



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

JANAINA ROLEMBERG FRAGA

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO
DO FILHO PELOS GENITORES**

Brasília

2016

JANAINA ROLEMBERG FRAGA

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO
DO FILHO PELO GENITOR**

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

Orientador: Msc Fernando Luiz de
Lacerda Messere

Brasília

2016

JANAINA ROLEMBERG FRAGA

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO
DO FILHO PELO GENITOR**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Fernando Luiz de Lacerda
Messere

Brasília, _____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

Professor Orientador: Fernando Luiz de Lacerda Messere

Professor Examinador: Erick Vidigal

Professora Examinadora: Débora Guimarães

“No dia em que o direito de família conseguir dizer o afeto dentro sua própria doutrina, definitivamente estará contemplando a pessoa humana no lugar do sujeito de direito”

Giselda Hironaka

RESUMO

A monografia aborda o cabimento da responsabilização por danos morais nos casos de abandono afetivo dos filhos pelos genitores, ensejando compensação pecuniária. A partir dos princípios e regras constitucionais e daqueles presentes na legislação infraconstitucional, conclui-se que a quebra do dever de cuidado dos genitores pode configurar o abandono afetivo. Sendo o abandono afetivo uma realidade na sociedade brasileira, a responsabilidade civil pelos danos decorrentes é a resposta do Estado a tal conduta, e a condenação pecuniária tem a finalidade de proporcionar punição aos pais omissos, prevenção de casos semelhantes e suficiente compensação à vítima.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Filiação. Dano moral. Responsabilidade civil. Indenização pecuniária. Dever de cuidado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 FILIAÇÃO E DIREITO	8
1.1 Relação de filiação.....	8
1.2 Efeitos jurídicos da filiação.....	11
1.3 O direito brasileiro de família e a filiação	18
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil	22
2.2 Responsabilidade civil no direito de família.....	26
2.3 Responsabilidade civil e filiação	30
3 O ABANDONO AFETIVO	34
3.1 Filiação e afetividade.....	34
3.2 Dever e responsabilidade por quebra do dever de afetividade dos genitores face aos filhos	36
3.3 Estudo de casos	39
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Este texto trata da responsabilidade civil dos genitores nos casos de abandono afetivo dos filhos. Por meio de revisão bibliográfica e estudo de casos, o texto discorre sobre a relação de filiação e a responsabilidade civil por danos decorrentes das relações familiares, em especial a relação de filiação atingida pelo abandono afetivo dos filhos pelos genitores. Em seguida, confronta decisões negativas e positivas do judiciário acerca do assunto.

O trabalho procura avaliar se a indenização por danos morais pode ser empregada como reação à falta de afeto, e até que ponto o judiciário está autorizado a proporcionar, pela via da responsabilidade civil, alguma resposta adequada à omissão de afeto dos pais por seus filhos.

O objetivo principal é confrontar as duas principais posições sobre a questão e concluir acerca da existência de um padrão de resposta para os casos da espécie, nos quais os filhos propõem ações judiciais para obter reparação monetária pelos abalos psicológicos causados pela falta de cuidado dos pais.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo é abordada a questão da filiação, a evolução do seu conceito, os efeitos jurídicos advindos dessa relação pela quebra dos deveres e direitos que esta acarreta, demonstrando a influência dos princípios que norteiam essa relação e as consequências da sua violação, além do entendimento de filiação pelo direito brasileiro e a nova modalidade de filiação sócio afetiva.

O segundo capítulo discorre em linhas gerais sobre a responsabilidade civil, em especial a responsabilidade civil objetiva, os elementos essenciais para a sua caracterização e os casos em que pode vir a ser gerada no âmbito do direito de família, com foco na relação de filiação.

No terceiro capítulo é abordada a questão da afetividade nas relações de filiação e a consequência da falta de afeto dos pais. Aborda o afeto enquanto um dever ou uma faculdade, e analisa a possibilidade da quebra do dever de afetividade dos genitores face aos filhos vir a gerar danos morais indenizáveis, bem como

apresenta considerações sobre a monetarização de um sentimento e sobre a reparação monetária de danos morais nas relações familiares em geral.

Esse capítulo ainda apresenta estudo de casos decididos pelo Poder Judiciário brasileiro. Analisa primeiramente decisão em sentido contrário ao cabimento de indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo, tendo como fundamento o Recurso Especial n. 757.411/MG, do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, segundo o qual o conceito de dano moral seria cabível para reparação de um dano causado por alguma prática ilícita, o que não ocorre no abandono afetivo e impossibilita o deferimento da reparação por dano moral quanto ao abandono afetivo. Em seguida analisa decisão histórica do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.159.242/SP, de relatoria Ministra Nancy Andrighi, na qual a ministra demonstra que a indenização não possui a finalidade de forçar os pais a amarem os seus filhos, mas de punição ao genitor infrator e de alerta à sociedade, evitando a reiteração de casos semelhantes.

Ao final o texto conclui pela confirmação da evolução jurisprudencial rumo à aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil com indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo pelos genitores.

1 FILIAÇÃO E DIREITO

É importante, primeiramente, fixar alguns aspectos relevantes que envolvem a relação de filiação no direito de família brasileiro, a evolução do conceito, os deveres, os direitos e os efeitos jurídicos decorrentes dessa relação.

1.1 Relação de filiação

O conceito de filiação sofreu diversas modificações no direito brasileiro ao longo do tempo. No Código Civil de 1916, movidos pela necessidade de preservação da herança e do núcleo familiar, a relação de filiação possuía quatro categorias¹: Legítima, legitimada, ilegítima e a adotiva. Essa categorização demonstra tratamento claramente discriminatório².

A filiação legítima era para os filhos consumados na constância do casamento e provada pela certidão de nascimento, a legitimada eram os filhos tidos antes do casamento, mas que resultou no casamento dos genitores, sendo então equiparados aos filiados legítimos. A filiação ilegítima era aquela que o filho não advinha do casamento, portanto não possuía direitos iguais aos legítimos ou legitimados, já a adotiva eram os filhos adotados legalmente com escritura pública. 3

Com o advento da Lei nº 6.515/1977 o reconhecimento dos filhos considerados ilegítimos passou a ser possível, por meio de testamento cerrado, igualando o direito sucessório destes ao dos filhos legítimos, o que já foi uma grande

¹ Essas categorias aparecem descritas nos seguintes artigos do Código Civil de 1916: Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé.

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).

II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjuntas ou separadamente.

Art. 357. O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único.).

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos conjugues, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. (Redação dada pela Lei 3.071 de 1916)

² ROLF, Madaleno. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2015.

³ ROLF, Madaleno. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2015.

evolução para a extinção da discriminação entre os filhos considerados legítimos e ilegítimos à época⁴.

Durante o Século XX, a família era uma unidade de produção em que todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe, tínhamos a figura paterna relacionada diretamente com a figura de um chefe e a figura materna era quem deveria cuidar da educação, dos deveres, da religião, de todas as tarefas de seus filhos, a família tradicional, formada pelo casamento, era a única maneira de transmissão dos bens e de reconhecimento na sociedade⁵.

Hoje em dia, o casamento e as relações de filiação sofreram diversas mudanças, a industrialização alterou drasticamente essa visão, a escola privada ou pública passou a cuidar da educação das crianças, as igrejas, na figura de padres e professores, passou a ser a ministradora da religião⁶.

Com a outorga da Constituição de 1988 houve uma mudança radical no contexto de família, a união estável entre homem e mulher passou a ser reconhecida, assim como as relações monoparentais, os direitos e deveres dos homens e das mulheres foram igualados e deu-se fim à relação de desigualdade que existia entre filhos oriundos ou não do casamento e adotados, proibindo qualquer tipo de discriminação na filiação, conforme artigo 227, § 6º da Carta Magna:

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.

§ 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.

⁴ WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 297.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

A Constituição Federal de 1988 ainda previu no § 7º do art. 226, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, conforme o princípio da dignidade humana e da paternidade responsável⁷.

Nesse contexto, ambos os pais, casados ou não, passam a ter papel semelhante na educação dos filhos, desaparecendo a autoridade exclusivamente marital. Os homens e as mulheres passam a ter os mesmo direitos e deveres, tirando a responsabilidade exclusiva da mãe de cuidar e zelar pelo bem dos filhos. A família passa a girar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca compreensão e mútua cooperação⁸.

Com a evolução, o novo Código Civil Brasileiro dedicou o seu capítulo II à filiação, trazendo no artigo 1.506 o mesmo texto do artigo 227 § 6º da Constituição Federal, reforçando a ideia de igualdade entre todos os filhos⁹.

Em seu sentido etimológico, filiação significa a descendência entre pais e filhos, é a relação jurídica que relaciona o filho com os pais, sendo essa relação consanguínea ou não, quando advinda por meios legais¹⁰.

Paulo Luiz Netto Lobo¹¹ traz o seguinte conceito de filiação:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

⁹ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

¹⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação - Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5, n.19, p. 133-156, ago.-set. 2003. p. 135.

Dessa forma, a filiação, atualmente, concede à todos os filhos de uma pessoa, os mesmos direitos, pressupondo igual atenção e afeto dos genitores em favor de todos os filhos em condições de igualdade¹².

1.2 Efeitos jurídicos da filiação

A filiação gera direitos aos filhos e deveres aos pais, os quais refletem os princípios regentes das relações em família.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana presente no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto San José da Costa Rica¹³.

O princípio da dignidade vem consagrado da seguinte forma no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 que trata dos direitos fundamentais:

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;

O princípio em tela é um macroprincípio, pois abrange uma série de princípios e valores essenciais, sendo o pilar da Ordem Constitucional e indispensável em todos os ramos do direito, em especial no direito de família¹⁴.

Para Tavares da Silva¹⁵, este princípio reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana: a afirmação de sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, além da garantia do livre desenvolvimento de sua autonomia e personalidade, constituindo-se verdadeira cláusula geral de proteção integral à dignidade de uma pessoa.

¹² LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

¹³ CIDH. **Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 13 mar. 2016.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Curitiba, UFRP, 2004. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) Universidade Federal do Paraná, 2004.

¹⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Caso real de abandono paterno**. Disponível em <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203>>. Acesso em: 21 set. 2015.

O Princípio da Dignidade Humana também está transcrito no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), reforçando novamente a sua importância:

Art. 15: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Dessa forma, a possibilidade de responsabilização civil nos casos de abandono afetivo paterno-filial é baseada principalmente no princípio da dignidade humana. De acordo com Wolfgang Sarlet¹⁶, objetificar o ser humano é retirar-lhe a dignidade, conforme dispõe:

[...] Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Nesse sentido, Washington Monteiro¹⁷ traz uma brilhante visão da importância da dignidade da pessoa humana no direito de família, tendo esta como a essência do ser humano.

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

O artigo 227 da Constituição Federal¹⁸ traz como um dever da família, assegurar à criança e ao adolescente a dignidade humana, tornando-se um direito dos filhos o acesso à tal:

Art. 227: assegurar à criança e ao adolescente a dignidade humana, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 38 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 19.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

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.

A violação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana é, portanto, um dos fatos geradores do abandono afetivo, desrespeitando os direitos que os filhos possuem, que vão além da obrigação dos pais de subsistência material, podendo vir a ocasionar sequelas psicológicas nos menores¹⁹.

A evolução do Direito de Família ao abandonar a relação de monarquia autoritária, tendo a figura paterna como um chefe, desprendendo-se da função econômica e evoluindo para o conceito de família contemporânea, tendo como base a afetividade e o companheirismo, deu ensejo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente²⁰.

Além da evolução do Direito de Família, a nova era do Direito Brasileiro também necessitava de novos institutos para garantir a proteção dos mais vulneráveis, os que se encontravam em posição de fragilidade, encaixando-se nessa posição a criança e o adolescente que dependem inicialmente da sua filiação para a sua subsistência e estão formando as suas personalidades. As palavras de Rosana Amara Girardi Fachin²¹ são de extrema pertinência ao tema, vejamos:

De acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal, que está centrado na ideia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional.

¹⁹ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 111.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem o objetivo de preservar os direitos fundamentais dos menores que se encontram em situação de fragilidade, abrangendo a esfera psíquica e material²².

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a diretriz constitucional, estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, assim como deveres que devem ser cumpridos pela família, respectivamente, em seus artigos 3 e 4, vejamos:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

O conceito de melhor interesse é relativo, tendo em vista que o seu conteúdo pode sofrer variações sociais e culturais, por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, obedecendo aos preceitos constitucionais e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, resguardando a integridade destes e a formação de suas personalidades, evitando sofrimentos e danos psíquicos²³.

O Princípio da Solidariedade também é relevante na relação de filiação, expresso na Constituição Federal em seu artigo 3º e implícito em outros dispositivos do texto constitucional relacionados diretamente ao direito de família, os artigos 226, 227 e 230, referindo-se, respectivamente, ao dever do Estado, da sociedade e da

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

família de cuidar do outro, assegurando prioritariamente os direitos das crianças, dos adolescentes e idosos, defendendo sua dignidade e bem-estar.

O conceito de solidariedade está relacionado ao dever civil de cuidado ao próximo, abrangendo o direito à vida, à saúde, 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 opressão²⁴.

No plano das famílias, apresenta dois contextos, o primeiro, referente às relações internas, como na relação de filiação, decorrente do respeito mútuo e dos deveres de assistência entre seus membros; o segundo corresponde às relações do grupo familiar com a comunidade, com as outras pessoas que fazem parte do seu convívio²⁵.

O jurista Rolf Madaleno²⁶ expressou a essência da solidariedade nas relações familiares, condensando:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.

A solidariedade vai além de um dever moral, é um dever ético do ser humano, tem sua origem nos vínculos afetivos, compreendendo a fraternidade e a reciprocidade²⁷.

Outro princípio intimamente ligado à filiação é o princípio da paternidade responsável, que não se reflete apenas nas relações familiares e no direito de família, sendo também responsável por diversos problemas políticos, sociais e até de saúde pública, tendo em vista que a negligência dos pais aumenta o número de

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²⁵ Conferência Magna: **Princípio da solidariedade familiar**. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007, p. 1-10.

²⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 67.

crianças e adolescentes fora de casa, aumentando o índice de criminalidade, gravidez na adolescência, entre outros fatores decorrentes do descaso dos pais com os seus filhos²⁸.

Tal princípio está elencado no § 7º do art. 226 da Constituição Federal, aonde temos que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas²⁹.

Os genitores possuem a responsabilidade de priorizar o bem físico, psíquico e moral de seus filhos, e o princípio em questão objetiva principalmente preservar a convivência familiar, resguardando o Princípio da Proteção Integral à Criança, visto que é dever da sociedade, do Estado e em especial da família, proteger à criança e ao adolescente, tencionando sempre o melhor interesse desses³⁰.

Por fim, o princípio da afetividade, apesar de não estar elencado objetivamente na Carta Magna, pode ser percebido em diversos trechos, como por exemplo, no art. 226, §8º, que prevê que, *in verbis*: “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”.³¹

O princípio da afetividade é fruto da evolução do Direito de Família, que ainda no século XIX, tinha como família o sinônimo de uma unidade de produção, diante das atualizações acerca do conceito de família, o afeto aparece como uma das suas principais características³².

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar que, de acordo com Rodrigo da Cunha³³, pode ser conjugal ou parental.

Sérgio Resende de Barros³⁴ define afeto familiar como:

[...] um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

Além dos princípios do nosso ordenamento jurídico que trazem deveres dos genitores e direitos dos filiados, temos outros direitos fundamentais da criança e do adolescente que devem ser analisados, como direito à convivência familiar.

O artigo 19 do ECA³⁵ traz o direito à toda a criança e adolescente de ser criado e educado, ou seja, instruído moralmente e intelectualmente, no seio da sua família, assegurando a convivência familiar.

A partir do momento que a convivência familiar é um direito da criança e do adolescente, passa a ser dever da família, em especial a consanguínea, assegurar tal ordenamento, podendo ser garantido por família substituta apenas em casos extremos³⁶.

Há ainda a obrigação dos pais de alimentar seus filhos, o que no ponto de vista jurídico, é a obrigação legal de prover os alimentos, cujo montante devido depende da necessidade do credor e da possibilidade da pessoa obrigada, o

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Curitiba, UFRP, 2004, 157p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) Universidade Federal do Paraná, 2004. P. 128.

³⁴ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

³⁵ 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”.

³⁶ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

binômio necessidade/possibilidade, é transmissível, divisível, comum, e decorre, principalmente, da relação de parentesco³⁷.

Os alimentos podem ser divididos em duas categorias: alimentos *necessarium vitae* e *necessarium personae*, sendo o primeiro os alimentos em sentido 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, como a educação, por exemplo³⁸.

A obrigação de prestar alimentos não é entendida no sentido restrito de nutrição, mas em sentido amplo, atendendo a todas as necessidades vitais, resguardando o princípio da dignidade humana e está prevista no artigo 1.694 do Código Civil de 2002³⁹.

Por fim, o dever de cuidar, que está intrinsecamente ligado aos princípios já citados do ordenamento jurídico brasileiro, é elencado em todo o ordenamento, desde a Constituição Federal até o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A omissão dos pais em “cuidar dos filhos”, ao declinar do dever de assegurar o direito à convivência familiar e a uma vida digna, equivale ao abandono e gera a partir dessa abdicação um ilícito por violação a um bem juridicamente tutelado⁴⁰.

1.3 O direito brasileiro de família e a filiação

A filiação no Direito brasileiro é considerada um fenômeno sócio afetivo podendo ser biológica ou não biológica, tendo em vista a afetividade, a convivência familiar e os hábitos culturais da sociedade⁴¹.

³⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

³⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

³⁹ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (Redação dada pela Lei 10.406 de 2002).

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. in DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 472.

O conceito de filiação é único, não admitindo diversas interpretações ou discriminações. Como já elencado, a Constituição Federal extinguiu qualquer tipo de discriminação nas relações de filiação, igualando os filhos tidos no casamento ou fora dele, nesse sentido traz Rolf Madaleno:

O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal veio para terminar com o odioso período de completa discriminação da filiação no Direito brasileiro, por cuja síndrome viveu toda a sociedade brasileira, e sua história legislativa construiu patamares discriminando os filhos pela união legítima ou ilegítima dos pais, conforme a prole fosse constituída pelo casamento ou fora dele.

Como já explanado no presente trabalho, a Constituição Federal, expressando o princípio da paternidade responsável e no princípio da dignidade da pessoa humana, declara de que o planejamento familiar é de livre decisão, vedada a intervenção do Estado ou de qualquer outra instituição.

O Código Civil Brasileiro ainda prevê a presunção “*pater is eis*”, que gera a presunção de que se o filho foi gerado na constância do casamento, o marido é o pai deste, presunção essa cada vez mais desconstituída pela evolução da ciência⁴².

O ordenamento brasileiro também adota a presunção “*mater semper certa est*”, que gera a presunção da maternidade à mulher que deu à luz, por questões fisiológicas inequívocas, geradas pela gravidez e pelo parto⁴³.

A comprovação da filiação se dá pelo registro de nascimento, dando publicidade ao ato da parentalidade, possuindo presunção de veracidade, podendo ainda ser comprovada por testamento, escritura pública ou declaração em juízo⁴⁴.

No Direito de Família atual, a afetividade e a convivência familiar possuem um peso maior que os laços biológicos. A origem genética só deve prevalecer, portanto, quando não há nenhum vínculo de filiação sócio afetiva, como a adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga⁴⁵.

41 LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

42 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

43 LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

44 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

45 LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

A filiação sócio afetiva nasce da nova estrutura da família brasileira, que não considera mais apenas a descendência genética ou civil para a constituição de família, para a família atual os laços afetivos possuem suma importância, dando à paternidade e à maternidade um conceito mais profundo do que a verdade biológica, onde o amor, o afeto, os laços de carinho e dedicação aos filhos revelam um vínculo de filiação pelo livre desejo de cuidar, amar e zelar.⁴⁶

José Bernardo Ramos Boeira⁴⁷ concorda com essa nova modalidade de filiação e traz que:

A própria a modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade sócia afetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos de paternidade.

Para Jacqueline Nogueira⁴⁸ “o afeto tem um papel importantíssimo no processo de transformação pelo qual a família passou. As pessoas se unem em função da presença de afeto, e se desunem quando este se esvazia”. As famílias afetivas são mantidas pelo vínculo de solidariedade, amor, carinho e cuidado.

O direito de família brasileiro rompeu a ideia de que filiação se referia apenas aos laços biológicos, com a adoção da filiação sócio afetiva, não é mais imposto aos pais biológicos os direitos/deveres e efeitos jurídicos decorrentes da relação de filiação⁴⁹.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e também do Código Civil de 2002, a família passou a ser analisada por um outro viés, observando-se a dignidade, a solidariedade, a igualdade e a afetividade entre os seus membros,

⁴⁶ DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 19.

⁴⁷ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade sócio afetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 54.

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

⁴⁹ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

dando ao conceito de filiação um entendimento mais abrangente que visa o bem-estar social⁵⁰.

A família, fundada no princípio da afetividade, despontou a igualdade entre os filhos e o respeito dos seus direitos fundamentais. A filiação não é mais um determinismo biológico, fundando-se principalmente na afetividade que se faz na convivência e no dever de cuidado⁵¹.

⁵⁰ HEINEN, Fernanda Rempel; TRENTIN, Fernanda. **A Responsabilidade Civil decorrente do Abandono afetivo.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14099>. Acesso em 5 abr 2016.

⁵¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Filiação e princípio da afetividade.** Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php>. Acesso em 10 abr 2016.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo será analisada a responsabilidade civil dos genitores quanto a prole, estudando os elementos necessários para a sua configuração em geral, as possibilidades dentro do direito de família e a sua relação com a filiação.

2.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade passou por transformações no decorrer do tempo. Em um primeiro momento, nas primeiras formas de sociedade, assim como nas pré-romanas, tínhamos a figura da vingança privada como uma reação instintiva da pessoa que sofria algum injusto provocado por outrem, fazendo com que os prejuízos que tivesse suportado fossem sanados a partir de um dano provocado em face de seu agressor, era uma relação vingativa que se dava de particular para particular, sem interferência de terceiros, quanto mais do Estado⁵².

Antigamente a famosa premissa “olho por olho, dente por dente” era justificada e perfeitamente aplicável por meio da Lei do Talião. A partir dessa espontaneidade na resolução de conflitos surgiu a preocupação do Estado em intervir na sociedade para regular quando havia ou não a necessidade da retaliação, surgindo a partir daí a ideia de indenização, que era dada por meio de solução transacional que oferecia à vítima uma importância em dinheiro ou bens⁵³.

Na antiguidade, a responsabilidade civil estava ligada a ideia de culpa. Fixava-se uma multa de acordo com a proporção do dano sofrido, pela destruição ou deterioração que houvesse causado em bens corpóreos ou incorpóreos, sem nenhuma justificativa legal para ter agido assim, e embora se limitasse ao proprietário lesado, as decisões construídas foram grandes embasadoras da doutrina romana da responsabilidade extracontratual⁵⁴.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 3.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 3.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 3.

Paulatinamente essa ideia de pena foi sendo substituída pela ideia de reparação do dano sofrido com viés no Código de Napoleão, grande influenciador em diversas legislações pelo mundo, inclusive, o nosso Código Civil de 1916. A culpa em si já não era capaz de resolver sozinha o grande número de contingências, pois comprovar o ânimo do agente não era uma tarefa fácil. A solução era então dar relevância ao fato em si ou ao risco criado pela conduta daquele de quem se buscava a reparação, não excluindo com isso, obviamente, a culpa⁵⁵.

Após toda a evolução do instituto da responsabilidade civil, dentre as diversas interpretações existentes, destaca-se a ideia de responsabilidade como aspecto da realidade social⁵⁶.

A responsabilidade civil é juridicamente explicada segundo Serpa Lopes como “responder” por outra pessoa. Observa, porém, que responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de culpa, seja por outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por circunstância meramente objetiva⁵⁷.

A responsabilidade advém da ideia de prejuízo a alguém ou a algo, visando sempre reparar o dano causado, reestabelecendo a harmonia e o equilíbrio, colocando o responsável pelo dano na situação de restaurador⁵⁸.

Para Gagliano e Pamplona Filho⁵⁹, a responsabilidade civil “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar)”.

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4.

⁵⁷ SHALLKYTTON, Erasmo. **Responsabilidade civil e suas notáveis aplicabilidades**. Recanto das Letras. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2144184>>. Acesso em 10 mar 2016.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

Já para Cavalieri Filho, “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁶⁰.

Como podemos perceber, o conceito de responsabilidade civil está diretamente ligado à reparação do dano, remetendo à ideia de justiça e harmonia.

Quanto aos tipos de responsabilidade há a responsabilidade civil subjetiva, quando a culpa do agente deverá ser analisada, e a responsabilidade civil objetiva, quando a culpa do agente será irrelevante, visto que entre sua conduta e o dano que provocou existe um nexos causal capaz de gerar tal obrigação indenizatória. Com a leitura do art. 186 do Código Civil⁶¹, o sistema material brasileiro adotou a teoria subjetivista, sem, no entanto, ter abandonado por completo a teoria objetiva, como preconiza o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil⁶².

A responsabilidade civil objetiva possui três pressupostos essenciais para a sua existência, sendo eles: a existência de ação ou omissão qualificada juridicamente, nexos de causalidade e dano moral ou patrimonial.

A conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo é capaz de gerar a responsabilização civil, isso porque o agente imputável deveria agir sempre da melhor forma, se responsabilizando pelo que faz, sendo necessária a presença do elemento volitivo, eis que situações involuntárias não geram tal responsabilização. Não se trata, pois, de dolo, ou seja, da vontade de causar prejuízo, mas da noção daquilo que se está fazendo⁶³.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

⁶¹ “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” (Redação pela Lei 10.406 de 2002).

⁶² “Art. 927: Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (Redação pela Lei 10.406 de 2002).

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Quanto ao dano, este é um elemento indispensável visto que sem ele não há o que reparar, não há motivo para a responsabilização. Dano é o prejuízo causado a um interesse juridicamente tutelado pela ação ou omissão de outrem. Com isso, vemos que não se trata da tutela apenas quanto à redução patrimonial, mas também quanto aos direitos personalíssimos (extrapatrimoniais) e quanto à perda de uma chance por conta da lesão sofrida, ou seja, sempre que se tiver a certeza de que o dano realmente ocorreu e de que ainda não foi sanado pelo agressor⁶⁴.

O dano pode ser patrimonial ou moral. Tais danos devem ser por certo comprovados pela vítima, pois, como já dito, não há que se falar em indenização sem que tenha havido prejuízo⁶⁵.

O dano moral está ligado às lesões extrapatrimoniais, àquelas que maculam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, bens juridicamente tutelados pela nossa Constituição⁶⁶.

O dano moral pode ser direto quando lesiona especificamente um direito da personalidade, ou indireto quando apesar do dano ter sido dirigido a um bem patrimonial, ele produziu, em reflexo, dano na esfera extrapatrimonial, trazendo efeitos morais com a perda sofrida⁶⁷.

Há discussão na doutrina acerca da efetividade da reparação do dano moral, isto é, na capacidade que uma indenização poderia ter de satisfazer um direito personalíssimo que fora violado⁶⁸.

O dano moral é uma ofensa à dignidade da pessoa, atingindo sua honra e causando-lhe dor, sofrimento, depressão, tristeza, desequilíbrio na sua tranquilidade, afetando de forma negativa o seu comportamento psíquico. A compensação não visa, pois, reparar de todo o dano sofrido, visto que nada fará mudar os sentimentos

⁶⁴ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, v. 1,

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

⁶⁶ “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:... X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

que foram provocados e sentidos. O que pode ocorrer com é a possibilidade de proporcionar com o dinheiro sensações outras que atenuem a dor, o sofrimento, e quem sabe até mesmo que façam o sofredor esquecer-se de suas dores⁶⁹.

Quanto ao terceiro elemento da responsabilidade civil, o nexo de causalidade, é ele o elo entre o ato ilícito e o dano sofrido, isto porque será este nexo que dirá se aquele dano só ocorreu por conta de um ato específico ou se o resultado se daria independente dele. Não seria, com isso, possível responsabilizar alguém que não deu causa ao prejuízo, mesmo que o dano fosse visível, isto porque, durante o percurso entre sua conduta e o resultado final, outras causas, que não as produzidas pelo lesante, sobrevieram e foram elas as determinantes para que o dano se configurasse⁷⁰.

A culpa pode se manifestar sob a forma de negligência quando o agente deixou de observar um dever de cuidado e com isso o dano se perfez, de imprudência quando mesmo sendo desnecessário o agente não observa regras mínimas de cautela para enfrentar determinado perigo e com isso o dano ocorre, e de imperícia quando o agente deixa de agir com a técnica e habilidade que determinada situação lhe exige⁷¹.

2.2 Responsabilidade civil no direito de família

A responsabilidade civil no direito de família brasileiro é ainda muito escassa de doutrina e jurisprudência, visto a dificuldade de monetarizar as relações familiares e de perceber a ocorrência do dano.⁷²

Além das dificuldades elencadas, outra barreira que a responsabilidade civil precisa enfrentar é a crítica sobre a banalização das indenizações, resultando em uma enxurrada de pedidos de danos morais por causas triviais.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005,

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁷² MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

Para Sérgio Cavalieri Filho⁷³ o tutelamento do dano moral só é admitido quando representado pela dor efetiva, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interferiram intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe, aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Clayton Reis⁷⁴ tem que “os conflitos oriundos do ambiente familiar acarretam rupturas de grande magnitude, gerando, na maioria dos casos, fissuras nos sentimentos das pessoas que se encontram integradas na sociedade familiar. Logo, os danos morais oriundos dessas rupturas acarretaram prejuízos emocionais que afetam de forma substancial a intimidade dos parceiros”.

A Constituição Federal de 1988 contemplou os direitos da personalidade, assegurando o direito à indenização por dano material ou moral por violação à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas. Antes da CF/88 a jurisprudência, em algumas poucas hipóteses, já havia assumido o direito de indenização do dano material decorrente às violações citadas, sendo esse o primeiro passo para chegar-se à indenização no Direito de Família⁷⁵.

Algumas matérias do Direito de Família já foram fruto de indenização por danos morais decorrentes da responsabilidade civil. Vejamos alguns exemplos iniciando pela alienação parental.

A alienação parental decorre do impedimento de um dos genitores, por parte do outro genitor, de conviver com os seus filhos, podendo ainda chegar a imputar-lhes falsas verdades e chantagens emocionais que afastem os filhos do outro genitor⁷⁶.

O afastamento dos filhos de um dos genitores acarreta sofrimento psicológico na criança, ligado ao medo e a figura de “pessoa má” que é construída pelo

⁷³ FILHO, Sérgio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Editores, 1996, p. 76.

⁷⁴ REIS, Clayton, **Dano Moral**, 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 285.

⁷⁵ MADALENO, R. O dano moral na investigação de paternidade. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, nov. 1977, v. 71, p. 271. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.com.br>. Acesso em 13 mar 2016>.

⁷⁶ MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela Prática da Alienação Parental e Imposição de Falsas Memórias. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

alienante, tal sofrimento acarreta em uma lesão moral que deve ser reparada. Ocorre que, quando a alienação parental já é praticada há muito tempo traz consequências irreparáveis, visto que não é fácil alterar o sentimento que já foi construído ao longo dos anos, surgindo daí o dever de indenizar⁷⁷.

Para Bittar⁷⁸ a necessidade de reparação dos danos advém de fato ilícito:

o lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.

O alienante fere o disposto no artigo 277 da Constituição Federal, no que se refere à saúde mental dos infantes, também ferindo o direito que o infante possui de convivência familiar. Ademais, fere o artigo 1.589 do Código Civil que elenca o dever dos genitores de visitas. Ao analisarmos os artigos 187 e 927 do código Civil Brasileiro, podemos observar que tal conduta enseja a responsabilidade civil e o dever de reparar que decorre do dano moral sofrido pelos filiados e pelo genitor alienado⁷⁹.

Outra forma de responsabilização existente no Direito de família decorre da inadimplência do dever de alimentar dos genitores. Para o mundo jurídico, o dever de alimentar, não compreende apenas o gênero alimentício, possui um significado mais amplo, que vai desde o alimento para o corpo, até o alimento para a alma. Ou seja, trata-se de vestuário, lazer, habitação e até a formação moral e intelectual dos filiados⁸⁰, nos termos dos artigos 1.694⁸¹ e 1.920⁸², CC/2002.

⁷⁷ MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela Prática da Alienação Parental e Imposição de Falsas Memórias. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994. CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015, p.399-404.

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Direito Civil: Direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 427.

⁸¹ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

No Direito de Família, o dano moral pode advir da prática do ato ilícito absoluto ou específico. O ato ilícito absoluto ocorre em circunstâncias da vida civil do indivíduo, já o absoluto decorre da relação familiar, por exemplo, da relação de filiação e de cônjuges, pelo abuso ou descumprimento dos deveres e direitos impostos⁸³.

Nos casos de abandono afetivo dos filhos pelos genitores, o dano moral decorre de ato ilícito específico, que acarreta em sofrimento psicológico e até físico do necessitado⁸⁴.

Interessante é o posicionamento de Yussef Said quanto ao dano moral:

A Constituição de 1988 cortou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral, estatuidando em seu artigo 5º, no item V, ser 'assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem', e, no item X, estabelece serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação. [...] é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano moral que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).⁸⁵

O descumprimento do dever de prestar alimentos enseja a responsabilidade civil e o cabimento de danos morais, visto que a prestação de alimentos é uma obrigação indispensável para o crescimento saudável do infante e a sua falta causa pode vir a causar transtornos psicológicos⁸⁶.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (Redação dada pela Lei 10.406 de 2002).

⁸² Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor. (Redação dada pela Lei 10.406 de 2002).

⁸³ CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

⁸⁴ CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

⁸⁵ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 42.

⁸⁶ CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

Eis então alguns exemplos concretos da aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família Brasileiro, o seu desencadeamento e a consequente reparação por danos morais.

Vivenciamos a tendência doutrinária e jurisprudencial em ampliar os danos reparáveis. Por essa razão, já se admitem os danos estéticos como cumuláveis com os danos materiais e morais, conforme o verbete a Súmula 387⁸⁷ do STJ.

A evolução da sociedade humana e do direito passou também a admitir os danos imateriais, popularmente conhecidos como danos morais, que não violam patrimônio material, mas sim o patrimônio moral das pessoas⁸⁸.

É sabido que as relações familiares podem dar ensejo a danos materiais, no entanto, considerando que os sujeitos envolvidos, em sua maioria, estão ligados por laços afetivos e não por valor material, prepondera-se a incidência de danos morais, sendo a prova do elemento culpa fator indispensável para a caracterização da responsabilidade civil no âmbito familiar⁸⁹.

É certo que os danos morais não se confundem com os meros aborrecimentos que sejam suportados pela pessoa em seu cotidiano, premissa que incide também nas relações familiares.

2.3 Responsabilidade civil e filiação

Nas relações familiares, a responsabilidade está principalmente relacionada à filiação, aos cuidados dos pais com os filhos, na criação, no sustento moral, material e afetivo⁹⁰. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 22:

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.

⁸⁷ SUMULA. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 387: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

⁸⁸ LEITE, Gisele. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7889>. Acesso em 30 mar 2016.

⁸⁹ LEITE, Gisele. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7889>. Acesso em 30 mar 2016.

⁹⁰ MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

A legislação brasileira prevê a responsabilização dos pais pelos seus filhos nos princípios elencados na Constituição Federal, no Código Civil⁹¹ e no Estatuto da Criança e do Adolescente⁹². A obrigação de indenizar surge do cometimento de um ilícito. No caso da filiação, esse ilícito pode ser cometido pela violação de um dos dispositivos descritos, como no abandono afetivo, caos em que o ilícito está relacionado à omissão materna ou paterna nos cumprimentos dos seus deveres para com a sua prole⁹³.

A existência de culpa é dispensável para a caracterização de responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, seguindo a corrente objetiva, que tem como substancial a existência de ilícito, dano e nexa causal⁹⁴.

Ou seja, a existência do ilícito por meio da omissão deve estar diretamente ligada ao dano causado, configurando então o nexa causal.

Como já citado, para que ocorra a responsabilização é indispensável que haja a existência de um dano e a sua devida comprovação, no caso do abandono afetivo esse dano é de origem extrapatrimonial, devendo ser minuciosamente analisado,

⁹¹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] II – tê-los em sua companhia e guarda. ”

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV – sustento, guarda e educação dos filhos. (Redação dada pela Lei 10.406 de 2002).

⁹² 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-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 dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

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.

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Redação dada pela Lei 8.069 de 1990)

⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015, p.404).

⁹⁴ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. Direito de família. 8. ed. Sao Paulo: Método, 2013, v. 5.

observando se essa conduta resultou efetivamente em uma dor que fugindo da normalidade, interfere no desenvolvimento psicológico do infante.

Para que a responsabilidade civil seja evidenciada, é necessário que o ato ilícito tenha sido a motivação do dano, existindo um laço de causalidade entre ambos. Não há que se falar em obrigação de indenizar se a causa não estiver intimamente ligada ao comportamento do agente. Se não houver a relação de causalidade, não há a necessidade de indenização⁹⁵.

Para Rodrigo da Cunha, a obrigação de reparar o dano causado pelo ilícito converte-se em indenização quando não se é possível restituir o *status quo ante*:

O agente que cometeu um ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano material ou moral causado, na tentativa de restituir o status quo ante, obrigação esta que, se não for possível, é convertida no pagamento de uma indenização, nos casos em que se pode estimar patrimonialmente o dano, ou de uma compensação, na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano⁹⁶.

A responsabilidade civil por abandono afetivo também tem por objetivo a punição e a recuperação, visando educar os pais pelo mau exercício do poder familiar. Já que não há a possibilidade de reparação psicológica, o instituto da responsabilidade civil quanto ao tema tem ainda o poder de educar os futuros pais para que não cometam a mesma violação⁹⁷.

No caso de responsabilização da filiação, esta é dada pela quebra dos deveres já citados que os genitores devem cumprir na relação de filiação. A quebra desses deveres pode vir a ensejar um sofrimento tão grande que venha a atingir o psicológico dos filhos, deixando sequelas e traumas nas suas vidas. A responsabilização e a indenização advêm dessas sequelas, que devem ter o seu vínculo diretamente comprovado ao abandono filial.

⁹⁵ BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5159/alguns-aspectos-polemicos-da-responsabilidade-civil-objetiva-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 23 mar 2016.

⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015, p.399 - 404.

⁹⁷ ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em:< <http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/imprimir/artigo-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-por-priscilla-araujo-de-almeida.html>> Acesso em 21 mar 2016.

Para Maria Helena Diniz a reparação por dano moral em direito de família, contribui para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico atual, tendo, pois, os entendimentos a favor da indenização por danos morais a respeito do abandono afetivo representando e incentivando os vínculos afetivos na instituição familiar.⁹⁸

Nessa mesma linha, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que: “seria ingenuidade pensar que esses sintomas sociais que o cotidiano nos escancara são consequência apenas do descaso do Estado e de uma economia perversa”⁹⁹. Há também a influência da formação das nossas crianças que são o futuro da nossa sociedade, os traumas advindos do abandono afetivo comprometem o psicológico do abandonado, que cresce sem a noção de afeto, podendo vir a ter condutas deturpadas na vida em comunidade.

A análise dos casos deve ser feita minuciosamente, observando todos os direitos/deveres afrontados, a real consequência dessa afronta e o nexos causal da conduta, para que não ocorra uma banalização do tema.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena de. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.

⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **As consequências da ausência do pai**, janeiro de 1999. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.adv.br/as-consequencias-da-ausencia-do-pai/>> Acesso em 13 mar 2016.

3 O Abandono afetivo

Neste capítulo será explorada a aplicabilidade da indenização por dano moral no abandono afetivo, abrange a importância da afetividade das relações familiares, além da análise de decisões da Corte brasileira a favor e contra a indenização pecuniária.

3.1 Filiação e afetividade

A família atual não tem mais como foco os interesses patrimoniais, na medida em que a relação de filiação teve o seu papel meramente patriarcal e de base de Estado desconstituídos, a afetividade passou a ter função relevante como elemento nuclear e definidor dessa relação¹⁰⁰.

Para Paulo Lôbo¹⁰¹, o afeto é um fato social e psicológico, mas para o direito, o que interessa são as relações sociais de natureza afetiva que projetam condutas condicionadas à incidência de normas jurídicas e conseqüentemente deveres. O que pode ser obrigado juridicamente não é o afeto em si, mas as condutas impostas tendo-o como referência.

O conceito de afeto vai além de sentimento, sendo também ação. Para Anna Rita Alfaiate¹⁰² é também cuidado, vejamos:

O cuidado manifesta-se nos poderes-deveres de proteção e assistência de um sujeito por outro, mediante ações concretas que se sustentam na assunção de uma consciência de responsabilidade pela melhor decisão para esse outro. Assim, para o que nos ocupa, o cuidado consiste no poder e interesse, seja dos pais, da sociedade ou do Estado na segurança das crianças. [...] São os pais, diz-nos a Constituição, quem tem o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, não podendo estes ser afastados daqueles, salvo por decisão judicial e quando haja incumprimento dos deveres parentais fundamentais.

É preciso perceber que o afeto, quando relacionado à cuidado, não está vinculado ao sentimento, é possível que haja o cuidado sem que haja o sentimento

¹⁰⁰ Lôbo, Paulo. **Direito civil** : famílias. 6 ed.– São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰¹ Lôbo, Paulo. **Direito civil** : famílias. 6 ed.– São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰² ALFAIATE, Ana Rita. Autonomia e cuidado. In: PEREIRA, Tânis da Silva (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13-21.

de amor e compaixão, nas relações de filiação o que se faz indispensável é o afeto como ação, a afetividade, não como sentimento¹⁰³.

O sentimento normalmente está presente nas relações de filiação, o que não quer dizer que ele seja essencial, já a ação de cuidado dos pais para com os filhos é essencial e está previsto nos princípios constitucionais. Immanuel Kant¹⁰⁴, já trazia esse entendimento em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, vejamos:

O amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até se oponha a ele uma aversão natural e invencível, é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de ação e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado

Para Paulo Lôbo¹⁰⁵, no ponto de vista jurídico, a afetividade não é sinônimo de afeto. O afeto é fator psíquico, já afetividade é fator normativo, imposto aos membros da família como uma obrigação, tido como o fundamento e finalidade da família. Ainda que o afeto esteja ausente na relação entre os genitores e filhos, há o dever de afetividade:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico [...]; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Ou seja, ainda que não exista afeto sincero, há um dever de proporcionar ao filho um amparo material e psíquico capaz de gerar os sentimentos típicos daquele que se sente objeto de afeto¹⁰⁶; isto é, adotar para com o filho um comportamento afetivo, típico daqueles que expressam afeto, ainda que intimamente o sentimento

¹⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015, p.399-404)

¹⁰⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Edições 70, 2007, p. 30 (Coleção Textos Filosóficos).

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8333>>. Acesso em 7 abr 2016.

¹⁰⁶ **Significado de afeto: *sm (lat affectu)* 1.** Sentimento de afeição ou inclinação para alguém. **2.** Amizade, paixão, simpatia. In: **DICIONÁRIO Michaelis**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

não exista; nesse aspecto, a afetividade¹⁰⁷, esse comportamento assemelhado ao daqueles que têm afeto, é dever imposto pelo ordenamento jurídico ao genitor.

O afeto é fundamental nas relações de filiação e essencial para a formação moral e psíquica dos filhos, em especial na infância, fase de formação do ser humano, em que todos dependem de cuidados¹⁰⁸.

Atualmente, para a maioria dos doutrinadores, a família já não pode ser considerada somente pelo âmbito biológico, tornando-se a existência do afeto a base familiar e o núcleo das relações de filiação. A afetividade torna-se um dever dos pais com relação aos seus filhos, independente de haver desafeição entre eles, decorrente do princípio da afetividade¹⁰⁹.

O afeto deve ter como base os princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente e o da afetividade, tais princípios já tratados no presente trabalho são o alicerce do direito de filiação e o principal meio de alcançar a efetividade da legislação que protege essa esfera do Direito de Família¹¹⁰.

3.2 Dever e responsabilidade por quebra do dever de afetividade dos genitores face aos filhos

A relação de filiação enseja uma série de direitos deveres dos genitores face aos filhos, priorizando a proteção da criança e do adolescente. Posicionando-se assim Ana Carolina Teixeira¹¹¹:

Amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. Justifica-se, desta forma, o instituto da autoridade parental, tido como um poder-dever, que é irrenunciável. Assim, a ausência e o descompromisso de um genitor podem

¹⁰⁷ *Significado de afetividade*: 1. Faculdade afetiva; qualidade de quem é afetivo. 2. Capacidade de exprimir-se na linguagem a emoção que nos despertam as ideias enunciadas, bem como a de despertar nos outros idêntica emoção. 3 *Psicol* Suscetibilidade a quaisquer estímulos ou disposição para receber experiências afetivas; o estudo dessas experiências. In: **DICIONÁRIO Michaelis**. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em 11 abr 2016.

¹⁰⁸ ROLF, Madaleno. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2015.

¹⁰⁹ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹⁰ WELTER, Pedro Belmiro: **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

¹¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira do Direito de Família**. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 151.

originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida.

O abandono afetivo é observado especialmente nas famílias que passaram pela dissolução conjugal ou divórcio, em que há o distanciamento de um dos pais, facilitando o desamparo de quem não está com a guarda do filho, no entanto, esse distanciamento não justifica nenhuma forma de abandono, que se caracteriza pela ausência de assistência afetiva, de presença dos genitores, não apenas ao sustento material dos filhos. Existe o dever de companhia, de cuidados, de educação social e moral, para que as crianças possam ter uma formação saudável, em especial no âmbito psicológico, visando garantir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente¹¹².

O abandono afetivo não trata apenas do campo da moral, há também o campo do direito, do inadimplemento dos deveres jurídicos de filiação. O direito atraiu esse campo para si, conferindo consequências jurídicas que não devem ser descartadas¹¹³.

Maria Berenice Dias¹¹⁴ ainda expõe acerca do tema que:

Não se pode mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é mais direito, é dever. Não é direito visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento.

Os valores imateriais indenizáveis sobejam o direito de família, surgindo com frequência lesões e a dúvida se ensejam ou não indenização por danos morais. Os prejuízos resultantes dessas lesões são em sua maioria morais, resultantes da violação de virtudes da personalidade¹¹⁵.

¹¹² ANGELUCI, Cleber Affonso: **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Artigo eletrônico disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=930>. Acesso em 24 mar. 2016.

¹¹³ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Há uma resistência nos nossos Tribunais em indenizar quando ocorre abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. Efetivamente, o afeto não é algo que pode ser monetizado, no entanto, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado, o que trará dificuldades em se relacionar no futuro.

A família não pode ser vista como um instituto alheio ao ordenamento jurídico, devendo gerar danos morais quando um membro da família, através de ato ilícito, atinge um bem extrapatrimonial do outro familiar, como. Os danos decorrentes da quebra dos deveres da filiação podem ser em decorrência do abandono afetivo, moral, intelectual e material e pela prática de alienação parental¹¹⁶.

Negar a reparação por danos materiais e morais causados por um membro da família, é como incentivar tais ações, que podem vir a acelerar o processo de desintegração familiar¹¹⁷.

A reparação pelo dano moral funciona como fortalecimento da família moderna, enraizando os valores atinentes à dignidade da pessoa humana e ao respeito ao ser humano, a reparação por meio de indenização não restitui ou assegura o afeto dos membros um pelo outro, mas minora os danos causados. Já os direitos quebrados de assistência material e intelectual, aos filhos dá a estes a chance de alcançar uma condição sócio econômica e educacional que certamente teriam adquirido caso tivessem os seus direitos garantidos tempestivamente¹¹⁸.

O fato da liberdade de escolha em criar ou não uma família traz consigo que, a partir do momento em que há a decisão de conceber um filho, surgirão direitos e deveres que devem ser respeitados e a quebra destes acarreta em consequências na esfera pessoal e jurídica, ainda que a violação não seja de ordem penal, mas de ordem civil, no que tange à assistência familiar, no momento em que os pais não garantem o mínimo que abrange cuidados, afeto, alimentação básica, educação e princípios morais¹¹⁹.

¹¹⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Como não há nenhum dispositivo específico na nossa legislação para tratar destes casos, aplica-se a teoria geral da responsabilidade civil.

Com isso conclui-se que a responsabilidade por dano moral no seio familiar deve ser minuciosamente analisada de forma individual, caso a caso, com provas e fatos irrefutáveis, para que não haja a banalização de tal forma de indenização.

3.3 Estudo de casos

Os Tribunais brasileiros já julgaram casos de abandono afetivo dos genitores, resultando em duas vertentes: a vertente contrária ao cabimento de indenização e a vertente favorável à indenização.

A jurisdição contrária ao cabimento de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo, tem que a prática do abandono não pressupõe ato ilícito, conseqüentemente não ensejando danos morais por meio de indenização pecuniária, como pode ser observado no julgamento do Resp 757.411/MG de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves¹²⁰:

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.

(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

Trata-se de um Recurso Especial interposto por Vicente de Paulo Ferro de Oliveira em face de decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada Minas

¹²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

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 danos sofridos pelo recorrido, advindos do abandono afetivo¹²¹.

O recorrido, Alexandre Batista Fortes, alega que sofreu danos psicológicos decorrente do abandono do pai, que após o divórcio de seus pais e o nascimento da filha do recorrente com a segunda esposa, o recorrente se viu desobrigado do dever de assistência psíquica e moral, evitando o contato com o recorrido, apenas cumprindo com a obrigação alimentar¹²².

Alega que não teve a oportunidade de conviver com a meia-irmã, além de ser ignorado pelo recorrente em todas as tentativas de aproximação, que tais atitudes causou extremo sofrimento e humilhação, caracterizando o ato ilícito por omissão¹²³.

O recorrente afirma que não há elementos para a caracterização de ato ilícito, não devendo se falar em condenação, vez que o distanciamento do filho se deu por conta das dificuldades enfrentadas durante o período de separação com a ex-companheira e da sua profissão, sendo estes fatos corriqueiros da vida, esclareceu que manteve as visitas no início da separação, no entanto, as atitudes da mãe eram agressivas e insultuosas, tornando a situação insustentável e incentivando o seu afastamento¹²⁴.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em:

O Ministro Relator alega que a punição prevista na legislação brasileira é a perda do poder familiar, não podendo se falar em indenização pecuniária, sendo a perda do familiar a punição mais grave que se pode imputar a um pai¹²⁵.

Alega ainda que em alguns casos a indenização pelo abandono afetivo visa atender ao sofrimento do ex-companheiro, não do filho. No caso em análise foi relatado que a mãe instigava o ódio do filho pelo pai e incentivava ações agressivas do filho com a nova família do recorrente, caracterizando a alienação parental¹²⁶.

A alienação parental traz a grande dúvida de quem é a vítima e quem é o culpado, visto que as relações familiares estão submersas em sentimentos bons e ruins, não sendo uma tarefa fácil perceber qual foi o real motivo do afastamento do genitor de seu filho, não há como definir com precisão qual foi o incentivo ao abandono afetivo¹²⁷.

O relator argumenta que o provimento da indenização pecuniária no caso em questão, pode vir a gerar danos para a relação futura dos envolvidos, visto que antes do litígio ainda haveria uma chance de relação entre o pai e o filho, por exemplo na velhice do pai, que eventualmente poderia buscar auxílio do seu filho e uma possível reaproximação, depois de um processo judicial a chance de mágoa entre os dois, reduziria drasticamente a chance de uma reaproximação¹²⁸.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em:

Por fim, vale ressaltar o trecho do Ministro Fernando Gonçalves:

O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Em resumo, o entendimento da Quarta Turma do STJ é que o abandono afetivo não configura um ato ilícito civil passível de aplicação da responsabilidade civil, tendo em vista que ninguém possui a obrigação de amar e o dever familiar do genitor restringe-se à prestação pecuniária de alimentos por meio da pensão alimentícia, tendo como pena mais gravosa a perda do poder familiar, não se falando em reparação financeira¹²⁹.

Há ainda a posição favorável ao cabimento de indenização pecuniária, como no julgamento do Recurso Especial 1.159.242¹³⁰ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi que teve o seu julgamento mantido em 09/04/2014, após o julgamento dos Embargos de Divergência.

O Respe em questão foi ajuizado por Antônio Carlos Jamas dos Santos em face de acórdão do TJ/SP favorável à apelação da recorrida, onde reconheceu a necessidade de indenização decorrente do abandono afetivo fixada em R\$ 450.000,00, além do pagamento de pensão no valor de dois salários mínimos até que a recorrida alcançasse a maioria¹³¹.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de

A recorrida, Luciane Nunes de Oliveira Souza em 2012, alegava ter sofrido abandono material e afetivo por parte do pai durante a sua infância e adolescência. O Respe foi parcialmente provido, mantendo o acórdão do TJ/SP, alterando apenas o valor da indenização e fixando-a em R\$ 200.000,00¹³².

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.

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.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O recorrente alega em especial que houve a violação dos artigos 186, 944 e 1.638 do Código Civil de 2002. Sustenta que não abandonou a sua filha e que, mesmo que assim tivesse feito não configuraria em ilicitude, devendo ser punido

Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

apenas com a perda do poder familiar, em consonância com o artigo 1.638 do Código Civil. Alega ainda que há divergência jurisprudencial consolidada pelo julgamento do STJ do REsp n^o 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo, pugnano sucessivamente pela redução do valor fixado pela indenização advinda de danos morais¹³³.

A relatora proveu parcialmente o recurso apenas no que tangia à redução do valor fixado pela indenização por danos morais, julgando que o valor estipulado inicialmente era muito alto para o grau das violações do dever de cuidado praticado pelo genitor em detrimento de sua filha¹³⁴.

O voto é iniciado com uma análise da aplicação de danos morais no âmbito das relações intrafamiliares, concluindo que não há restrições legais à aplicação da responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar por meio de prestação pecuniária, visto que os textos legais que regulam a matéria tratam amplamente do tema, sem nenhuma restrição¹³⁵.

Ainda em campo de preliminar relatou acerca da perda do poder familiar apontada como a única punição possível de se impor aos pais que violam os deveres a eles atribuídos, concluindo que a perda do poder pátrio não afasta a possibilidade de indenizações ou compensações¹³⁶.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>.

Ao analisar a tríade da responsabilidade civil subjetiva, dano, nexos causal e a culpa do autor, a Ministra Nancy Andrighi comenta sobre a complexidade de se observar esses pressupostos quando estão relacionados às relações familiares, tendo em vista a subjetividade que essas relações abrangem, como os sentimentos, de amor, mágoa e afeto, que dificultam a identificação plena dos elementos configuradores do dano moral¹³⁷.

Em seu voto a relatora traz o seguinte trecho: “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”¹³⁸.

Alega que a percepção de cuidado como valor jurídico já foi inserida no nosso ordenamento por meio do artigo 227 da Constituição Federal, alcançando a categoria de obrigação legal, não discutindo nesse caso a questão de amar, mas sim a imposição legal de cuidar, que é dever jurídico e advém da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos¹³⁹.

Traz em seu voto o entendimento do psicanalista Winnicott¹⁴⁰ relacionado à formação da criança e à importância do contato afetivo no seu desenvolvimento

610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

¹⁴⁰ WINNICOTT, Donald Woods. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008

emocional que serão reveladas por meio das dificuldades pessoais a partir do seu crescimento:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial.

Ressalta em seu voto que “amar é faculdade, cuidar é dever”, concluindo que houve a prática de um ilícito civil por omissão no caso do abandono afetivo, visto que a máxima do dever de cuidar está no âmbito jurídico e o descumprimento de um dever enseja em sua reparação¹⁴¹.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. <PDF>.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, a instituição familiar foi alvo de inúmeras alterações, tonando um dos campos do direito que mais evoluiu e ainda em constante modificação.

Uma das inovações mais significativas foi o rompimento do caráter eminentemente patriarcal das relações familiares. Nesse sentido, a noção de filiação passa a vetar designações discriminatórias acerca da filiação, extinguindo categorias antigamente impostas aos filhos, seja qual for sua origem.

Ainda acerca das inovações, o direito de família brasileiro passa a reconhecer a filiação socioafetiva, que não considera mais os laços de cossanguinidade, mas os laços afetivos, onde amor, o afeto, o carinho e a dedicação aos filhos revelam um vínculo de filiação pelo livre desejo de cuidar, amar e zelar, revelando a importância do afeto nas relações familiares.

O afeto passou a ter grande relevância nas relações familiares, reconhecido como o núcleo das famílias e a afetividade passou a ter força de norma jurídica, por meio do princípio da afetividade.

Na maioria dos casos, para que o infante tenha um saudável desenvolvimento é necessário ter como base a criação dos genitores, que vai além do cuidado material, abrangendo o cuidado cognitivo, construído por meio da convivência familiar e da afetividade. Quando o descumprimento do dever de cuidado ao menor resulta em danos psicológicos ou físicos, configura-se o ilícito civil, apresentando-se como alternativa possível e necessária o dever de compensar pecuniariamente o dano moral imposto à vítima.

A maior dificuldade em aceitar a indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo é a questão da monetarização de um sentimento, no entanto, a partir da análise jurisprudencial é possível perceber que não é a questão do sentimento que importa, mas sim a questão do cuidado e da responsabilidade que os pais possuem de cuidar da sua prole. O amor e o afeto como sentimento não podem ser determinados pela justiça.

Os casos de abandono afetivo devem ser analisados caso a caso, de forma minuciosa, tendo em vista que são extremamente delicados e possuem elementos únicos e pessoais. Não há como tecer uma fórmula que se aplique a todos os casos concretos, há que se visualizar o dano, a culpa e o nexo causal nesta relação de abandono, consumando os elementos do dever de indenizar.

Desta feita, deve haver a reparação do dano pela falta de afetividade, não para restabelecer o status quo ante, mas para compensar o abandonado; punir o genitor, e, por último, prevenir novos casos de abandono afetivo dos genitores face aos filhos, servindo de alerta e preservando a instituição familiar.

REFERÊNCIAS

ALFAIATE, Ana Rita. Autonomia e cuidado. In: PEREIRA, Tânis da Silva (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13-21.

ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/imprimir/artigo-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-por-priscilla-araujo-de-almeida.html>> Acesso em 21 mar 2016.

ANGELUCI, Cleber Affonso: **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Artigo eletrônico disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=930>. Acesso em 24 mar. 2016.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade sócio afetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 54.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes De Oliveira Souza. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2016.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5159/alguns-aspectos-polemicos-da-responsabilidade-civil-objetiva-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 23 mar 2016.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 42.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

CIDH. **Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em 13 mar. 2016.

Conferência Magna: **Princípio da solidariedade familiar**. In: Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007, p. 1-10.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 19.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GOMES, Orlando. **Direito Civil: Direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 427.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HEINEN, Fernanda Rempel; TRENTIN, Fernanda. **A Responsabilidade Civil decorrente do Abandono afetivo**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14099>. Acesso em 5 abr 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção Textos Filosóficos. Trad. Paulo Quintela. Edições 70, 2007, p. 30.

LEITE, Gisele. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7889>. Acesso em 30 mar 2016.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Filiação - Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5, n.19, p. 133-156, ago.-set. 2003. p. 135.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Filiação e princípio da afetividade**. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php>. Acesso em 10 abr 2016.

LOBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8333>>. Acesso em 7 abr 2016.

MADALENO, R. O dano moral na investigação de paternidade. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, nov. 1977, v. 71, p.

271. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.com.br>. Acesso em 13 mar 2016>.

MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 38 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 19.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.) **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **As consequências da ausência do pai**, janeiro de 1999. Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.adv.br/as-consequencias-da-ausencia-do-pai/>>Acesso em 13 mar 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Curitiba, UFRP, 2004. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) Universidade Federal do Paraná, 2004.

REIS, Clayton, **Dano Moral**, 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SHALLKYTTON, Erasmo. **Responsabilidade civil e suas notáveis aplicabilidades**. Recanto das Letras. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2144184>>. Acesso em 10 mar 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Caso real de abandono paterno**. Disponível em <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203>>. Acesso em: 21 set. 2015.

SUMULA. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **SÚMULA Nº 387**: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. Direito de família. 8. ed. Sao Paulo: Método, 2013, v. 5.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira do Direito de Família**. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

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

WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Pedro Belmiro: **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.