



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

MARINA DE SOUZA LACERDA CLARK

**O ABANDONO AFETIVO E O DANO MORAL: A INCIDÊNCIA
DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Juiz de Fora - MG
2016

MARINA DE SOUZA LACERDA CLARK

**O ABANDONO AFETIVO E O DANO MORAL: A INCIDÊNCIA
DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Monografia de conclusão de curso apresentada
ao curso de Direito da Universidade Presidente
Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^ª. Ms. Livia Barletta
Giacomini

Juiz de Fora - MG
Dezembro de 2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

Marcos de Souza Joranda Elbert

Aluno

O abandono afetivo e o dano moral: a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Lauro B. de Almeida

5 m 7 e m

Benedito

Aprovada em 12/12/2016.

Ao meu esposo, Ramon,

Pela lealdade, paciência, pelo companheirismo e incentivo. E principalmente, por acreditar sempre, quando por muitas vezes não acreditei; por ser meu exemplo e fonte de admiração!

Dedico-lhe este trabalho!

À Liz,

Pela oportunidade de experimentar a mais pura forma de amor!

Em algum equivocado momento, pensei que seria difícil conciliar este projeto com minha dedicação a você. Até que percebi que era você que me impulsionava, você que me dava força quando não a encontrava dentro de mim e que depois de você eu podia suportar muito mais quando achava que já não podia. Porque você é minha luz e por você... eu vou ainda mais! Obrigada por existir!

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo tratar da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, a fim de se configurar, para tanto, o dano moral. Neste sentido, utiliza-se o método dedutivo, bem como a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca da temática. Neste estudo foram observadas: as mudanças que ocorreram na sociedade no que diz respeito ao conceito de família; as funções desempenhadas pelas famílias ao longo dos anos; o amparo constitucional dado às famílias a partir da Constituição Federal de 1988 e a aplicação do princípio da dignidade humana como corolário de tal proteção, assim como o destaque da problematização do abandono afetivo pela doutrina e a possibilidade de reparação por meio do dano moral. Por fim, buscou-se analisar de que forma o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado diante desta demanda, evidenciando a importância de se observar e cumprir os deveres oriundos do poder familiar e garantir a proteção das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Direito de família. Abandono afetivo. Dano moral.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	06
2	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	08
2.1	Conceito	08
2.2	A família socioafetiva	11
2.3	A aplicação dos princípios constitucionais do direito de família	13
2.3.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	14
2.3.2	Princípio da solidariedade familiar	16
2.3.3	Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	18
2.3.4	Princípio da afetividade	19
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO	21
3.1	Conceito e pressupostos da responsabilidade civil	21
3.2	Caracterização do dano moral	22
4	O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DANO MORAL	27
4.1	O abandono afetivo e a interpretação doutrinária no dano moral – controvérsias	27
4.2	O afeto como valor jurídico	30
4.3	O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao dano moral por abandono afetivo – análise jurisprudencial	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família brasileiro tem se mostrado uma área bastante inovadora no que diz respeito às desafiantes mudanças ocorridas no corpo social em vários aspectos, seja por meio de novos entendimentos, pela ruptura de paradigmas engessados ou pelo enfrentamento das necessidades contemporâneas em detrimento de ideais conservadores.

Por muito tempo, o núcleo familiar foi revestido de valores morais e éticos que, de certa forma, deixaram marcas excludentes nas relações familiares e que, aos poucos, foram sendo ultrapassadas. Neste contexto, pode-se destacar a influência da figura do *pater familias*, o chefe de família que possuía o domínio da esposa e filhos; além disso, a família desta época era matrimonializada e patrimonialista, ou seja, tal constituição familiar visava à procriação, assim como a formação de mão-de-obra com o objetivo de acumular e transmitir patrimônio.

Porém, com o advento dos processos de industrialização e urbanização, novos valores foram inseridos e novos núcleos familiares foram sendo estabelecidos e a afetividade mostrou-se presente na sociedade conjugal, independentemente de sua matrimonialização.

Na contemporaneidade, o instituto da repersonalização, por exemplo, evidencia a constitucionalização do Direito e a sua aplicação por meio dos princípios constitucionais no Direito das Famílias, uma vez que implica a forma como o indivíduo é visto pelo Direito, ou seja, focado nas relações pessoais e na afetividade. Dessa forma, dentro do Direito de Família, é importante estabelecer o enfoque destas relações de forma a viabilizar a formação do indivíduo, a sua integração entre seus membros, assim como com a própria comunidade a qual faz parte, permitindo-lhe que os aspectos existenciais da família se sobrelevem.

Assim sendo, observando o princípio da dignidade da pessoa humana como corolário da proteção familiar, assim como da própria relação paterno-familiar, a convivência familiar deve ser tratada como direito da criança e do adolescente. A ausência desta convivência e da afetividade na relação entre pais e filhos pode gerar grandes danos na vida destes menores, que tanto necessitam do acolhimento dos pais para o seu desenvolvimento e formação. Estes danos podem incorrer em vários âmbitos: psicológico, intelectual, personalidade e social.

É bem verdade que diante de uma atitude omissiva ou negligente por parte dos pais acerca dos deveres do poder familiar como: educação, afeto e a prestação de assistência e

cuidado, a doutrina e a legislação brasileira defendem e garantem a punição em casos de abandono afetivo.

Uma parte da doutrina defende que o abandono afetivo deve ser reparado por meio de indenização pecuniária. Esta indenização não teria caráter punitivo, mas sim uma forma de mitigar os danos sofridos pelo infante, inclusive os danos materiais. No entanto, outra parte acredita que a extinção do poder familiar já seria a forma mais rígida de sanção diante de tal fato e que esta indenização afastaria ainda mais pais e filhos, o que poderia romper de uma vez por toda esta relação. De fato, os Tribunais brasileiros têm contemplado decisões de acordo com ambos os posicionamentos, não há, neste momento, pacificação acerca deste tema.

Assim, este trabalho foi organizado da seguinte maneira: a forma com que as mudanças paradigmáticas ocorreram na sociedade e o enfoque histórico das entidades familiares foi abordado no primeiro capítulo. Ainda neste capítulo, foram enumerados os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, evidenciando a Constituição Federal de 1988 como um marco na proteção da família, tratando-a como a base da sociedade.

O segundo capítulo do trabalho tratou dos pressupostos da responsabilidade civil e trouxe à tona a discussão acerca do abandono afetivo por parte da doutrina e a possibilidade de reparação por dano moral nas relações familiares.

No terceiro capítulo, por fim, foi realizada a análise acerca do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da fixação ou não de indenização como reparação ao abandono afetivo praticado em função da criança e do adolescente. Tal discussão ensejou muitos debates, uma vez que antes de 2012 o referido Tribunal não estabelecia o entendimento da aplicação deste tipo de condenação. Contudo, a partir desse ano, o posicionamento foi modificado, contando com uma decisão que condenava o pai por abandono afetivo.

A metodologia empregada contemplou: o método dedutivo partindo-se das reflexões e estudo acerca das modificações do conceito de família ao longo dos anos; a análise bibliográfica, estabelecendo a compreensão da doutrina em relação à constitucionalização do Direito e sua aplicação no Direito de Família e do abandono afetivo e, por fim, a análise jurisprudencial que demonstra o debate quanto às decisões desta temática no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

2.1 Conceito

A estrutura da família, ao longo dos anos, passou muitas transformações. Além disso, tem-se hoje muito mais que uma nova formatação de seu entendimento. Este entendimento ultrapassou muitos paradigmas e, contemporaneamente, reconstrói noções pertinentes ao seu conceito.

Antes de observar as questões contemporâneas que possuem destaque no ordenamento jurídico brasileiro, é importante ressaltar a transição e a mudança de aspectos a respeito da família.

Paulo Lôbo destaca três grandes períodos:

I — do direito de família religioso, ou do direito canônico, que perdurou por quase quatrocentos anos, que abrange a Colônia e o Império (1500- 1889), de predomínio do modelo patriarcal; II — do direito de família laico, instituído com o advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal; III — do direito de família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988.¹

Tratando-se do primeiro período, evidencia-se a influência e o controle da família pela Igreja Católica Romana. Assim, por meio de regras religiosas, as famílias detinham a sua composição de acordo com aspectos religiosos, costumes e rituais sagrados. Tal família, também foi responsável por designar o casamento, o direito de propriedade e a autoridade paterna.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.²

¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40-41.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. V. 6. 8. Ed. São Paulo: Saraiva,

César Fiuza destaca o arranjo familiar desta época:

[...] a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era o conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes. As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.³

A entidade familiar possuía em sua estruturação, portanto, uma autoridade familiar, o *pater familias*. Desse modo, o patriarca era o responsável por toda a família e o núcleo familiar dependia deste. Em relação à mulher, sua responsabilidade era restrita à procriação, aos cuidados dos filhos e aos afazeres de casa.

Carlos Roberto Gonçalves assinala que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. (...) As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez.⁴

O segundo período, no entanto, já consolida muitas mudanças no que tange a família patriarcal. Novas figuras tomaram destaque e outras foram desaparecendo. Neste sentido, salienta-se: o advento da Lei n. 883/49, que promoveu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e lhe permitiram direitos; o Estatuto da Mulher Casada⁵ – ressaltando a sua autonomia diante de um patamar com pouca expressão em detrimento do marido e a Lei do Divórcio⁶, que estabeleceu o direito de casais separados constituírem novo casamento, além da igualdade dos filhos, os concebidos durante o casamento e os extramatrimoniais.⁷

2011, p. 34.

³ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 935.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.*, p. 34.

⁵ BRASIL. Planalto. **Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁶ _____. Planalto. **Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁷ BRASIL. Planalto. **Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

Já a partir da Constituição de 1988, o Direito de Família obteve remodelamentos mais expressivos, como a igualdade das entidades familiares, igualdade de deveres e direitos dos cônjuges, igualdade dos filhos, biológicos ou não, concebidos no casamento ou fora dele.

Acerca do aspecto constitucional das famílias brasileiras, Paulo Lôbo assevera:

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.⁸

Considerando-se, portanto, as transformações elencadas e enfatizando as famílias tuteladas na Carta Maior, observa-se que o conceito contemporâneo de família vislumbra-se em detrimento das relações entre as pessoas, estendendo-se também às relações com outras pessoas, no sentido de estabelecer a colaboração na realização pessoal de cada um, não se restringindo à sexualidade humana.

Assim, com o amparo do Código Civil de 2002⁹, novos institutos foram acrescentados para a consolidação da garantia de direitos ora previstos na Carta Constitucional, como por exemplo, a presença dos institutos a seguir: o casamento; a união estável; a filiação; o parentesco; os alimentos; os bens de família entre outros.

Vale ressaltar, neste sentido, que muitos são os institutos que compõem o direito de família, além da regulação submetida em favor das relações paterno-filiais, outros institutos também importantes estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Estes institutos resguardam as garantias das relações estabelecidas não somente pela consanguinidade, mas também pelas relações de afinidade e afeto.

Por fim, vale ressaltar que o direito brasileiro consagrou a proteção da família na Constituição Federal de 1988, em seu art. 226. Por conseguinte, faz-se necessário reconhecer as famílias como um sustentáculo da sociedade, imbuído no afeto, em princípios e valores sociais. Além disso, tal acepção resguarda o viés existencial do indivíduo e do indivíduo em face da sociedade, demarcando, portanto, a sua autonomia diante das questões afetivas e familiares.

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

⁹ BRASIL. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

2.2 A família socioafetiva

Como já mencionado, muitas foram as transformações que o conceito de família passou, principalmente observando que, em determinados contextos, ela possuía – e ainda possui para a sociedade – uma função.

As transformações elencadas anteriormente destacaram seus aspectos religioso e econômico-patrimonialista, que aos poucos foram sendo substituídos por entendimentos que evidenciam a concepção existencialista do ser humano.

Maria Berenice Dias esclarece:

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.¹⁰

A repersonalização a que se refere à autora diz respeito à nova ótica concebida pelas transformações ocorridas na sociedade e que se revelaram no direito de família. A família tradicional era caracterizada pelo ter em detrimento do ser. Assim, a repersonalização evidencia o ser humano como elemento central das relações jurídicas e, ainda, com a valoração dos direitos humanos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Paulo Lôbo destaca, neste viés, a proteção jurídica de outros seres vivos, o meio ambiente e, inclusive, a solidariedade, ambos, inerentes à convivência humana.¹¹

Logo, atualmente, é importante que seja registrado que o papel da família hoje é o que promove a integração do indivíduo, uma vez que as pessoas são unidas pelo afeto compartilhado entre elas, desvirtuando-se, portanto, dos arranjos do passado, concentrados, por exemplo, no domínio do *pater familias* e no cunho patrimonialista.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

Neste sentido, a família socioafetiva emerge a partir da concepção de que o critério jurídico (presunção legal) e o critério biológico não são os únicos a estabelecerem os laços familiares. Dessa forma, o critério afetivo - constituído através da solidariedade e do amor - transcende e desenvolve o vínculo familiar.

Assim, Paulo Lôbo leciona:

A socioafetividade como categoria do direito de família tem sistematização recente no Brasil. Esse fenômeno, que já era objeto de estudo das ciências sociais e humanas, migrou para o direito, como categoria própria, por meio dos estudos da doutrina jurídica especializada, a partir da segunda metade da década de 1990. Há muito tempo, obras de antropologia, de outras ciências sociais e de psicanálise já tinham chamado a atenção para o fato de que é só após a passagem do homem da natureza para a cultura que se torna possível estruturar a família. Pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo.¹²

A constitucionalização do Direito de Família auxiliou, portanto, na construção desta concepção. Logo, suas diretrizes revelam-se também na legislação infraconstitucional, o que contribui com a ruptura do lastro patrimonial fortemente presente do Código Civil de 1916. Para Luis Edson Fachin : “abrem-se as portas deste século com uma dimensão “publicizada” da família, sob um renovado estatuto, informado por outros valores distintos do privado clássico”.¹³

No que tange à filiação socioafetiva, é relevante sobrelevar a pluralidade familiar. A Constituição Federal de 1988 protegeu em seu texto os múltiplos arranjos familiares. Hoje, inclusive, a doutrina fala em Direito das Famílias, uma vez que contempla uma gama de entidades familiares. Assim, com o texto constitucional, tem-se o amparo da união estável - que pode ser convertida em casamento -, da monoparentalidade - que não se restringe a mães e pais que são solteiros -, da união livre e da união de pessoas do mesmo sexo.

De acordo com Belmiro Pedro Welter:

¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76.

A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui uma das modalidades de parentesco civil de “outra origem”, previstas na lei (CC 1.593): origem afetiva. A filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito à filiação. A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva.¹⁴

As famílias socioafetivas, neste sentido, possuem como característica a filiação que não é derivada apenas de acordo com as relações biológicas. Neste sentido, o princípio da afetividade é o principal agente desta unidade familiar, constituindo o pano de fundo das convivências e dos vínculos familiares estabelecidos pelo afeto.

É imperioso ressaltar o papel do afeto tanto na construção da personalidade da criança e do jovem, assim como estabelecer uma tentativa de mensurar a significância da ruptura deste afeto em sua vida. É a partir desta reflexão que se considera a justificativa e a possibilidade de uma reparação por meio do dano moral em face do dano psicológico praticado.

2.3 A aplicação dos princípios constitucionais no direito de família

Conforme bem destaca Maria Berenice Dias, uma nova forma de enxergar o direito exteriorizou-se a partir da Constituição Federal de 1988. Assim, com a ocorrência da constitucionalização do direito civil, tais princípios constitucionais servem de pano de fundo para a consolidação da dignidade da pessoa humana nas esferas jurídicas.

Acerca da aplicação dos princípios constitucionais no direito de família, Rodrigo Pereira da Cunha aduz:

Os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não expressos. Eles têm também uma função sistematizadora. [...]. Em razão da importância desta fonte do Direito é que se faz necessário elencar para o Direito de Família alguns princípios que são vitais e fundamentais, e sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo de um ideal de justiça. Esses princípios têm assento em uma hermenêutica constitucional que traduz, por sua vez,

¹⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial**. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 402.

o mais cristalino espírito de uma ordem civil, ou seja, de um Direito Civil – Constitucional.¹⁵

Dessa forma, durante o estudo dos princípios, observou-se uma gama de nomenclaturas estabelecidas pelos doutrinadores. Estas nomenclaturas evidenciavam nomes idênticos e outros diferentes, contudo, possuíam redação igual. Neste sentido, selecionou-se os princípios essenciais para a análise. São eles: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da solidariedade familiar; 3) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e 4) princípio da afetividade.

Tais princípios demonstram o viés civil-constitucional do Direito brasileiro, já que os princípios constitucionais percorrem o Direito Civil, demonstrando a mudança paradigmática acerca da concepção existencialista do indivíduo.

Logo, é bem verdade que o Estado deve oferecer subsídios para que as famílias se constituam e se desenvolvam a partir da solidariedade mútua entre seus membros, do respeito, da igualdade, a fim de que se possua uma convivência saudável e que o afeto seja revelado nestas famílias.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente cumpre trazer a baila o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu viés filosófico-político (ordem moral). Nessa senda, evidencia-se no imperativo categórico kantiano. É esse o primeiro cerne de análise – que constitui a premissa mor do entendimento da expressão jurídica da dignidade. Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para conseguir ou atingir outras finalidades, porém sempre seja considerado como um fim em si mesmo.

Considera-se, neste tocante, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais dotadas de livre arbítrio e capacidade para interagir com os outros e com a natureza, será desumano, isto é, contrário à dignidade humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** p. 34. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

Na família patriarcal, a cidadania plena circunscrevia-se na pessoa do chefe, possuidor de direitos que eram solapados aos demais membros, a mulher e os filhos, cujo a dignidade humana não poderia ser a mesma. O perímetro privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos.

Na atual quadra, o equilíbrio entre o público e o privado tem com pilar, justamente, a garantia do pleno desenvolvimento das dignidades das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda duramente violada na realidade social, em especial às crianças.

Trata-se do princípio norteador de todos os outros princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Logo, apresenta-se como o princípio fundamentador do Estado Democrático de Direito, revelando também a reflexão sobre os direitos humanos. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana no âmbito familiar expressa, portanto, a proteção da igualdade entre as famílias.

De tal feita, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece este princípio:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁶

Logo, observa-se como característica da família contemporânea o cuidado e o respeito à dignidade de seu grupo familiar, sendo ele composto pelos mais diversos arranjos familiares e onde ficam resguardados em sua constituição: o afeto, o amor, a solidariedade, assim como o respeito à realização pessoal de cada indivíduo, afastando cada vez mais a soberania da família patriarcal.

A proteção estatal, portanto, se corporifica a partir da busca pelo desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, afinal, o interesse social e o direito das famílias demonstram as relações estabelecidas pelos sujeitos na sociedade. Desta feita, as normas jurídicas devem se coadunar com as demandas sociais, a fim de que sua função seja contributiva à sociedade.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

2.3.2 Princípio da solidariedade familiar

Depreende-se da Constituição Federal de 1988 o amparo legal do princípio da solidariedade na estrutura familiar em seu artigo 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.¹⁷

Neste sentido, ressalta-se que o Estado atribuiu à família o dever de assegurar os direitos pertinentes à criança e ao adolescente e ele figura como último mantenedor de tal responsabilidade.

Em conformidade com esta perspectiva, Tartuce assevera:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.¹⁸

¹⁷ BRASIL. Planalto. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. V. Único. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 866.

A solidariedade familiar era entendida, anteriormente, como dever moral, compaixão ou virtude, a solidariedade passou a ser entendida como princípio jurídico constitucional a partir da promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

Importante salientar que esse novo panorama é resultante da superação do individualismo jurídico, como ocorria na sociedade dos primeiros séculos da modernidade e se preocupava predominantemente com os interesses patrimoniais e individuais.

Destacando tal perspectiva em um viés prático, Paulo Lôbo exemplifica a aplicação deste princípio nas decisões dos tribunais no sentido de garantir aos avós, padrastos e madrastas, ex-companheiros homossexuais, tios, entre outros o direito à visitação, à convivência, expressando, assim, o melhor interesse das crianças e dos adolescentes em um momento de separação, a fim de que tal ruptura seja menos dolorosa.¹⁹

Além disso, a solidariedade do núcleo familiar deve estender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos corresponde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para a sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança²⁰ inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º.²¹

No Código Civil, destaca-se a dicção do seu art. 1.511, acerca da solidariedade familiar, quando consigna a finalidade do casamento na comunhão plena de vida, pois é evidente que, se for ausente a comunhão plena de vida, desaparece a *ratio* do matrimônio, não só nesse modelo, como também torna-se presente na união estável, ou qualquer associação familiar ou afetiva.²²

Destaca-se, ainda, no diploma civil, uma série de normas com apelo ao princípio da solidariedade familiar. O artigo 1.513 tutela, igualmente, “a comunhão de vida instituída pela família”. Desataca, também, em seu artigo 1.618 que a adoção revela não um dever, mas sim

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

²⁰ BRASIL. Planalto. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

²¹ _____. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

²² _____. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

o amparo. Ainda neste entendimento, o artigo 1.630 retrata o poder familiar, sendo melhor caracterizado como um múnus que deve ser exercido no interesse dos filhos.²³

Logo, ressalta-se que a colaboração dos cônjuges na direção da família é consignada no artigo 1.567, bem como a mútua assistência moral e material entre eles (artigo 1.566) e entre companheiros (artigo 1.724). Cite-se, ainda, o dever de prestar alimentos (artigo 1.694) a parentes, cônjuges ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (artigo 1.700), além de ser irrenunciável (artigo 1.707), o que decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar.²⁴

Estas são, por exemplo, algumas das situações que revelam a importância da solidariedade familiar na constituição e manutenção das relações familiares, contribuindo para a consolidação da família integradora e cidadã.

2.3.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, consolida a proteção integral e necessária à criança e ao adolescente. Logo, determina a prioridade na garantia do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, entre outros direitos.²⁵

Sendo assim, tal legislação serviu como base para a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de efetivar seus direitos. Logo, o indivíduo que possui entre doze e dezoito anos incompletos é amparado por tal diploma legal, estabelecendo mecanismos de proteção e desenvolvimento.

Para Paulo Lôbo:

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

²³ *Id. Ibidem.*

²⁴ BRASIL. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

²⁵ _____. Planalto. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho.²⁶

Além disso, é importante ressaltar que, com o afastamento dos preceitos da família patriarcal, a criança e o adolescente, hoje, figuram como sujeitos de direito e prioridade de proteção em detrimento dos interesses dos pais.

Logo, Maria Berenice Dias ensina:

[...] A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação (...). Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).²⁷

Em consonância com este entendimento, é primordial destacar, dentro do novo Direito de Família, a aplicação dos princípios constitucionais também na guarda. Assim, para o estabelecimento da decisão acerca da guarda – proferida pelo magistrado em demandas judiciais – é observado o melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que, apesar da dissolução do vínculo conjugal, a criança e o adolescente são os indivíduos que apresentam maior vulnerabilidade, pois encontram-se em processo de desenvolvimento e formação.

2.3.4 Princípio da afetividade

Conforme explica Paulo Lôbo, o princípio da afetividade “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.²⁸

²⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

²⁸ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 75.

Cumpra trazer à tona a diferença existente entre o princípio jurídico da afetividade e o afeto. Este, caracteriza-se por ser um fato psicológico ou anímico, aquele, trata-se da repercussão jurídica da afinidade, não conduzindo a um dever de amar.

Assim, mesmo quando não existir afeto, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles. Somente com o falecimento de um dos sujeitos ou a partir da perda do poder familiar o princípio jurídico da afetividade deixa de incidir.

Na relação entre cônjuges e entre companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real (objetividade de constituição de família), pois esta evidencia o pressuposto da convivência.

Neste sentido, a Carta Maior traz em seu texto, de forma implícita, alguns preceitos da afetividade. É necessário recordar, para tanto, que, nesta nova ótica, a função da família é mantê-la sob o espectro dos interesses existenciais dos membros familiares, afastando, portanto, o caráter meramente patrimonial e biológico.

Paulo Lôbo ainda destaca quatro fundamentos que podem ser depreendidos do princípio da afetividade na Constituição Federal de 1988:

a) a igualdade de todos os filhos independente da origem (CF 227 §6); b) adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226, § 4º); e d) o direito de convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).²⁹

Maria Berenice ressalta que “o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família”.³⁰

No diploma civil, encontra-se o princípio da afetividade no art. 1.593, especificamente, quando estabelece que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Sendo valiosa a posituação de tal dispositivo, na medida em que impede que o Poder Judiciário considere como verdade real, acerca do parentesco,

²⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

apenas os dados biológicos. Dessa forma, os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consanguíneos ou de outra origem, tem a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade.

É imperioso mencionar, também, o destaque do princípio da afetividade em decisões judiciais brasileiras, como no reconhecimento da paternidade socioafetiva, por exemplo.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

3.1 Conceito e pressupostos da responsabilidade civil

A vida em sociedade requer desafios cotidianos dos indivíduos. Todos os dias, homens, mulheres, crianças, adolescentes, jovens e idosos convivem entre si e, além disso, estabelecem vínculos, realizam atos jurídicos entre os sujeitos e contraem responsabilidades. É bem certo que nem todo convívio é tido como harmônico, uma vez que muitas são as influências existentes no dia a dia a que o ser humano, hoje, é compelido. Neste sentido, observa-se como exemplos: relação de consumo, obrigação de fazer, de entregar, etc.

Tratando-se especificamente sobre a responsabilidade civil, Cavalieri Filho a conceitua de forma direta como: “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.³¹

Assim, para caracterizar a responsabilidade civil, é necessário verificar quatro pressupostos, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves: “ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.³²

Ação ou omissão: a lei faz referência ao indivíduo que, por ação ou omissão cause um dano a outrem. Tal responsabilização poderá recair diante de atos: do próprio indivíduo; de terceiro que esteja sob a guarda do agente; de animais ou coisas que sejam de seu pertencimento.³³

Culpa ou dolo do agente: Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.³⁴

Nexo de causalidade: É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1-2.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. V. 6. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

³³ *Id. Ibidem*, p. 50.

³⁴ *Id. Ibidem*, p. 50.

existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.³⁵

Dano: Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.³⁶

Neste estudo, por fim, trataremos da responsabilidade civil extracontratual, especialmente a subjetiva. No ordenamento jurídico brasileiro, ela possui previsão nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002. O artigo 186 assinala: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E o artigo 927 dispõe: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.³⁷

3.2 Caracterização do dano moral

O ser humano, no decorrer de sua vivência em sociedade, realiza várias ações, algumas destas ações não incorrem perigo, todavia, outras representam-se como causadoras de grandes riscos não só para a vida, mas para a saúde e outros preceitos dotados de valor e assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Muitas são as atividades que apresentam perigo não só para o ser humano, mas para o ambiente que o cerca, entre eles tem-se: o manejo de instrumentos e produtos químicos, a exploração de minérios, a fabricação de explosivos entre outros.

Atualmente, os indivíduos sujeitam-se e, muitas vezes, são compelidos em seu dia a dia a utilizarem instrumentos, máquinas e ferramentas da área da tecnologia que contribuem para a exposição de riscos a vários bens que possuem valor para o homem e para a sociedade de maneira geral.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50-51.

³⁶ *Id. Ibidem*, p. 51.

³⁷ BRASIL. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Nesta órbita, observa-se, portanto, que a responsabilidade civil tem recebido uma ampliação no aspecto de sua incidência, objetivando o alcance da reparação dos danos vivenciados pelas vítimas.

Com a chegada da Revolução Industrial e as transformações sociais geradas por ela, o risco relativo a determinadas atividades desenvolveu a compreensão de uma transgressão oriunda de um dever jurídico, principalmente no exercício de uma atividade perigosa, estendendo, assim, o seu cabimento diante de um ato ilícito.

O primeiro elemento configurativo da responsabilidade civil diz respeito à ação ou omissão de uma conduta humana, importando o ensejo de uma responsabilização. A omissão é um não fazer, uma conduta negativa na qual demonstra que alguém deixou de fazer o que teria que fazê-lo, importando ao Direito, por sua vez, que tal comportamento omissivo causou um dano.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo artigo 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.³⁸

Assim, apesar da omissão possuir cunho abstrato, tanto a ação como a omissão que fazem manifestar uma indenização surgem do descumprimento de um dever que poder ser legal, social ou contratual.

Para que a responsabilização civil ocorra, é pressuposto que o dano seja evidenciado, sendo demonstrado, num primeiro momento com a lesão de um direito ou de determinado bem jurídico. Em seguida, tal lesão deve tratar da depreciação de valores econômicos ou patrimoniais, inclusive, compondo uma ofensa no âmbito moral da vítima. Vale ressaltar, que o dano que enseja a responsabilidade civil não diz respeito apenas ao aspecto material, mas sim também há a proteção jurídica do aspecto moral.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

Neste sentido, o dever de reparação, de uma forma geral, advém de um ilícito, porém, há situações em que não haja quaisquer tipos de infrações e mesmo assim estará presente o dever indenizatório. Ressalta-se que a ação ou omissão do agente, nesta análise, só será obrigado a prestar uma reparação, caso sua conduta antijurídica causar algum prejuízo a outrem.

Levando em consideração o dano como um dos pressupostos da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho afirma:

[...] Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-lo ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.³⁹

Além disso, o mesmo autor, ao conceituar o dano, o faz em dois aspectos: no sentido estrito e no sentido amplo. Invocando a Constituição Federal de 1988 como espectro basilar de tal análise, em sentido estrito e acerca do dano: “justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, plena reparação do dano moral”.⁴⁰

Por outro lado, referindo-se ao sentido amplo:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.⁴¹

Faz-se necessário, neste momento, realizar a diferenciação entre o dano material e o dano moral. Quando se fala de dano material, a reparação consiste na reposição das coisas que

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

⁴⁰ *Id. Ibidem*, p. 88-89.

⁴¹ *Id. Ibidem*, p. 90-91.

sofreram a lesão. Caso não seja possível, é necessária que à vítima seja oportunizada a aquisição de outra coisa.

Todavia, em relação ao dano moral, não é possível que sejam devolvidas as coisas em seu estado anterior. Logo, a reparação subsiste segundo o adimplemento de pecúnia, que será estipulada segundo o entendimento do juiz, com o objetivo de compensar a íntima dor sofrida pela vítima do dano.

Muitas foram as críticas em torno da possibilidade acerca da indenização por dano moral. Um dos argumentos era de que o dano moral não poderia ser quantificado, valorado, já que dor, sofrimento, honra, tristeza são incalculáveis financeiramente. Porém, o artigo 5º da Constituição Federal finalizou tal debate com a seguinte redação:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁴²

É importante ressaltar que tal entendimento se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, III, da Carta Maior.⁴³ Dessa forma, no contexto das relações familiares, muitas foram também as discussões e ainda repercutem o debate acerca da responsabilização ou não do abandono afetivo por meio do dano moral.

É evidente que o debate está longe de se esgotar, contudo, a doutrina e a jurisprudência possuem argumentos muito contundentes a respeito da defesa e da crítica acerca da indenização pecuniária no âmbito do Direito de Família.

Outro aspecto determinante para a configuração do dever de indenizar é o nexo de causalidade entre o ilícito e o dano por ele causado. Ambos compõem, portanto, conforme já mencionado anteriormente, os pressupostos da responsabilidade civil.

Verificando-se a ausência do nexo de causalidade em uma relação paterno-familiar, não há de se falar de dano. Assim, para que o dano seja estabelecido, é necessário que se comprove o abandono praticado pelo genitor, as consequências advindas por este dano, como

⁴² BRASIL. Planalto. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁴³ *Id. Ibidem*.

dificuldades de relacionamento, déficit no desenvolvimento intelectual, baixa autoestima, bem como demais problemáticas de ordem psicossocial.

Tais problemáticas, portanto, devem ser atestadas por equipe multidisciplinar e devem mensurar o impacto deste abandono afetivo no desenvolvimento da criança ou do adolescente em determinada fase de sua vida.

4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DANO MORAL

4.1 O abandono afetivo e a interpretação doutrinária no dano moral – controvérsias

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 preconiza em seu cerne várias atribuições destinadas aos pais, ao Estado e à sociedade em função da criança e do adolescente, como pode ser observado a seguir:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, 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.⁴⁴

Este preceito constitucional visa à imposição de deveres aos pais, à sociedade e ao Estado, como garantidor de tal tutela, uma vez que fica evidente a condição especial de crianças e adolescentes, como indivíduos vulneráveis e em desenvolvimento. A proteção garantida pela Constituição revela a total proteção familiar, do Estado e da sociedade no sentido de as protegerem contra o abandono moral, a violência física ou psicológica, a exploração, seja ela de quaisquer naturezas, os maus-tratos, entre outros males.

Assim, cumpre-se ressaltar que cabe a todos – família, Estado e sociedade – o dever de proteção integral da criança e do adolescente e ao negligenciar este dever, há a possibilidade de punição por parte do Estado.

Como já abordado neste trabalho, segundo o artigo 1.634, inciso II, do Código Civil de 2002, o poder familiar é constituído de deveres, como o de guarda e o de direcionamento dos filhos menores à criação e à educação, entre outros. Tais atitudes devem reverberar a relação entre pais e filhos, o que implica em estabelecer os cuidados necessários para o pleno desenvolvimento intelectual e emocional do indivíduo.⁴⁵

⁴⁴ BRASIL. Planalto. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁴⁵ _____. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

No momento de uma ruptura nos laços familiares, estabelecendo essa ocorrência, por exemplo, em face de divórcio dos cônjuges ou dissolução da união estável; falecimento de um dos pais ou diante de outros fatores há o impedimento de se manter a continuidade da convivência familiar, seja com o pai ou com a mãe. Nos casos de rompimento da sociedade conjugal, portanto, é importante ressaltar que muito embora os genitores não levem adiante a relação, os vínculos parentais e afetivos com seus filhos serão infindáveis.

Logo, o abandono afetivo é caracterizado diante da postura omissiva do genitor no cumprimento dos deveres de caráter moral e que decorrem do poder familiar, como por exemplo, tem-se: o dever de cuidar, de conviver, de prestar assistência moral, de fornecer educação, afeto entre outros.

Maria Berenice ressalta que “a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever”.⁴⁶ Assim, a negligência de um genitor no não cumprimento dos deveres que lhe são impostos no exercício do poder familiar pode desencadear problemas psicológicos que trarão prejuízos inimagináveis à criança ou ao adolescente, tanto nesta fase, como posteriormente na vida adulta.

Assim, a falta de convivência afetiva do genitor em face do filho, na ruptura do elo de afetividade pode gerar consequências graves de ordem psicológica, inclusive podendo repercutir nas relações sociais e no desenvolvimento intelectual. Os sentimentos de desprezo e abandono podem se fazer presentes, o que podem influenciar a construção de sua personalidade.

No que tange a responsabilização pelo abandono afetivo e a sua reparação por dano moral há na doutrina brasileira dois posicionamentos distintos: um que entende que o dano causado pelo abandono afetivo deve ser reparado pelo dano moral e, contrariamente, outra corrente doutrinária afasta esta aceção.

Os argumentos defendidos pelo primeiro posicionamento são pautados na violação do artigo 227 da Carta Magna⁴⁷, o qual evidencia os deveres dos pais no exercício do poder familiar e, ademais, o descumprimento dos artigos 3º, 4º 5º, 7º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Evoca-se, para tanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, implícito, assim como a proteção integral da criança e do adolescente.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

⁴⁷ BRASIL. Planalto. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

Além disso, chamam atenção respeito de que o ilícito pode gerar danos irreparáveis para a vida da criança ou do adolescente, comprometendo seu desenvolvimento psicossocial e intelectual. Logo, a reparação pecuniária serviria como uma punição pedagógica ao genitor em detrimento dos seus deveres, bem como cumpriria com o papel de alertar a sociedade diante de condutas similares e que estas são puníveis pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca de tal posicionamento, Maria Berenice Dias afirma:

Tal comprovação (dano), facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.⁴⁸

Tal posicionamento é justificado, portanto, com base no afeto, no reconhecimento de que o afeto possui o seu valor jurídico e que, por isso, as normas jurídicas devem servir para amparar o dano.

Contrariamente a este posicionamento, encontram-se os argumentos doutrinários que apontam a interpretação de que o afeto não é algo que possui valor, que não é impositivo e sim natural. Logo, uma vez proclamada uma indenização pecuniária reconhecendo o dano moral, tal decisão afastaria ainda mais o acolhimento do filho pelo pai. Defende-se, ainda, que o abandono afetivo teria a sua punição máxima com a extinção do poder familiar para aquele que cometeu o dano.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald complementam o entendimento:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais que o ser.⁴⁹

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p.163.

Dessa forma, a crítica se mostra no sentido de que ao afeto não se dá um preço e que, além disso, não se pode obrigar a outrem a dar um amor que não sente, justamente por intermédio judicial ser punido de forma pecuniária por isto. Ressalta-se também a destituição do poder familiar como forma de punição diante do abandono moral, previsto tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II.⁵⁰

Logo, o ilícito advindo do abandono afetivo já possui encargo punitivo no ordenamento jurídico pátrio, destoando-se, portanto, da justificativa de que a indenização se dá em função do abandono moral.

Por fim, é notório que a doutrina diverge consideravelmente sobre a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo praticado a título de compensação pelo dano moral sofrido. Ambos os posicionamentos apresentam argumentos muito contundentes acerca do ilícito debatido. A jurisprudência pátria, pois, segue no mesmo sentido: não há pacificação nos Tribunais. Assim, são observadas decisões que condenam à indenização e outras que não condenam. A análise jurisprudencial acerca das decisões será demonstrada no tópico 3.3 deste trabalho.

4.2 O afeto como valor jurídico

Na sociedade brasileira, o modelo de família era representado por um homem e uma mulher casados com o consentimento da Igreja Católica. Esta relação era marcada pelo autoritarismo, onde a figura do marido representava a detenção de direitos, uma vez que o corpo social estava coberto pelo manto do patriarcalismo. Assim, à mulher, submissa, restava-lhe obedecer ao marido, procriar e cuidar dos filhos.

Todavia, muitas foram as transformações que modificaram tal concepção, conforme abordado no capítulo 1 deste estudo. Logo, a família patriarcal constituída somente pelo casamento, com esposa e filhos em posição de submissão e formada como um núcleo de produção econômica, aos poucos foi se arrefecendo. A sociedade vigente não poderia mais conviver com tamanha imposição dentro do lar, com tratamentos desiguais nos núcleos familiares, uma vez que este núcleo deveria representar isonomia e afeto entre seus membros e, portanto, a legislação deveria acompanhar a necessidade dessa demanda que emergia.

⁵⁰ BRASIL. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Com o advento da Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade contribuíram para a apreensão de que cada indivíduo era portador de deveres e direitos em escala individual dentro de uma coletividade. Neste sentido, a Constituição Cidadã observou em seu artigo 227, § 6º, a isonomia entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou adquiridos fora do matrimônio, por meio da adoção, inclusive de outras formas, como por exemplo, contemplando as técnicas de reprodução assistida.

Assim, observa-se que, contemporaneamente, os interesses familiares são outros, ou seja, a realização familiar é estabelecida enquanto as realizações individuais de cada membro se constituem. O afeto é o elemento basilar destas relações familiares e estas famílias unem-se com o objetivo de vivenciar, formar, construir e respeitar as escolhas pessoais, externando, para isso, os valores de liberdade e solidariedade familiar.

Acerca desta concepção, Paulo Lôbo aduz:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto — a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.⁵¹

Os fatos sociais, portanto, não devem ser inobservados pelo Direito, as normas jurídicas cumprem com o papel de proteger os bens e os interesses de um determinado grupo social, atribuindo-lhes valor jurídico. Valor jurídico é o valor ou objetividade jurídica ou interesse protegido pela norma jurídica: o bem ou o interesse que a norma pretende tutelar e proteger.⁵²

Na vida cotidiana, fica evidente que as relações afetivas são desenvolvidas e reconhecidas por seus membros. Tal reconhecimento, que não necessariamente advém de laços sanguíneos, perpassa pela comunidade como um conglomerado e deve ser regularizado por se tratar de um direito subjetivo do indivíduo. Por conseguinte, Daniel Albuquerque

⁵¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-26.

⁵² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.459.

assevera que: “o valor aplicado a essas relações emanadas do afeto deve ser encarado como mais que um valor social: o afeto é um verdadeiro valor jurídico”.⁵³

Neste sentido, evoca-se mais uma vez o instituto da repersonalização de forma a justificar a importância do afeto como valor jurídico a ser protegido dentro do núcleo familiar, a fim de que a dignidade da pessoa humana seja respeitada neste âmbito, especificadamente no amparo destinado às crianças e aos jovens como um dever do poder familiar estabelecido na Carta Maior e em outras legislações infraconstitucionais brasileiras, como o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Acerca da importância do afeto para o desenvolvimento da criança, pode-se extrair o seguinte excerto da Declaração Universal dos Direitos da Criança:

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.⁵⁴

Diferentemente do destaque destinado ao afeto dentro das relações interpessoais e familiares da criança na família moderna, não se pode deixar de refletir e reafirmar que muito se tem caminhado para que, de fato, haja a relevância deste aspecto na seara familiar brasileira. O campo legislativo jurídico ainda possui o cunho patrimonialista muito forte, mesmo com as tentativas de se submeter à transposição deste assentimento.

Neste sentido, defender o afeto e valorar o amor no âmbito familiar contribui para a conclusão de que a convivência e o envolvimento familiar não devem ser marcados sob a égide patrimonial e individualista. Logo, faz-se necessária a eclosão deste modelo, a fim de que o afeto, sem dúvidas, se apresente como a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵³ ABREU, Daniel Albuquerque de. **Do afeto como valor jurídico nas relações familiares, em específico na seara da paternidade**. P. 3. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/viewFile/23/18>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Por fim, percebe-se que, por mais que o patrimônio esteja presente na legislação codificada, este, nas relações familiares, portanto, deve possuir papel suplementar e o afeto deve ser a unidade primária, recebendo total respaldo do ordenamento jurídico.

4.3 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao dano moral por abandono afetivo – análise jurisprudencial

Este tópico apresentará a análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do dano moral por abandono afetivo. Para isso, é importante ressaltar os elementos principais que fundamentarão este estudo. Foi realizado o acompanhamento da evolução do conceito de família; da discussão acerca da sua função no decorrer dos anos; da proteção constitucional oferecida por esta entidade com a Constituição Cidadã; foram elencados os princípios constitucionais atinentes ao Direito de Família; o conceito e os pressupostos da responsabilidade civil; a caracterização do dano moral e, por fim, as reflexões doutrinárias acerca do abandono afetivo e o dano moral.

Assim, inicia-se a discussão jurisprudencial com o Recurso Especial nº 757.411/MG, cuja ementa é:

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.⁵⁵

O relatório proposto pelo Ministro Fernando Gonçalves expõe que, de acordo com o autor, após o divórcio dos pais e após o nascimento da filha de seu pai com sua nova esposa, seu genitor não contribuiu mais com o dever de prestar-lhe os cuidados necessários nos aspectos morais e psíquicos, mesmo contribuindo com a prestação de alimentos. Além disso, o autor alega que não teve a oportunidade de conviver com a irmã e que, ainda, seu pai negou-

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411/MG - MG (2005/0085464-3)**. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicação: 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 03 nov. 2016.

lhe a aproximação e a participação em momentos imprescindíveis, causando-lhe prejuízos psicológicos e muito sofrimento ao longo dos anos. Dessa forma, tal postura ensejou a propositura da demanda em tela. Em contrapartida, o pai alegou que até maio de 1989 realizava as visitas do filho, inclusive aos finais de semana estando em sua companhia e que esta dinâmica fora rompida quando a sua genitora começara a realizar telefonemas insultuosos e que a mesma instruía seu filho a agredir a meio-irmã. Em detrimento dos eventos marcantes do filho, o pai relatou que, mesmo distante, sempre prestou admiração ao filho por telefone. O relator observou em seu voto que poucas eram as decisões acerca da matéria nos Tribunais e que esta era a primeira a ser conhecida pela Corte. Assinalou o Ministro que a maior punição prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro neste caso seria a perda do poder familiar, que diz respeito, por exemplo, ao genitor que não cumpre com o dever de sustento, educação, guarda dos filhos, conforme aponta o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵⁶ Desta feita, não caberia a responsabilização civil neste caso, uma vez que a perda do poder familiar constitui punição grave também prevista no artigo. 1.638, inciso II, do Código Civil de 2002.⁵⁷ Salientou também que: “Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos (...)”. O Ministro Relator concluiu seu voto da seguinte forma:

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.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.⁵⁸

Os Ministros Aldir Passarinho Júnior, César Asfor Rocha e Jorge Scartezini acompanharam o voto do Relator e o Ministro Barros Monteiro foi voto vencido. Em seu voto, o Ministro dissidente entendeu que subsistia a presença de ilícito na conduta do pai, uma

⁵⁶ BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁷ _____. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁸ _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411/MG - MG (2005/0085464-3)**. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicação: 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 03 nov. 2016.

vez que além da assistência material, o mesmo deveria amparar seu filho também munido de assistência moral e que isso se revelava no trato do seu acompanhamento, cuidado e afeto. Acerca da destituição do poder familiar concluiu:

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.⁵⁹

Assim, ficou consolidado o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça de ser incabível a indenização por dano moral em detrimento de abandono afetivo.⁶⁰

Por outro lado, em 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.159.242/SP modificou tal entendimento e compreendeu ser cabível a indenização por abandono afetivo. O referido acórdão possui a ementa que segue:

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 consequente 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. 27 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, exsurto, daí, 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.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411/MG - MG (2005/0085464-3)**. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicação: 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁶⁰ _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.350/SP - SP (2003/0020955-3)**. 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Publicação: 28 de abril de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=595269&tipo=0&nreg=200500854643&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060327&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

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.⁶¹

De acordo com a parte autora, ao alegar ter sofrido abandono afetivo na infância e na adolescência, a mesma ajuizou ação por danos materiais, a fim de obter compensação por danos morais em face do seu genitor. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente sob a ótica de que o abandono afetivo se dá quando já ocorreu uma relação de afeto entre pai e filho e, posteriormente, há uma ruptura, revelando, portanto, total descaso no amparo da criança ou do adolescente. No caso em tela, o comportamento agressivo da genitora contribuiu também para o distanciamento na relação familiar. A autora recorreu e o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso, reconhecendo, por conseguinte, o abandono afetivo praticado pelo pai, sendo fixado o valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) como reparação ao dano moral. A parte ré interpôs recurso e alegou que não houve abandono afetivo e que mesmo se o tivesse feito, a perda do poder familiar seria a punição prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro diante de tal fato, uma vez demonstrando o descumprimento com o dever parental, conforme aduz o artigo 1.638 do Código Civil de 2002.⁶² Ainda, em sua defesa, alegou divergências nos entendimentos dos acórdãos do TJ/SP e do STJ, uma vez consolidado com o Recurso Especial nº 757.411/MG, o qual não reconhece o dever indenizatório em situações de abandono afetivo. A Ministra Nancy Andrighi, relatora, defendeu a prevalência do dano moral nas relações familiares, já que não há impedimentos legais na aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família e que a perda do pátrio poder não afastaria a possibilidade de reparação por meio de indenização por dano moral.

A Ministra argumenta acerca da responsabilidade parental:

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP - SP (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicação: 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: 03 nov. 2016.

⁶² _____. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.⁶³

Acerca do quantum indenizatório, a Ministra reduziu o valor para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), por entender que o valor era demasiadamente exacerbado, mesmo diante das agressões ao dever de cuidado da filha. O Ministro Sidnei Benetti acompanhou o voto da Ministra relatora e justificou que o direito de sanção patrimonial não deve ser suprimido em detrimento da sanção da perda do poder familiar. Com posicionamento contrário, o Ministro Massami Uyeda defendeu a aplicação e entendimento dos princípios constitucionais de acordo com a proporcionalidade e a razoabilidade e chamando a atenção para o voto pioneiro da Ministra que poderia abrir uma porta no Tribunal para uma cizânia no Direito de Família e que não teriam tranquilidade. Contudo, a Quarta Turma, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso especial, mitigando apenas o valor da indenização.

Desta feita, foi uniformizado o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca do abandono afetivo, já que foram opostos embargos de divergência após a prolação do acórdão acima analisado. Tal divergência foi suscitada entre os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais nº. 757.411/MG e 1.159.242/SP.

Por fim, os embargos foram ementados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DECISÃO PROFERIDA COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO. EXCEÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Nas hipóteses em que ficar evidenciada a divergência entre turmas da mesma seção ou entre turma e seção, cabem embargos de divergência mediante o cotejo analítico dos arestos, demonstrando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (arts. 541, parágrafo único, e 546, parágrafo único, do CPC, c/c os arts. 266, § 1º, e 255 § 2º, do RISTJ).

2. Não se conhece de embargos de divergência, por absoluta inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP - SP (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicação: 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&nu_m_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 nov. 2016.

3. Embargos de divergência não conhecidos.⁶⁴

Ressalta-se, por fim, que apesar da orientação jurisprudencial contemporânea do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que em algumas decisões dos Tribunais brasileiros não há o emprego da teoria da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, uma vez que compreendem que o abandono afetivo não se apresenta como um ilícito.

Assim sendo, é essencial promover a reflexão de que a criança e o adolescente devem ser protegidos em sua forma integral. Cabe, portanto, não somente à família e ao Estado, mas sim a toda sociedade a promoção de instrumentos que visem combater, compelir quaisquer tipos de ilícitos que lesionem a sua dignidade pessoal.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP - SP (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andri ghi. Publicação: 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: 03 nov. 2016.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se evidenciar, neste trabalho, as efetivas possibilidades de um genitor ser condenado a indenizar o seu filho ao praticar o abandono afetivo na infância e na juventude. Este abandono deve causar ao filho um dano no aspecto psicológico, dificultando o seu desenvolvimento pleno. Insta reiterar que, para tal análise, a aplicação dos princípios constitucionais na esfera do Direito de Família é essencial. Como norteador da proteção familiar na garantia constitucional, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, corroborando, portanto, a concepção existencialista das entidades familiares.

É crucial lembrar que o conceito de família foi sofrendo modificações ao longo dos anos. Observou-se na Antiguidade a submissão do núcleo familiar ao *pater familias*, que detinha direitos acerca da mulher e filhos. Em seguida, a família cumpria o papel de manter o continuísmo de suas proles, de suas gerações não se sobrevalendo das noções de afeto e convivência familiar.

Ainda com o Código Civil de 1916, o corpo social brasileiro emanava o patriarcalismo, onde a submissão da mulher ao marido era evidenciada, estabelecendo direitos e deveres completamente diferentes para homens e mulheres. Todavia, com o Estatuto da Mulher Casada e com a Lei do Divórcio - instrumentos que possibilitaram mais autonomia à mulher na sociedade brasileira -, a emancipação feminina começou a desapontar, mesmo ainda possuindo, no ordenamento jurídico brasileiro da época, disposições discriminatórias, como a incapacidade da mulher casada, prevista no artigo 6º do Código Civil de 1916.⁶⁵

A partir da Constituição Federal de 1988, a equidade de gêneros foi tomando corpo, estabelecendo, portanto, igualdade de direitos para homens e mulheres. Além desta expressividade no diploma legal, houve uma reformulação na estrutura da família, reconhecendo, por exemplo, a união estável como entidade familiar, assim como promovendo a proteção de famílias que não foram constituídas em detrimento do casamento. Neste mesmo amparo, pode-se contemplar também a atenção destinada às crianças e aos adolescentes na Carta Maior, em seu artigo 227 e também com a criação de um Estatuto próprio, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁶⁵ BRASIL. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

É inegável, portanto, que o Direito de Família enfrentou alterações numerosas em vários aspectos, conforme foi abordado neste estudo. Dessa forma, a doutrina destaca o afeto como inerente às entidades paterno-familiares e a sua inobservância pode gerar danos irreparáveis para a vida do indivíduo em formação.

Logo, o Superior Tribunal de Justiça inovou em 2012 ao condenar um pai por abandono afetivo e estabelecendo a possibilidade de indenização para a reparação do dano causado, mesmo tendo o instituto da perda do poder familiar como sanção máxima dentro do Direito de Família àquele pai que não cumpre com o seu dever legal de prestar amparos ao infante.

Mesmo diante de toda repercussão da decisão, não há pacificação da referida Corte acerca de tal matéria, uma vez que se encontram decisões em diversos Tribunais brasileiros tanto negando a indenização, como condenando tal postura, configurando-a como ato ilícito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Daniel Albuquerque de. **Do afeto como valor jurídico nas relações familiares, em específico na seara da paternidade**. P. 3. Disponível em:

<<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/viewFile/23/18>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

BRASIL. Planalto. **Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Planalto. **Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Planalto. **Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Planalto. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016

_____. Planalto. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Planalto. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP - SP**

(2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andri ghi. Publicação: 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: 03 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.350/SP**. 4ª Turma. Relator:

Ministro Aldir Passarinho Júnior. Publicação: 28 de abril de 2009. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=595269&tipo=0&nreg=200500854643&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060327&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411/MG - MG**

(2005/0085464-3). 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicação: 29 de

novembro de 2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 03 nov. 2016.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. V. 6. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. p. 34. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. V. Único. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UNIPAC / BIBLIOTECA

O abandono afetivo e o dano moral: a incidência
da responsabilidade civil nas relações familiares

CLARK, Marina de Souza Lacerda / Marina de Souza Lacerda Clark – 2016.
45 f.

Orientadora: Livia Barletta Giacomini
Direito Civil – Monografia. 2. Direito de Família –
Monografia. 3. Dano Moral - Monografia.
Monografia (Graduação em Direito). Universidade
Presidente Antônio Carlos - Curso de Direito.

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data