessários para seu desenvolvimento, sempre visando o melhor interesse dele e, no caso do não cumprimento desse dever, tem-se configurado o abandono.¹⁵⁷

De acordo com Denise Damo Comel quando algum dos pais não cumpre com o dever de guarda, sustento ou educação, configura-se o abandono do filho, e como consequência, o genitor que não exercer corretamente seu poder familiar, é visto como inapto para tanto e terá seu poder familiar suspenso¹⁵⁸.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 24¹⁵⁹ estabelece que a perda do poder familiar será decretada judicialmente, sendo necessário análise do julgador para decidir sempre em prol do melhor para a criança, vê-se novamente a aplicação do princípio do melhor interesse da criança¹⁶⁰.

O abandono de um filho pode ser tanto materialmente como afetivamente e intelectualmente, estes dois últimos caracterizados pela falta de cuidado, de atenção e ausência de amor. O pai que não dá a devida atenção ao seu filho tem como punição a perda do poder familiar, pois está privando seu filho de todos os aspectos previstos na legislação brasileira, em foco, no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶¹.

¹⁵⁶ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹⁵⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. O cuidado como critério do Princípio do melhor interesse da criança: a questão da destituição do poder familiar. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 101, p. 7-13, dez. 2008.

¹⁵⁸ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 288

¹⁵⁹ Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

¹⁶⁰ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 287

¹⁶¹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 289

3. DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Neste capítulo serão abordadas as tendências dos Tribunais a respeito da aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo e a qualificação do ato do abandono como um ato ilícito. Apresentando tanto jurisprudência favorável quanto à jurisprudência desfavorável sobre o tema.

3.1. Jurisprudência favorável à aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo

O Superior Tribunal de Justiça possui decisões onde configura o abandono afetivo como ato ilícito e dessa forma julga o ato do abandono passível de reparação civil através da indenização por dano moral e da perda do poder familiar do ofensor, no caso, o pai. A título de exemplo¹⁶²:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

O Recurso Especial acima foi interposto por Antonio Carlos Jamas dos Santos, o genitor, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que condenou o genitor ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de indenização por danos morais e materiais, para sua filha, Luciane Nunes de Oliveira Souza, que sofreu danos pelo abandono afetivo do pai¹⁶³.

O recorrente alega que houve violação dos artigos 186, 944 e 1.638 do Código Civil de 2002, que não abandonou sua filha e que, mesmo que assim tivesse feito, não configuraria ato ilícito, não cabendo a sanção indenizatória e tão somente a perda do poder familiar. Ainda, o recorrente solicita a redução do valor da indenização¹⁶⁴.

A Ministra relatora Nancy Andrighi deu provimento parcial ao recurso especial, tão somente para a redução do valor da indenização por danos morais, com

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

base no grau das violações do dever de cuidado praticadas pelo genitor em detrimento de sua filha, julgou o valor estipulado inicialmente muito alto.¹⁶⁵

A Ministra Nancy Andrighi inicia seu voto ao dissertar a respeito da aplicabilidade do dano moral no Direito de Família, com base na inexistência de qualquer restrição na legislação brasileira e a respeito da perda do poder familiar em caso de abandono, disposto no art. 1.638, do Código Civil de 2002¹⁶⁶.

A perda do poder familiar não suprime a possibilidade de uma compensação pecuniária, pois esta “tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do mal cuidado recebido pelos filhos”, afirma a Ministra Nancy Andrighi¹⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Humberto Gomes de Barros no Recurso Especial nº 275568, do qual foi relator, afirma que o legislador ao dispor a respeito da perda do poder familiar decorrente do abandono afetivo do filho não se restringiu ao abandono material ou intelectual, caso fosse, teria sido específico. Sendo assim, a hipótese do art. 1.638 do Código Civil de 2002 abarca a possibilidade do abandono afetivo¹⁶⁸.

Segundo Maria Berenice Dias, o poder familiar pode ser suspenso ou extinto quando há o descumprimento de um dever¹⁶⁹, no caso, dos pais de cuidar dos filhos, e

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁶⁶ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 275568/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJe 09/08/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=474125&num_registro=200000888869&data=20040809&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014.

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 386

tem-se que a violação de um dever acarreta em um ato ilícito. Este último é pressuposto essencial para a configuração da responsabilidade civil e conseqüentemente para a reparação pecuniária decorrente do dano moral sofrido¹⁷⁰.

Dessa forma, vê-se que a jurisprudência brasileira já considera o abandono afetivo como um ato ilícito, uma vez que o ato em si sofre a consequência de um ilícito civil: a perda do poder familiar.

A Ministra Nancy Andrighi aponta o crescimento do cuidado como valor jurídico e no âmbito da responsabilidade civil, uma vez que o cuidado é de grande importância para o desenvolvimento da personalidade da criança¹⁷¹.

A Ministra ainda ressalta que a criança precisa de outros elementos imateriais para seu desenvolvimento pleno, sendo assim os pais assumem obrigações jurídicas junto aos seus filhos, que vão além do alimento, saúde e abrigo¹⁷².

Merece especial destaque o seguinte trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi:

“(...) o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”¹⁷³.

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

O cuidado como valor jurídico já se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não estar explícito, no art. 227¹⁷⁴, da Constituição Federal de 1988. Ao não atribuir o cuidado como obrigação legal dos pais, estará ferindo o citado artigo que coloca como dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança a salvo de toda forma de negligência.

Seguindo a analogia a respeito da essencialidade do cuidado, de acordo com o psicanalista Winnicott, um bebê que é privado do contato afetivo, terá grandes chances de ter um desenvolvimento emocional desestruturado, que irá se revelar na medida do crescimento da criança¹⁷⁵.

A Ministra Nancy Andrighi ressalta em seu voto que não há que se falar na obrigação de amar, mas sim no dever de cuidar:

“(...) 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”¹⁷⁶.

“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”¹⁷⁷.

“Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ WINNICOTT, D.W. *A criança e o seu mundo*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 2008, p. 95

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

Por fim, está comprovado o descumprimento de uma imposição legal, ou seja, a prática de um ilícito civil por omissão no caso do abandono afetivo, pois a máxima do dever de cuidar está cristalizada no âmbito jurídico e sabe-se que o descumprimento de um dever enseja em sua reparação.

3.2. Jurisprudência contrária à aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo

O Superior Tribunal de Justiça também tem adotado o entendimento de que o abandono afetivo não abre a possibilidade de reparação pecuniária decorrente de dano moral, uma vez que o ato de abandonar não caracteriza um ato ilícito. A título de exemplo¹⁷⁹:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.

Trata-se de Recurso Especial interposto por Vicente de Paulo Ferro de Oliveira em face da decisão proferida pela a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada Minas Gerais, que condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) a título de indenização por danos morais, decorrente dos

1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014.

danos sofridos pelo recorrido, visto que o genitor deixou de cumprir seu dever familiar com o filho¹⁸⁰.

O recorrente afirma que não há que se falar em condenação visto que não estão configurados os elementos necessários para constituição do ato ilícito. Ainda, alega que não houve dolo ou culpa de sua parte, uma vez que o distanciamento do filho decorreu das dificuldades da separação com a ex-companheira e da atividade profissional, sendo estes fatos normais da vida¹⁸¹.

O Ministro relator Fernando Gonçalves em seu voto salienta que a questão do abandono afetivo não pode ser resolvida na forma de pecúnia, uma vez que, para os casos em questão a legislação brasileira já impõe uma sanção para o genitor, qual seja a perda do poder familiar¹⁸².

O Ministro afirma que a perda do poder familiar já possui a função punitiva pretendida através da indenização oriunda da responsabilidade civil, não tendo que se falar em outro tipo de sanção a ser aplicada. Ainda, alega ser “a mais grave pena civil a ser imputada a um pai”¹⁸³.

Outro ponto que o Ministro relator Fernando Gonçalves ressalta é que a reparação pecuniária pode não atender ao sofrimento do filho, mas ao ex-companheiro,

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014.

que pode possuir sentimentos de ódio e vingança em razão da separação, podendo ser também transferidos para o filho¹⁸⁴.

Ao fazer essa transferência de sentimentos relacionados ao ex-companheiro para o filho, está caracterizado a alienação parental, podendo o genitor alienador “instalar efetiva equivocidade de percepção no alienado (criança ou menor) quanto aos elementos que compõe a personalidade do vitimado”¹⁸⁵ segundo Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis.

Nesse sentido é muito difícil saber quem é a vítima e quem é o culpado da situação, pois a família é um ente submerso em sentimentos positivos e negativos e não é fácil definir qual a causa que levou o genitor a deixar de conviver com seu filho, a abandoná-lo afetivamente¹⁸⁶.

Se não é fácil definir de quem é a culpa, o nexo de causalidade também fica impossibilitado de ser estabelecido, pois o nexo causal é o vínculo existente entre a conduta do ofensor e o prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, o comportamento do pai deve estar conectado diretamente com ao dano ocorrido¹⁸⁷.

Não sendo possível estabelecer que foi o genitor o causador do prejuízo ou se houve contribuição de fatores alheios a sua conduta para o resultado experimentado pelo filho, a ligação entre a conduta e o dano sofrido inexistente e como consequência não existe a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil.¹⁸⁸

O último argumento do Ministro está relacionado à situação a ser vivida entre genitor e filho após o processo de indenização, pois o genitor ao ser condenado pode

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014

¹⁸⁵ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46

¹⁸⁶ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan/jun. 2009.

¹⁸⁷ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan/jun. 2009.

¹⁸⁸ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan/jun. 2009.

ser tornar mais rígido para construir uma relação com o filho, não sendo alcançado o objetivo de nutrir o afeto na relação entre pai e filho.

Merece especial destaque os seguintes trechos do voto do Ministro Fernando Gonçalves:

“Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos (...)”¹⁸⁹.

“Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno.”¹⁹⁰

Por fim, o Ministro Fernando Gonçalves termina seu voto ao dizer que a reparação financeira não será atendida no pedido de indenização por abandono afetivo, uma vez que ela já é feita através da pensão alimentícia e que também não possui caráter punitivo, sendo este já existente efetivamente na legislação brasileira através da perda do poder familiar¹⁹¹.

Segundo Inácio de Carvalho Neto, os alimentos são caracterizados como uma espécie de prestação a ser paga pelo devedor ao credor para atender a todas as necessidades vitais, não somente no sentido estrito de nutrição¹⁹².

Ainda, os alimentos podem ser divididos em duas categorias: alimentos *necessarium vitae* e *necessarium personae*, sendo o primeiro os alimentos em sentido

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 6 mar. 2014

¹⁹² CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 191

mais estrito, direcionado à manutenção das necessidades vitais, por exemplo, alimentação e habitação, e o segundo com o objetivo de suprir as necessidades intelectuais, morais e pessoais, que abrangem a educação, por exemplo¹⁹³.

Dessa forma, vê-se que a indenização pelo dano moral sofrido decorrente do abandono afetivo não possui o objetivo de reparo financeiro, uma vez que, o genitor, ao realizar o pagamento da pensão alimentícia está protegendo seu filho não só no aspecto físico como no moral e intelectual.

Os pais podem cumprir seus deveres familiares sem ter a necessidade de expressar sentimentos por seus filhos, como o amor, carinho e atenção. Dessa forma, não existe o nexo da causalidade entre a conduta omissiva do pai e o suposto dano moral sofrido pelo filho, não havendo que se falar em responsabilidade civil.¹⁹⁴

Em resumo, tem-se que o ato do abandono afetivo não configura um ato ilícito civil passível de aplicação da responsabilidade civil, pois ninguém é obrigado a amar e o dever familiar o genitor cumpre ao realizar o pagamento da pensão alimentícia, no caso do abandono o código civil já estabelece a sanção da perda do poder familiar, que possui caráter punitivo, não tendo que se falar em reparação financeira.

¹⁹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 197

¹⁹⁴ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan/jun. 2009.

CONCLUSÃO

Diante o exposto fica perceptível que o abandono afetivo constitui um ato ilícito, que acarreta em danos morais para a criança, devendo ser tutelado pelo Direito e por tratar-se de responsabilidade civil, é cabível a indenização pecuniária pelo dano sofrido, uma vez que as sanções previstas no ordenamento não satisfazem.

A relação de família é tutelada pelo Estado e sempre que houver uma ofensa à família tanto o Estado quanto o Direito devem estar presente, e, ainda, entende-se que deve haver zelo pela dignidade humana da criança, e esta é ofendida com o ato do abandono.

Segundo o princípio do melhor interesse da criança, todas as questões que a envolvem devem ser tratadas como prioridade para o Estado, pela sociedade e pela família e o afeto deve ser sempre observado nas relações de família, mesmo não sendo uma obrigação, decorre juntamente com o respeito de outro princípio a ser observado: o princípio da solidariedade.

O afeto já é visto como valor jurídico e por isso merece uma atenção especial, sendo tutelado pela Constituição Federal de 1988 por se tratar de um direito de personalidade, envolto pelo princípio da dignidade humana e da solidariedade.

Neste sentido, tem-se que o abandono afetivo trata-se de um ato praticado pelo agente, o pai, que acarreta em danos experimentados pela vítima, o filho, devendo ser aplicada a responsabilidade civil e conseqüentemente a reparação através da indenização.

No primeiro capítulo foi demonstrada a evolução da família no âmbito jurídico, a importância da intervenção do Estado nas relações familiares, os princípios norteadores do Direito de Família que, juntamente com a valorização do afeto pelo Direito, mostram que há a violação de um direito de personalidade da criança.

Ainda, foi discutido o dano moral, que é uma violação de um direito de personalidade, dentro da teoria da responsabilidade civil e a indenização pecuniária, que deve ser de caráter punitivo e ressarcitório.

O pagamento em forma de pecúnia não irá reverter o sofrimento da vítima, porém trata-se de uma forma de compensar toda a dor experimentada por ela, ou ao menos neutralizar os efeitos do dano, de forma que o ofensor não saia impune.

No segundo capítulo foi abordado o abandono afetivo juntamente com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Apesar de o legislador não ter usado o termo afeto de forma explícita, é possível perceber que se busca garantir todos os princípios e garantias fundamentais para o desenvolvimento da criança e sua proteção quanto ao abandono.

No terceiro capítulo foram analisados casos concretos do Supremo Tribunal de Justiça, demonstrando a interpretação dos dispositivos legais e o entendimento jurisprudencial acerca do tema do abandono afetivo.

Neste sentido, o presente trabalho permite concluir que há a possibilidade de responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, tendo em vista que trata-se um ato ilícito que acarreta em danos morais para a vítima, o filho, devendo haver indenização para reparar o dano sofrido.

REFERÊNCIAS

- ANGELUCI, Cleber Affonso. O amor tem preço?. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 35, p. 47-53, dez. 2006.
- ANGELUCI, Cleber Afonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Brasília, 2006. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/713/893>>. Acesso em: 17 out. 2013.
- BARROS, Sergio Resende. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *O afeto como valor jurídico*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2013.
- CARVALHO NETO, Inácia de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, vol. 9.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., ver., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.
- COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, vol. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, vol. 5.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Gilberto Oliveira. Mediação familiar. *Justilex*, Brasília, v. 4, n. 51, p. 51-55, mar. 2006.

GARBELLINI, Luis Henrique. Critérios de fixação do dano moral no Judiciário estadual e federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2680, 2 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/17748/criterios-de-fixacao-do-dano-moral-no-judiciario-estadual-e-federal> >. Acesso em: 14 out. 2013.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 4.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 5.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Alexandre Marques da Silva. *Os Valores em Miguel Reale*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176575/000860623.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 7 out. 2013.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral x Pai-abandono afetivo. E a família?. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan/jun. 2009.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral, problemática: do cabimento da fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 40. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, vol. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 5.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 5.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. O cuidado como critério do Princípio do Melhor Interesse da Criança. A questão da destituição do poder familiar. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 101, p. 7-13, dez. 2008.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed., rev., amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Maranhão. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 28 out. 2013.

SANTOS, Simone Moraes dos. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica Centro de Ensino Superior de Jataí*, Jataí, v. 7, n. 9, p. 22-33, jan./jun. 2007

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *O princípio da solidariedade e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto nos vínculos de filiação*. Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5892>. Acesso em: 23 out. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Marcos Alves da. De filho para pai – uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 23-30, jul./set. 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 6.

WINNICOTT, D.W. *A criança e o seu mundo*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 2008.