

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LUIZA HELENA FAGUNDES COUTINHO LINS

**ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
POR DANO.**

RECIFE

2015

LUIZA HELENA FAGUNDES COUTINHO LINS

**ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
POR DANO.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Professora Ms. **Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.**

RECIFE

2015

Lins, Luíza Helena Fagundes Coutinho

Abandono afetivo na filiação e a possibilidade de indenização por dano. / Luíza Helena Fagundes Coutinho Lins. – Recife: O Autor, 2015.

62 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito de família. 2. Abandono afetivo. 3. Dano. 4. Responsabilidade civil.
I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-396

Luiza Helena Fagundes Coutinho Lins

**ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
POR DANO.**

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientadora Prof^a. Ms. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.

1º Examinador: Prof(a). Ms/Dr.

2º Examinador: Prof(a). Ms/Dr.

Recife

2015

Dedico este trabalho aos meus pais, às minhas irmãs, ao meu marido, José Henrique e ao meu filho, Luiz Henrique.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais, que sempre torceram e vibraram a cada conquista alcançada.

Agradeço, também, ao meu marido, por me acompanhar e incentivar constantemente a lutar pelos meus sonhos.

Ao meu filho, que por ele todos os esforços valem a pena.

Às minhas irmãs, Marília e Ana Letícia que ficaram com meu filho à noite, para que eu pudesse assistir às aulas.

Por fim, agradeço à Faculdade Damas da Instrução Cristã, por ter me recebido e ter sido minha segunda casa.

“O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo.” (HIRONAKA, 2007)

RESUMO

A importância do presente trabalho é demonstrar que, o fato de as famílias, na sociedade hodierna, estarem se dissolvendo de forma precoce, torna cada vez mais frequente o surgimento de crianças e adolescentes afetivamente abandonados, causando um dano e a ele, a possibilidade de indenização, bem como sua natureza. Contudo, é necessária uma análise cautelosa acerca dos requisitos que caracterizam o dano, a fim de evitar a banalização do instituto, porém sem abonar a impunidade dos pais que, de forma irresponsável e injustificada, prejudicam o desenvolvimento sadio da criança. O que se entende por abandono afetivo é o modo como a doutrina e a jurisprudência se posicionam em relação à sanção que deverá ser aplicada aos pais em caso do descumprimento dos deveres jurídicos resultantes do poder familiar. O afeto é o que move o direito de família, que é a base do princípio da dignidade da pessoa humana, e tem sido deixado de lado pelos genitores. Portanto, a responsabilidade dos pais, em face dos filhos, só pode ser legítima se e enquanto as relações de família se concentrarem no verdadeiro interesse pela formação, pela liberdade e pela felicidade dos filhos, modus que certamente só pode advir de um enorme e vigoroso afeto. A conclusão que se tem é a de que o abandono afetivo prejudica bastante o desenvolvimento da criança, gerando danos passíveis de reparação.

Palavras-chaves: Direito de família. Abandono afetivo. Dano. Indenização

ABSTRACT

The importance of this work is to demonstrate that the fact that a significant number of families in today's society are dissolving early, increasing the number of children and adolescents suffering from emotional abandonment. Such emotional damage, in its nature, carries with it the possibility of compensation. However it is imperative that a careful analysis must be made to determine what characterizes damages, to avoid the trivialization of the institution, without giving parents immunity to, irresponsibly and unjustifiably, harm the healthy development of a child. What is perceived as emotional abandonment and how the doctrine and jurisprudence behave regarding sanction must be applied to parents when they fail to perform their legal obligations. Affection is the springboard of Family Law, which in turn is the foundation of the principle of the human dignity and it has been overlooked by parents. Therefore, parents responsibility towards their children can only be considered legitimate if and when family relations are focused on genuine interest in education, freedom and happiness of their offspring. In conclusion, emotional abandonment can be extremely prejudicial to a minor's development, causing irreparable hardship, that could be somewhat lessened with financial compensation.

Keywords: Family Law. Emotional abandonment. Damage. Compensation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 DO ABANDONO AFETIVO	11
1.1 Conceito	11
1.2 Conduta humana.....	14
1.2.1 Nexo de Causalidade	15
1.2.2 Divergências doutrinarias.....	16
1.3 Poder Familiar	18
1.3.1 Extinção do Poder Familiar.....	21
1.3.2 Suspensão do Poder Familiar	22
1.4 Responsabilidade Parental.....	23
1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
1.4.2 Princípio da afetividade.....	25
CAPÍTULO 2 DO DANO	27
2.1 Conceito de Dano	27
2.2 Dano Moral.....	30
2.3 Dano Material	33
CAPITULO 3 O ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO	35
3.1 O dano pelo abandono é indenizável?.....	35
3.2 O abandono afetivo e as espécies de dano.....	39
3.3 A posição do STJ e análises jurisprudências acerca do tema	41
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Considerando as noções de responsabilidade civil, os princípios constitucionais e do direito de família, discorreremos acerca da responsabilização dos pais diante da questão do abandono afetivo e a possibilidade da reparação do dano causado ao filho menor, em razão da atitude omissiva do pai ou da mãe.

Sob essa perspectiva, as opiniões divergem em duas posições. A primeira, são há aqueles que defendem que a questão do abandono afetivo na filiação encontra solução dentro do próprio direito de família, com a destituição do poder familiar, poder esse, que é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, de forma irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, pois são personalíssimos.

Segunda posição, refere-se àqueles que começam a se manifestar favoravelmente às reparações pecuniárias, uma vez comprovada a existência do dano.

No judiciário atual, é mais fácil encontrar demandas que dizem respeito ao abandono afetivo provocado pelo pai em relação ao seu filho. Contudo, nada impede que a mãe seja a responsável pelo abandono afetivo do filho, caso em que se aplicariam as mesmas regras atinentes à reparação civil do dano provocado pelo descumprimento do dever jurídico.

As correntes de pensamento são conflitantes, pois trazem consigo o choque de dois conflitos: primeiro, a liberdade do pai ou da mãe, que consiste na liberdade afetiva, segundo, a solidariedade familiar e a integridade psíquica do filho, inerentes da dignidade da pessoa humana.

Faz-se necessário um estudo mais aprofundado acerca do tema, o qual tem por objetivo geral estudar se o abandono afetivo é indenizável, à luz do ordenamento jurídico pátrio. Por objetivo específico, responder se é cabível a indenização por dano e qual a sua natureza.

A princípio, será analisado o conceito de abandono afetivo e quais as consequências que esse abandono acarreta ao filho em desenvolvimento, em seguida, tratará do poder familiar, considerando as disposições contidas no ordenamento jurídico e a jurisprudência sobre o tema.

Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses do trabalho foram investigadas através de pesquisa do tipo bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise da leitura já publicada em forma de livros, revistas e publicações pertinentes; e documental, através de

leis, normas, pareceres, pesquisas on-line, dentre outros que versam sobre o tema. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, buscando sua natureza e suas características.

Especificamente no que se refere ao abandono afetivo indenizável e às consequências do comportamento que se quer sancionar como sendo lesivo à coletividade, por implicar em custos sociais coletivos advindos de atos individuais.

A análise de fragmentos da doutrina jurídica relativa à responsabilidade civil, e mais especificamente ao abandono afetivo indenizável, indica que a busca da justiça no caso concreto, investiga os fundamentos e está aquém de desestimular as condutas lesivas que sanciona.

Do ponto de vista econômico, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo cumpre um papel de desestímulo a determinadas condutas consideradas socialmente lesivas, pelo estabelecimento de uma sanção pecuniária ao seu agente.

É importante ter em mente que gerar um filho significa comprometer-se com a formação da personalidade do infante, incluindo o seu aspecto emocional e social. A indenização aqui tem, por óbvio, não a restauração de uma condição, uma vez que a formação de uma personalidade é processo com lapso temporal aparentemente irreversível, mas sim, um desestímulo financeiro, não só ao pai ou mãe faltosos, mas aos demais que ainda podem corrigir o rumo.

CAPÍTULO 1 DO ABANDONO AFETIVO

1.1 Conceito

O abandono afetivo pode ser definido como a falta do cumprimento dos pais para com seus filhos, com relação aos deveres inerentes ao poder familiar, mais especificamente das obrigações de ordem afetiva.

Para se compreender melhor o que é o abandono afetivo na filiação, deve-se fazer uma abordagem tanto acerca da importância do fato na estrutura familiar contemporânea, quanto das consequências que a atitude omissiva do pai ou da mãe pode provocar no desenvolvimento do menor.

Este tema representa um compromisso com a proteção aos filhos menores de idade, concordando com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Porém, existe ainda a importância de deixar claro qual a possibilidade de haver uma prestação “justa” que deverá ser, ou não, fixada nos casos do suposto abandono afetivo, pois não se pode acobertar os pais que insistem em gerar filhos sem reconhecer que a criança em nada tem a ver com a falta de interesse em se prestar os direitos e deveres inerentes aos genitores.

A possibilidade de indenização por abandono afetivo é um tema que ainda possui controvérsias no mundo do Direito, com implicações objetivas e subjetivas pelo descumprimento do dever de convivência entre as famílias.

Tal questionamento pretende solucionar como a tutela jurisdicional poderá tornar mais favorável o cumprimento de um dever moral, procurando demonstrar se é possível a indenização pecuniária, além da necessidade de serem identificados os elementos que contribuíram para que se chegasse ao sentimento de abandono afetivo.

Nesse sentido, importa trazer à baila lição de Giselda Hironaka¹:

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *apud* MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/1>>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

O reconhecimento do estado de filiação, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo que no art. 3º², dispõe que a criança e o adolescente possuem todos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, o art. 27³ também do ECA, pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227⁴, § 6º, e pelo Código Civil no artigo 1.596⁵, gera uma relação jurídica, porém nem sempre se cria uma relação de afeto.

Assim, o reconhecimento dos filhos poderá dar-se de forma voluntária ou pela via judicial, produzindo efeitos, alguns de cunho patrimonial, outros de caráter pessoal.

Para Giselda Hironaka⁶,

O abandono afetivo configura-se pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho e atenção. É inquestionavelmente, um direito personalíssimo [...] os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana.

² 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.

³ Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁴ 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)

§ 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.

⁵ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *apud* FERREIRA, Alcionir Urcino Aires. O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono afetivo paterno-filial. In: **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n.272, p. 59-63, maio/2008.

Ou seja, para Hironaka, o abandono afetivo é resultado da falta de cuidado, afeto, carinho e zelo dos pais para com os filhos menores. Sendo este tratamento cuidadoso com a prole, um direito personalíssimo. Sem contar que os pais têm o papel de educadores e de autoridades no seio familiar, fazendo com que a criança tenha sua formação enquanto ser humano.

A criança é o centro de total responsabilidade dos pais, onde estes não podem se eximir de nenhuma obrigação referente aos filhos, que estejam sob seu cuidado. Pelo fato da criança e do adolescente estarem em processo de formação de sua personalidade, é direito deles à uma convivência familiar saudável.

Esse direito deve ser colocado em prática, com o intuito de favorecer o desenvolvimento pleno da criança em sua formação e como ser humano.

A convivência familiar assegura a integridade física, moral e psicológica da criança, na medida em que permite que o desenvolvimento de sua personalidade se dê de forma saudável, em um ambiente tranquilo em que a criança tenha atenção de que ela necessita e a orientação que não pode ser negligenciada nessa fase da vida.

O abandono afetivo aparece com maior frequência no momento da dissolução da sociedade conjugal, visto que geram ausências e omissões, características do abandono. Podendo acarretar consequências psicológicas e emocionais de grandes proporções.

Nesses casos, tem-se a origem do fenômeno conhecido como recomposição de famílias. Dissolvida a sociedade conjugal, atribui-se a guarda dos filhos menores a ambos os pais, ou nos casos que isso não seja possível, a um deles.

Para Claudete Carvalho Canezin⁷,

O abandono afetivo é pior que o abandono material, por ter a possibilidade da carência financeira suprida por terceiros interessados, como parentes, amigos, ou até mesmo o Estado, através de programas assistenciais. O afeto e o carinho negado pelo pai ao filho, não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantando a ausência dos genitores.

⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existência ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.36, jun/jul. 2006, p.79).

Por isso, segundo Rui Stoco⁸:

Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos de reparação apresentarem estreme de dúvida e *icto oculi*, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar.

Segundo Carlos Alberto Bittar⁹, o abandono afetivo é definido como “a violação dos direitos personalíssimos do filho e a deficiente realização da afetividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos pais”.

Podemos afirmar então, que o abandono afetivo é a violação dos direitos da personalidade do filho junto com a falta de afeto, carinho resultantes do mau desempenho como genitores. É ainda, a omissão dos pais em relação ao filho menor, a falta de convivência entre esses entes, a ausência do dever de cuidado perante a criança e ao adolescente, gerando neles problemas psicológicos, emocionais, afetivos, entre outros.

O foco da questão, portanto, é comprovar o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e voluntária do pai ou da mãe e o dano psicológico sofrido pela criança, de modo que, uma vez comprovada que a atitude omissiva dos genitores, resultou em dano para os direitos da personalidade do filho em desenvolvimento, existindo a possibilidade da indenização pelo dano.

1.2 Conduta humana

A conduta é a forma como os homens se comportam na sua vida e nas suas ações, podendo ser usada como sinônimo de comportamento. Neste sentido, a conduta refere-se às ações das pessoas em relação ao seu meio envolvente ou ao seu mundo de estímulos.

⁸ STOCO, Rui. Tratado da Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007, p. 946.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto *apud* BAPTISTA, Silvio Neves. **Eça de Queiroz: um caso do abandono materno e de filiação socioafetiva. As consequências do desamparo dos filhos no Direito atual**. 1 ed., Recife: Bagaço, 2012.

Conduta é a maneira de proceder, de agir. A conduta, como pressuposto da responsabilidade civil, é aquela que contraria o ordenamento jurídico gerando dano patrimonial ou extrapatrimonial em desfavor da vítima.

A conduta dos genitores em abandonar o filho gera ilícito civil. Com esse mesmo pensamento temos o jurista Alcionir Urcino Aires Ferreira¹⁰, que afirma que o abandono do filho pelo pai é injustificado, deixando o menor sem o direito de convivência. Caso o genitor recuse-se a amparar o filho, incorrerá em ilicitude, gerando danos por sua eventual omissão, podendo haver a compensação pecuniária, que seria uma forma de amenizar o sofrimento do abandonado. Existindo, ainda, o abandono gerado pela mãe, embora em menor ocorrência, causa consequências ainda mais desastrosas, do que o abandono provocado pelo pai.

A conduta do autor do dano pode ser positiva ou negativa, respectivamente comissiva e omissiva. A conduta comissiva é mais fácil de identificar, já que se trata de uma ação e toda ação leva a uma responsabilização.

Diferentemente na conduta omissiva, somente irá gerar responsabilidade aquela decorrente de um dever legal ou profissional. Pode-se citar como exemplo um médico que deixa de prestar socorro (dever profissional).

Ainda em relação à conduta, a responsabilidade pode ser direta ou indireta.

Ocorrerá a responsabilidade direta quando o agente responder por aquilo que causou; é o que determina o artigo 186 do Código Civil de 2002:

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.

1.2.1 Nexo de Causalidade

¹⁰ FERREIRA, Alcionir. *apud* SALES, Anderson. **Abandono Socioafetivo**. Disponível em: <<http://cajunews.com.br/abandono-socioafetivo-a-im-possibilidade-de-mensurar-o-amor-dos-pais/>>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

O nexa causal é um dos elementos indispensáveis para se caracterizar a responsabilidade civil. É o elo de ligação entre a conduta e o dano; para que exista a responsabilidade é necessário que a conduta seja causa do efeito danoso.

Nos ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa¹¹, o nexa causal é: “...o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.”

1.2.2 Divergências doutrinarias

Ainda não há consenso acerca da sanção a ser aplicada aos pais que, por omissão, descumprirem alguns deveres decorrentes do poder familiar.

Diante disso existem duas correntes que devem ser destacadas. A primeira corrente entende que é possível a reparação civil, utilizando como argumentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio implícito da afetividade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Por outro lado, a segunda corrente entende não ser possível a reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo, sob pena de se quantificar o amor, sem esquecer que ninguém pode ser obrigado a amar alguém.

De acordo com a doutrina, constata-se que Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, Bernardo Casto Branco, Rui Stoco, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Cláudia da Silva e Claudete Carvalho Canezin se posicionam favoravelmente a reparação civil do dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação.

Segundo o ensinamento de Rui Stoco¹²:

“[...] o que se põe em relevo e exsurge como causa da responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja, a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho”.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12 ed.; São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

¹² STOCO, Rui. Tratado da Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 946.

Bernardo Castelo Branco¹³, compartilha desse mesmo entendimento:

A conduta omissiva dos pais no tocante à formação moral dos filhos, permitindo-lhes o livre acesso a ambientes nocivos ao seu desenvolvimento, ao contato com jogos, álcool e drogas, entre outros fatores deturpadores da personalidade, constitui, portanto, a adoção de comportamento ilícito, uma vez que viola um dever juridicamente imposto aos titulares do poder familiar.

A opinião desses dois autores significa que a responsabilização do dano à vida dos filhos deve-se ao distanciamento e à omissão dos pais que levam os filhos a seguirem caminhos desvirtuados, tendo comportamentos ilícitos, violando o que foi imposto pelo poder familiar.

Convém ressaltar que o que enseja reparação é o descumprimento do dever jurídico de conviver com o filho e não a falta de afeto de *per si*, pois poderá existir afeto, mas a convivência é fundamental para o ajuste emocional do menor.

Para a corrente que segue entendendo pela impossibilidade da reparação civil, ressalta-se o argumento de que a reparação pecuniária do abandono afetivo provocaria uma monetarização do amor. Esse é o pensamento de Lizete Schuh¹⁴, ao relatar que “[...] a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo reafirmando cada vez mais o quadro de mercantilização nas relações familiares”. Então, neste caso, a indenização tem o intuito pedagógico, e não somente punitivo, à medida que também visa inibir futuras omissões dos pais em relação a seus filhos.

Assevera-se, mais uma vez, que a indenização se afigura possível em razão do descumprimento do dever de convivência familiar, direito fundamental da criança e do adolescente.

O que se deveria tutelar com a teoria do abandono afetivo é o dever legal de convivência. Não se trata aqui da convivência diária, física, já que muitos pais se separam ou nem chegam a viver juntos, mas da efetiva participação na vida dos filhos, a fim de realmente exercer o dever legal do poder familiar.

¹³ BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no Direito de Família. São Paulo: Método, 2006, p.194.

¹⁴ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. Revista Brasileira do Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.35, abr/mai 2006, p.75.

Ainda para os opositores da indenização nos casos de abandono afetivo, a propositura de ação de reparação civil afetaria ainda mais a relação paterno/materno-filia, prejudicando a convivência familiar. Por isso que os próprios adeptos da responsabilização civil dos casos de abandono afetivo destacam que esta análise deve ser feita de forma prudente e contextualizada, a fim de evitar a quebra do vínculo afetivo, por ventura, que ainda exista entre pai/mãe-filho.

1.3 Poder Familiar

A Constituição Federal de 1988¹⁵, nos incisos V e X do artigo 5º, fica assegurado ao indivíduo o direito de indenização por dano moral e, são invioláveis os direitos da personalidade.

O Código Civil de 2002 trouxe diversas alterações no tocante aos direitos e deveres dos pais para com seus filhos e com os bens dos mesmos. Primeiramente houve a alteração de pátrio poder para poder familiar, consolidando a ideia de que tal poder deve ser exercido, conjuntamente, pelos pais.

O poder familiar, devido às suas características, é um importante instituto jurídico, tanto que há diversos direitos e deveres dos pais explícitos e implícitos na Constituição Federal. Ainda, verifica-se que os filhos possuem, por serem menores, proteção especial, necessitando de um maior apoio dos pais.

As causas de extinção e suspensão demonstram a importância no cumprimento dos deveres entabulados aos pais no tocante a criação e educação dos filhos, cuidados estes, são direitos constitucionais dos mesmos.

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres referentes aos pais com relação a seus filhos e respectivos bens, com a finalidade de protegê-los.

¹⁵ 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:

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;

O poder familiar (antes denominado pátrio poder), no direito brasileiro, traduz-se num conjunto de responsabilidades e direitos que envolvem a relação entre pais e filhos. Essencialmente são os deveres de assistência, auxílio e respeito mútuo, e mantêm-se até aos filhos atingirem a maioridade.

São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como a preparação para a vida.

Quando se fala em poder familiar, está se falando nas relações jurídicas entre pais e filhos. Antigamente, o poder sobre o filho era absoluto do pai, com imposições e decisões unilaterais, enquanto a mãe apenas observava.

Não se trata da hierarquia que os pais possuem, mas de estabelecer limites aos filhos, bem como manter a disciplina educacional, e responsabilizar os pais, de suas obrigações, enquanto detentores deste poder. É uma relação de atribuições onde a finalidade é o bem estar do filho.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁶ resume poder familiar como sendo um “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Já Maria Berenice Dias¹⁷, o poder familiar “decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

Maria Helena Diniz¹⁸, afirma que o poder familiar “é uma espécie de função correspondente a um encargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo”. É portanto, um encargo atribuído pelo Estado aos pais, em benefício dos filhos, de forma irrenunciável.

O antigo Código Civil de 1916 utilizava a expressão "pátrio poder", já que o poder era exercido exclusivamente pelo pai. Hoje, temos que o poder familiar é dever conjunto dos pais.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 6. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 378.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5, p. 515.

O poder familiar é baseado no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, em atenção ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, ao dispor que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", associado com o exposto no artigo 1.631, do Código Civil sobre a igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges ou companheiros.

Assim, o art. 1.631 do Código Civil relata que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

No poder familiar os direitos e deveres que incumbem aos pais, no tocante à pessoa dos filhos menores, e, ainda, no que tange aos bens dos filhos.

Assim, quanto à pessoa dos filhos, preceitua o artigo 1.634, do Código Civil que:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

No tocante aos bens dos filhos, é o artigo 1.689 do mesmo diploma legal que irá ditar quais são os direitos e deveres dos pais. Assim, dita o artigo mencionado *in verbis*:

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

O poder familiar, devido às suas características, é um importante instituto jurídico, tanto que há diversos direitos e deveres dos pais explícitos e implícitos na Constituição Federal. Ainda, verifica-se que os filhos possuem, proteção especial, já que, enquanto menores, necessitam de um maior apoio dos pais.

As causas de extinção e suspensão demonstram a importância no cumprimento dos deveres, de responsabilidade dos pais, no que se refere a criação e educação dos filhos, cuidados estes, que são direitos constitucionais dos mesmos.

1.3.1 Extinção do Poder Familiar

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial.

Dispõe o artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

No inciso I temos que com a morte dos pais extingue-se o poder familiar, já que desaparecem os titulares do direitos. Ainda quanto ao inciso I, no tocante a morte do filho, a emancipação, tratada no inciso II e a maioridade do inciso III, nota-se que são incisos que fazem desaparecer a razão do instituto, que é a proteção do filho menor.

A adoção extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante. Assim, é causa de extinção e de aquisição do poder familiar.

O último inciso trata das decisões judiciais, fundamentadas no artigo 1.638 do mesmo diploma legal, que preceitua que: "perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente".

A perda é permanente, mas não pode dizer que seja definitiva, já que os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a causa que ensejou a perda não mais exista. É imperativa e abrange todos os filhos, já que as causas de extinção são bastante graves, colocando em risco toda a prole.

1.3.2 Suspensão do Poder Familiar

Quanto a suspensão, o código traz as seguintes hipóteses, previstas no artigo 1.637, do Código Civil.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Os pais terão o poder familiar suspenso se, ao abusarem de sua autoridade, faltarem com os deveres a eles inerentes ou arruinarem os bens dos filhos. Também será suspenso se condenados por sentença irrecorrível em virtude de crime, desde que a pena não exceda a dois anos de prisão.

A suspensão é temporária, pois, uma vez cessado o motivo que a originou, voltarão os pais a exercerem o poder familiar. Assim, fica evidente, que a suspensão é uma sanção imposta pelo juiz aos pais visando, sempre, a proteção do menor.

Não existe um limite de tempo fixado em lei para a suspensão, para tanto, deverá ser levado em consideração os interesses do menor, para que se possa fixar um período certo. Além do mais, a suspensão pode ser total ou parcial, e também pode referir-se unicamente a determinado filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 249, chega a prever pena de multa no caso de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, mas trata-se de preceito de ordem administrativa, não excluindo as possíveis medidas criminais ou civis que possam advir do descumprimento destes deveres¹⁹. O rol das medidas sancionatórias relacionadas aos pais e responsáveis previstas no referido diploma legal é: a advertência, perda da guarda, destituição da tutela, perda e destituição do poder familiar; todas expressas no artigo 129, do ECA.

1.4 Responsabilidade Parental

Responsabilidade parental é o conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar material e moral dos filhos, especificamente do genitor a tomar conta dos seus, mantendo relações pessoais, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens.

A responsabilidade parental é instituto importantíssimo para a garantia de uma infância saudável; baseia-se na valorização da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos, sendo um direito fundamental destes.

Existem princípios que norteiam a responsabilidade parental, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade.

Baseado no moderno conceito de Direito de Família, a responsabilidade parental, analisa especialmente, o abandono moral e afetivo dos pais perante seus filhos, existindo a possibilidade de sua responsabilização gerar indenização civil, independentemente dos institutos penalizantes já existentes em outras órbitas do direito, como a destituição do poder familiar.

O princípio da responsabilidade parental está previsto no já citado art. 1634 do Código Civil, onde enumera os direitos e deveres que cabe aos pais, no tocante à pessoa dos filhos menores e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 100, IX.

¹⁹ **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p.327.

Art. 100, IX, ECA - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente.

Com o escopo de se obter os valores familiares e sociais constitucionalmente assegurados, os direitos e deveres dos pais tangentes à prole, ou de quem exerça a responsabilidade parental, devem sempre ser conduzidos de maneira à melhor proteção da pessoa humana daquela criança ou adolescente.

1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade humana é, sem dúvidas, o princípio mais importante que rege, não somente a responsabilidade parental, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se então, que a dignidade da pessoa humana é a base de todos os demais princípios.

Encontra-se no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e é considerado pelos doutrinadores como a base essencial de toda e qualquer lide que apareça no âmbito do direito de família, pois não se pode proteger o núcleo familiar como um todo sem se proteger a dignidade da pessoa humana. Também traz a ideia de desvalorização do patrimônio e aumento da valorização da pessoa (valorização e reconhecimento da liberdade, do valor humano, da igualdade, da honra, do ser humano), dando ênfase à ação positiva do Estado, trazendo consigo o direito da pessoa buscar seus interesses.

O princípio do respeito da dignidade humana (CF, art. 1º, III), constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva) garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).

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.

1.4.2 Princípio da afetividade

Ele é o principal fundamento das relações familiares e decorre da constante valorização da pessoa humana e, mesmo não previsto expressamente em nossa Constituição, sua caracterização é incontestável e, por essência, é considerado um direito fundamental do cidadão.

O afeto é o alicerce das relações familiares, e tem sua importância reconhecida pelo direito, que lhe deu valor jurídico ao torná-lo um princípio. Paulo Lôbo o conceitua como "o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico".²¹

O princípio da afetividade, mesmo não expresso, está amparado na Constituição Federal, lei maior, onde traz a igualdade dos filhos, independente da origem (artigo 227, § 6º); adoção, com igualdade de direitos (art. 227, §5º e §6º); a comunidade formada por qualquer dos pais e sua prole, incluindo os adotivos, com igual dignidade da família (CF 226, §4º); e, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).

Sendo a afetividade como conceitua Paulo Luiz Netto Lobo²⁰, outra categoria que se consagrou no direito brasileiro de família,

Entendida como o liame específico que une duas pessoas em razão do parentesco ou de outra fonte constitutiva da relação de família. A afetividade familiar é, pois, distinta do vínculo de natureza obrigacional, ou patrimonial, ou societário. Na relação familiar não há fim econômico, cujas dimensões são sempre derivadas (por exemplo, dever de alimentos, ou regime matrimonial de bens), nem seus integrantes são sócios ou associados.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da sumula número 301 do STJ.**

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj/1>>. Acesso em: 20 de maio de 2015

Dentre as várias formas de família consagradas hoje, há uma em que é expressamente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente a afetividade: é a família ampliada, configurando-a. Mostrando-nos assim a importância deste princípio na configuração do que é e deve ser uma família.²¹

O direito converteu a afetividade em um princípio jurídico, conferindo-o, assim, força normativa, cominando deveres e obrigações aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Sendo assim, pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade; além dos fundamentos contidos nos artigos 226 e seguintes da Constituição, lembra o dever de solidariedade entre os membros da família (art. 3º, I, CF), reciprocamente entre pais e filho (art. 229) e todos em relação aos idosos (art. 230).

O afeto é o novel princípio do direito de família. Embora não esteja expresso no texto constitucional, decorre naturalmente da valorização constante da dignidade da pessoa através da externalização dos sentimentos em suas relações. A legislação infraconstitucional timidamente já começa a adotar o afeto como elemento da norma.

O objeto principal do estudo deste trabalho é o que a quebra deste princípio tão importante acarreta e se, nesta situação, cabe uma responsabilização via indenização pecuniária de sua falta. O norte deste trabalho é o que esta privação pode acarretar na vida de um filho carente desta afetividade, que não diz respeito de forma sinônima ao simples afeto ou ao amor, sendo assim, tal princípio será estudado mais profundamente em capítulo próprio, devido a sua importância e base para todo nosso estudo.

²¹ Art. 25. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquele que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (ECA)

CAPÍTULO 2 DO DANO

2.1 Conceito de Dano

O dano não é somente uma diminuição no patrimônio da vítima, mas sim uma diminuição de um bem jurídico, de forma que abrange não somente o patrimônio, mas também a saúde, a vida, a honra, bens suscetíveis de proteção pelo direito.

O dano poderá ser material (patrimonial) quando ocorrer destruição ou deterioração de bens, lucros e vantagens. Será moral (extrapatrimonial) nas situações em que o ilícito tem consequências psíquicas, afetivas ou sentimentais sobre a personalidade da vítima. Assim, a obrigação de indenizar pressupõe o prejuízo material ou moral.

No que se refere ao dano material, basta que o autor demonstre que seu patrimônio foi afetado por ato ilícito para que os prejuízos sejam liquidados para fins de ressarcimento. Em relação ao dano moral, a tarefa de quantificar o prejuízo não é nada fácil, mas deverá o juiz tomar por base a reação do homem médio em relação às lesões sofridas para conseguir aproximar-se do sofrimento, tristeza e dor para compensar o padecimento da vítima.

Para Sérgio Cavalieri Filho²², em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”, resume a inafastabilidade do dano nos casos a seguir:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria do que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano[...] Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa.

O autor da ação pode pleitear, simultaneamente, indenização por dano material e moral. É matéria sumulada pelo STJ, nos seguintes termos:

“Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 72/73

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil, não há que se falar em indenização se não houver dano. O dano é qualquer afetação à esfera de interesses patrimoniais ou não patrimoniais da vítima.

Não se pode dizer que o dever foi violado se o comportamento devido não foi possível; dessa forma o nexo de causalidade se rompe quando presente uma das excludentes da responsabilidade civil, que são: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros; que serão abordadas mais adiante.

Carlos Roberto Gonçalves²³ ensina que:

Dano em sentido amplo vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se a indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

O dano divide-se em patrimonial e moral. O dano patrimonial é aquele que tem valoração econômica, onde a vítima sofre um prejuízo material. O dano material é de fácil verificação, uma vez que segue uma lógica matemática, pois há uma diminuição pecuniária no patrimônio da vítima.

Já, o dano moral, é mais complexo, uma vez que não afeta o patrimônio do ofendido. Porém, somente afirmar que dano moral é todo aquele que não é patrimonial não é suficiente para caracterizar a responsabilidade.

O dano moral deve ser analisado dentro da ótica constitucional. A Constituição de 1988 traz em seu texto normas que tutelam os mais diversos valores humanos, como o direito à dignidade e os direitos da personalidade.

Os bens que integram a dignidade e a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais; a agressão a esses bens resulta em danos morais.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

O dano material subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. O Código Civil, em seu artigo 402, define o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

A mensuração do dano emergente não enseja maiores dificuldades uma vez que se trata de simples diminuição no patrimônio da vítima. Assim, o dano emergente será quantificado pela diferença entre o valor do bem jurídico que se tinha antes e depois do ato ilícito.

O lucro cessante trata-se do que o indivíduo deixou de ganhar em razão da conduta lesiva. Para o cálculo do lucro cessante deve se levar em consideração os elementos objetivos, excluindo-se as meras possibilidades e conjecturas. Deve ser analisado com base naquilo que vinha ocorrendo anteriormente, não se confundindo com o dano meramente hipotético.

Já a avaliação do dano moral encontra maiores dificuldades, uma vez que afeta sentimentos e a esses não é possível atribuir um valor meramente econômico. Importante ressaltar que não é qualquer dissabor que deverá ser indenizado; analisa-se o dano moral pelo critério objetivo do homem médio, não se levando em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, nem tão pouco o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade.

O dano material concretiza-se quando o patrimônio da vítima sofre uma perda ou deterioração; por outro lado, o dano moral, por se tratar de dano imaterial é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais de caráter satisfativo do que indenizatório.

O caráter satisfativo da indenização é no sentido de compensação; como não é possível voltar ao estado anterior, faz-se uma compensação de sentimentos, indenizando-se a vítima do dano moral.

A indenização deve ser calculada de forma proporcional, ou seja, deve estar vinculada à gravidade da ofensa, não podendo ser alta demais para que não ocorra enriquecimento ilícito, pois a vítima não pode ficar em situação econômica melhor do que aquela que se encontrava anteriormente ao ato delituoso, nem tampouco de valor ínfimo que leve o causador a praticar o ato lesivo novamente.

A legitimidade para pleitear o dano moral é da própria vítima, isto é, aquela que sofreu o dano direto. No entanto, existem casos em que a indenização poderá ser pleiteada por terceiros. Exemplo disso é o caso de morte por acidente, que afeta pessoas próximas (pais, filhos, cônjuges) da vítima. Essas pessoas poderão pedir indenização. As demais pessoas

afetadas (companheiros, namorados, por exemplo), parentes ou não, deverão provar o dano moral sofrido em virtude dos fatos ocorridos.

Dessa forma, o dano divide-se em dano patrimonial e dano moral; o dano patrimonial é aquele que tem valoração econômica, através do qual a vítima sofre um prejuízo material

Já o dano moral é aquele que não afeta o patrimônio do ofendido, mas atinge bens imateriais, como a honra, a saúde, a vida.

O dano moral está previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso V, que dispõe: “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”.

Também no inciso X da Magna Carta, o dano moral aparece de duas formas: os bens passíveis de dano moral, quando o legislador diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, numa clara referência aos direitos passíveis de sofrer o dano moral e, também, quando, complementando o dito inciso, diz que é “[...] assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

Assim sendo, entende-se que não somente os danos patrimoniais são passíveis de indenização, mas, também os danos ocasionados aos valores intrínsecos das pessoas.

2.2 Dano Moral

Para o professor Sílvio de Salvo Venosa²⁴, dano moral consiste:

É prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dessaborzinho da vida que pode acarretar indenização.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Em outro momento, Sérgio Cavalieri Filho²⁵, define o dano moral: como sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”, que:

Enquanto o dano material importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade física e psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

O dano moral é o sofrimento psíquico experimentado pela vítima de violação aos seus direitos de personalidade. É a violação da dignidade humana provocando lesões à integridade física, intelectual ou moral do indivíduo.

A ilicitude da ação ou omissão atinge todo e qualquer direito da personalidade, principalmente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. A verdade é que os efeitos gerados não são passíveis de reparação e ressarcimento, mas somente de compensação indenizatória que serve para diminuir a dor e aliviar o sofrimento pelo mal sofrido. Deve ser vista como uma pena privada, voltada a desestimular atentados contra a dignidade humana, através da diminuição do patrimônio do agressor.

O dano moral nada mais é do que toda violação à dignidade humana que provoque lesões à integridade física, intelectual ou moral do indivíduo. O prejuízo recai sobre os direitos da personalidade como a honra, a vida privada, a imagem. Isso porque eles são irradiações da cláusula da dignidade da pessoa humana, consagrada na CF de 1988. Tanto é que para ser aferida a intensidade do dano moral deve ser avaliada a dor experimentada pela vítima no seu sentimento de dignidade.

É notório que o dano moral deve ser oriundo de uma conduta reprovável revestida de ilicitude que provoque na vítima sofrimento profundo, dor moral no sentido mais amplo, oriundo da prática de atos cujo rol pode ser inesgotável, não valendo como argumento negativo o fato de que algumas situações já possuem sanções próprias.

Os julgados dos Tribunais brasileiros ainda revelam-se tímidos no tocante à aplicação de ressarcimento por danos morais na esfera das relações familiares, no entanto com o amadurecimento das discussões sobre o tema haverá ampliação nos casos de responsabilização

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

civil no direito de família, diante das graves lesões aos direitos personalíssimos. Sem sombra de dúvida, a temática, mas debatida nas últimas décadas dentro do estudo do dano é sua vertente moral, passando por diversas fases que resumidamente percorrem sua negação até seu reconhecimento sem amarras. Sua ligação ínsita com a dignidade humana é reconhecida pela doutrina majoritária. Nesse sentido é indispensável a lição de Sérgio Cavalieri Filho²⁶, o qual afirma:

[...] a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrática de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. (2010, p. 82)

É sob esse contexto que o dano moral seja ele direto ou indireto e o dano material devem ser compreendidos para fins de recomposição do patrimônio (*lato sensu*) da vítima. Todavia, cumpre ressaltar que a dignidade humana não é apenas uma fundamentação legal para o requerimento de recomposição danosa, mas é um elemento imperioso para análise de todo e qualquer dano, o que não quer referir que será acrescido em qualquer hipótese.

Os danos morais ocorrem quando há abalo psicológico da vítima, com intensidade suficiente para causar-lhe constrangimento, humilhação ou vexame superiores àqueles que por vezes vivenciamos, mas que não passam de dissabores aos quais todos estamos sujeitos em decorrência da vida em sociedade.

O dano moral indenizável deve agredir nossa imagem interior e a que temos perante o meio no qual vivemos. O ofendido deve ter abalada a sua honra e as boas impressões que tem sobre si mesmo e as que outras pessoas têm dele ao tomarem conhecimento ou presenciarem a ofensa moral. Quanto maior a repercussão, maior o dano. Sendo assim, quando esse dano é causado a pessoas com boa reputação social, renomadas e de destaque na sociedade, o valor indenizatório tende a ser mais elevado. Observando esse fato, lesar moralmente uma celebridade parece mais grave do que lesar uma pessoa "comum", um "desconhecido".

Uma das regras fundamentais para a fixação é a análise das condições socioeconômicas do ofendido e do ofensor, de modo que não haja enriquecimento sem causa da vítima. Ou seja,

²⁶ *Idem, ibidem.*

a conclusão a que se chega, mesmo que simplista, é a de que uma pessoa célebre "sofre mais" do que uma desprivilegiada socioeconomicamente.

2.3 Dano Material

Os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas.

Os danos materiais podem ser configurados por uma despesa que foi gerada por uma ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes.

O direito à reparação destes danos está expressamente previsto na Constituição Federal e em outros dispositivos legais, como o Código Civil em vigor, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Comercial, entre outros.

Para a reparação do dano material mostra-se imprescindível demonstrar-se o nexo de causalidade entre a conduta indevida do terceiro e o efetivo prejuízo patrimonial que foi efetivamente suportado.

Por sua natureza, evidentemente, a demonstração da extensão do dano material deve ser precisa também quanto ao valor da indenização pretendida, pois o que se visa através da ação judicial é a recomposição da efetiva situação patrimonial que se tinha antes da ocorrência do dano.

O dano material ou conhecido também como dano patrimonial é aquele que compreende todos os bens e direitos e se substancia na expressão conjunto das relações jurídicas, abrangendo nesse sentido não apenas as coisas corpóreas, mas de outra banda inclui necessariamente as coisas incorpóreas. A extensão deste dano se perfaz tanto no presente como no futuro, pois é subclassificado em dano emergente e lucro cessante como forma de balizamento da recomposição do prejuízo da vítima.

Na mesma senda, a disciplina do dano material tem vislumbrado a possibilidade de outras formas norteadoras de recomposição, frise-se, ainda controvertida, mas com crescente aceitação na doutrina e jurisprudência pátria, que é a Perda da chance. Esta doutrina de origem francesa faz com que se tenha a possibilidade de uma reflexão acerca do princípio da Dignidade

Humana neste tocante, visto que a retirada de uma possibilidade real é ceifar direitos fundamentais básicos e afrontar com isso o princípio retro.

CAPITULO 3 O ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO

3.1 O dano pelo abandono é indenizável?

O direito de família vêm sofrendo mudanças consideráveis nos últimos tempos. Com a Constituição Federal de 1988, houveram importantes ampliações no conceito de família, se ratificando aquilo que já existia na sociedade, mais especificamente, em seu artigo 227, já tratado neste trabalho.

Alguns princípios são levados em consideração, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, que está principalmente ligado aos direitos humanos e alicerça a base da comunidade familiar; o princípio da liberdade, que garante o livre poder de constituir família; o princípio da igualdade, o qual se valoriza a igualdade jurídica dos filhos; o princípio da afetividade, o qual estabelece que os pais devem dar aos seus filhos amor, carinho e proteção, dentre outros, e que o tema da indenização por abandono afetivo vem se tornando cada vez mais presente, isto posto, a Constituição Federal traz uma exigência de tratamento onde não existam maus-tratos, respeitando dessa forma, a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente para que tenham além do desenvolvimento físico, também o psíquico.

No Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷ está reproduzida em seus artigos 19, 21 e 22 a norma constitucional, que determina:

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.

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

Art.22- 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.

²⁷ Lei 8069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O Código Civil de 2002 estabelece a responsabilidade conjunta na relação entre pais e filhos. O poder familiar, regulamentado nos artigos 1.630 ao 1.638, defendem os direitos e deveres dos genitores em relação aos filhos menores e vice versa:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente,

ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

A partir do momento em que uma família se forma, imaginamos que haja, dentro desta, uma boa convivência no âmbito familiar, cercado de amor, carinho, respeito, cuidado e afeto entre os pais e filhos. Mas, atualmente, a realidade é bem diferente.

Muitos pais, ao se separarem, terminam que desenvolvem uma espécie de negação diante dos filhos, formando por muitas vezes, outra família e abandonando a antiga, é o caso já falado da recomposição familiar.

Então, tem-se o entendimento que o abandono afetivo, que trata desta rejeição dos pais em prestar qualquer tipo de assistência afetiva aos filhos, neste sentido, fundamenta-se na indiferença afetiva dispensada pelo pai, pela mãe e até mesmo por ambos em alguns casos, o que pode ocasionar um transtorno familiar.

As más consequências, podem também aparecer no âmbito jurídico, como por exemplo a desobediência dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.

Assim, leciona Maria Berenice Dias²⁸ que:

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

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

Ainda se tratando da esfera jurídica, o não cumprimento das obrigações em relação aos filhos menores e não emancipados, ocasiona consequências, inclusive, no ramo do Direito Penal. Além, da responsabilidade civil por dano moral, tem-se crime o abandono de família, como elencado no Código Penal nos seus arts.244, caput, a 247²⁹.

Assim, o abandono afetivo pode ser julgado como algo mais grave do que o material, mesmo porque o Direito tenta reparar essa falta, concedendo alguns mecanismos de cobrança e punições àqueles que deixam de cumprir com as suas responsabilidades. Em contrapartida, são aplicadas pelas autoridades, algumas medidas de proteção à criança e ao adolescente, visto que a educação não compreenda apenas a escolaridade, bem como a convivência familiar, afeto e amor.

A possibilidade de responsabilizar civilmente os pais por abandono afetivo é um tema divergente tanto na doutrina como na jurisprudência. Alguns doutrinadores já declararam seus entendimentos sobre esse assunto, e fica evidente pelas suas conclusões, a existência de dois grupos. O primeiro, se refere aos que tutelam a responsabilização civil e, conseqüentemente, a obrigação de se indenizar pelo abandono e o segundo, os entendem que o dever de cuidar está relacionado ao afeto, e que por isso não podendo gerar indenização. Alguns casos concretos foram analisados e julgados pelo Judiciário e onde tiveram seus resultados em diversos sentidos.

Na doutrina brasileira, a tese do abandono paterno-filial divide os pareceres dos estudiosos do Direito Privado. São favoráveis à indenização Giselda Maria Fernandes Novaes

²⁹ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984).

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984).

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984).

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.

Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comensuração pública.

Hironaka e Paulo Lôbo. No entanto, são contrárias ao pagamento de uma indenização por abandono afetivo Regina Beatriz Tavares da Silva e Judith Martins Costa³⁰.

Para Giselda Hironaka³¹,

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Corroborando com esse entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira³² afirma que:

(...) não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas a sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.

3.2 O abandono afetivo e as espécies de dano

O dano é uma lesão causada à pessoa, nos âmbitos material (patrimonial) e/ou moral (extrapatrimonial), suscetível de reparação cível, na forma específica ou mediante conversão em dinheiro³³.

Vale deixar claro que a lesão indenizável é sempre causada contra a pessoa, de forma direta ou indireta, haja vista que a tutela reparatória é invariavelmente voltada à recuperação de um direito pessoal. Ainda que o ato lesivo tenha incidido diretamente na destruição de uma

³⁰ TARTUCE, 2009, p. 107, *apud*. Disponível em: <<http://carolinebbback.jusbrasil.com.br/artigos/160493935/o-preco-do-abandono-afetivo>>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do poder Judiciário.**

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo.** <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf>

³³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.236-1.237: “O dano material, não sendo possível o retorno ao statu quo ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório”.

peça patrimonial, o respectivo prejuízo é atribuído a uma determinada pessoa ou grupo, que pode pleitear a respectiva reparação, acaso estejam presentes os demais requisitos da responsabilidade civil.

Um ponto importante do conceito de dano é esclarece a classificação mais básica dos danos, de acordo com o critério do bem da vida (ou esfera jurídica) atingido, acaso afete o patrimônio (danos materiais) ou os aspectos extrapatrimoniais da personalidade (danos morais). Trata-se de distinção clássica da doutrina e já incorporada pela legislação e pela jurisprudência.

Geralmente, o que é questionado no processo refere-se à comprovação de quais danos decorreram imediatamente da conduta lesiva (danos materiais imediatos) e das lesões que, embora ocorridas posteriormente ao ilícito (ou abuso), ainda podem ser tidas como reflexos indevidos de sua ocorrência (danos materiais mediatos, também chamados de lucros cessantes).

Apesar de não haver um critério significativo quanto a fixação do valor da reparação material, admite-se o emprego do parâmetro da proporcionalidade matemática à extensão econômica do dano. Ou seja, a reparação terá o valor correspondente ao dano.

Sob a ótica do abandono afetivo, o dano causado não poderá ser contabilizado como se fosse uma fórmula matemática, por não conseguir mensurar a dimensão da dor, da falta de convivência, da falta de afeto, entre outros.

O dano causado será de ordem moral, por causar graves lesões à esfera imaterial da pessoa, sendo suscetíveis de reparação cível, na forma específica (em raras hipóteses) ou mediante conversão em dinheiro. Ou seja, tratam-se de ofensas que afetam a personalidade, diminuindo ou deteriorando algum de seus aspectos protegidos pelo sistema jurídico, como a honra (subjetiva e/ou objetiva), a integridade física, a imagem ou o crédito (no sentido social, política e/ou econômico).

Este parâmetro de fixação está expressamente previsto no do Código Civil, em seu art. 944³⁴.

³⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

É interessante deixar claro que tal fixação do valor esbarra na dificuldade de se mensurar o quão agressivamente foi atingida a esfera íntima da parte, para fins de fixação do valor reparatório.

Para auxiliar nesta tarefa, o magistrado Luiz Felipe Siegert Schuch³⁵ sugere que sejam considerados os seguintes elementos:

- a) intensidade do sofrimento do ofendido;
- b) duração do dano ou das lesões;
- c) gravidade da lesão;
- d) natureza e repercussão da ofensa;
- e) posição social do ofendido;
- f) intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável pelo dano;
- g) a situação sócio-econômica do ofensor;
- h) eventual reincidência do causador do dano em ilícitos pretéritos de igual natureza; e,
- i) retratação do agente ofensor.

Entende-se que a penalização não tenha a intenção de recuperar o afeto indesejado pelo ascendente, porém demonstrar que, outrossim, esse sentimento corrente de impunidade tem seus dias contados e que possa, no futuro, desestabilizar quaisquer outras vertentes de irresponsável abandono, levando em consideração os exemplos jurisprudências, que o afeto tem um preço muito caro na configuração familiar hodierna.

3.3 A posição do STJ e análises jurisprudências acerca do tema

Com vistas nas mudanças ocorridas na estrutura familiar nos tempos modernos e conscientes de que a afetividade passou a alavancar as famílias contemporâneas, os tribunais pátrios vêm recepcionando cada vez mais demandas cujo objeto é a reparação civil do dano moral oriundo do descumprimento do dever de convivência familiar.

³⁵ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 64.

A primeira decisão que versa sobre o referido tema foi proferida pelo juiz Mario Romano Maggioni, em 15 de setembro de 2003, na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa – RS (Processo n.º 141/1030012032-0)³⁶. Na ocasião, o pai foi condenado ao pagamento de 200 salários-mínimos de indenização por dano moral, em razão do abandono afetivo e moral da filha de 9 anos.

Ao fundamentar sua decisão, o magistrado priorizou os deveres decorrentes da paternidade, tratados no art. 22 da Lei n.º 8.069/90 anteriormente citado, dispondo que:

[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme.

Ademais, destacou as consequências negativas que podem decorrer do abandono afetivo na filiação, ao considerar que:

[...] a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Ressalte-se, por oportuno, que o Ministério Público, intervindo no feito por haver interesse de menores, através da promotora De Carli dos Santos, se mostrou contrário à admissibilidade da indenização no caso de abandono afetivo, por considerar que não compete ao judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor. Contudo, em que pese tais argumentações, a sentença foi julgada procedente, transitando em julgado em razão da não interposição de recurso pelo réu, considerado revel no processo.

Outra decisão favorável foi proferida pelo magistrado Luis Fernando Cirillo, em 05 de junho de 2004, na 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP (Processo n.º 01.036747-

³⁶ Íntegra da sentença disponível em: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago/set 2005, p. 148-150.

0)³⁷, no qual se reconheceu que, conquanto não seja razoável um filho pleitear indenização contra um pai por não ter recebido dele afeto,

[...] a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia.

Prosseguindo em sua argumentação, o magistrado entendeu que não devem prosperar teses no sentido de que julgar procedente referidas demandas implicaria numa monetarização do afeto, até porque também

[...] não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.

Merece destaque, ainda, a decisão proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) que, seguindo a mesma linha de argumentação das decisões citadas acima, reformou a sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG, para condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), independentemente do descumprimento da prestação alimentar, ao argumento de que restou configurado nos autos o dano à dignidade do menor, provocado pela conduta ilícita do pai que não cumpriu o dever que a lei lhe impõe de manter o convívio familiar com o filho.

A ementa encontra-se assim redigida:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC 4085505-

³⁷ Íntegra da sentença disponível em: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago/set 2005, p. 151-160.

54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04).

No mesmo sentido, é de ressaltar decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), datada de 2009, *in verbis*:

Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral que a Autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovimento da apelação. (TJRJ, AC 0007035-34.2006.8.19.0054, 8ª C. Cível, Rel. Des. Ana Maria Oliveira, julg. 20.10.2009).

Da leitura dos referidos julgados, percebe-se que parte da jurisprudência entende que a infração dos encargos decorrentes do poder familiar, previstos no art. 1.634 do CC/02, acarreta o dever de indenizar, sobretudo, quando a atitude voluntária e injustificada importa prejuízo para os direitos da personalidade do filho menor, bem como à sua dignidade, casos em que resta configurado o dano moral.

É oportuno reforçar que o dano moral pode encontrar-se caracterizado independentemente do cumprimento da prestação alimentícia, a qual está intimamente ligada ao abandono material. Assim, a despeito de restar configurado prejuízo à esfera patrimonial do menor, pode haver configuração do abandono moral, em razão do descumprimento por parte do pai do dever de prestar assistência moral ao filho, prejudicando o desenvolvimento completo e sadio da personalidade do mesmo.

Conquanto se tenham notícias de decisões favoráveis, como as que foram expostas, a questão da reparação civil em caso de abandono moral e afetivo na filiação não encontra

consenso. Assim, há decisão conflitante proferida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil. (TJMG, AC 0063791-20.2007.8.13.499, 17ª C. Cível, Rel. Des Luciano Pinto, julg. 27.11.2008, pub. 09.01.09).

Verifica-se que o entendimento do julgado retrotranscrito é no sentido de que o afeto não é um dever do pai e, portanto, o seu descumprimento não representa ato ilícito ou dano injusto geradores do dever de indenizar.

Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), para o qual o descumprimento dos deveres jurídicos decorrentes do poder familiar encontra solução no próprio direito de família, com a perda do poder familiar, prevista pelo art. 1.638, II, CC/02.

Esse é o conteúdo da decisão no Recurso Especial (REsp) n.º 757.411 – MG:

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. (STJ, REsp n.º 757.411 – MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 29/11/05, DJ 27/03/06, p. 299).

É interessante destacar o voto do Ministro Relator, no referido julgado, para quem não seria cabível a reparação civil nos casos de abandono afetivo:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do

poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

Frise-se que, recentemente, o STJ manteve o seu entendimento no julgamento do REsp n.º 514350 / SP, cuja ementa segue transcrita:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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" (REsp n.º 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n.º 514.350 – SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 28/04/09, DJe 25/05/09).

Com efeito, o abandono afetivo na filiação enseja a perda do poder familiar. Contudo, isso não implica na impossibilidade da reparação civil do dano moral, uma vez que estejam presentes todos os requisitos para sua caracterização. Neste sentido, tem-se o entendimento do Ministro Barros Monteiro que, no REsp n.º 757.411 – MG, se mostrou contrário ao voto do relator, indicando que não há unanimidade no entendimento do STJ. Eis seu posicionamento:

Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto [...] 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. [...].

Da referida decisão foi interposto Recurso Extraordinário (RE) para o Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual foi negado provimento pela Segunda Turma Cível:

EMENTA CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido. (STF, RE 567164 ED/MG, 2ª Turma Cível, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 18.08.09, DJe 11.09.09).

Verifica-se, do referido acórdão, que não houve julgamento do mérito do RE, em virtude de o abandono afetivo ser matéria de ordem infraconstitucional e pela necessidade de reexame de provas, o que contraria a Súmula n.º 279 do STF. É de ressaltar, também, que, por esses motivos, até o presente momento não houve pronunciamento do Pretório Excelso relativamente ao tema ora tratado.

Contrariamente ao posicionamento do STJ sustentado até então, deve-se destacar que é a infração do dever legal de manter a convivência familiar (art. 1634, II, CC/02), aliada a infração dos deveres de guarda e educação (art. 22 do ECA) que ensejam a reparação civil do

dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação. Portanto, não se trata de obrigar um pai a amar um filho, mas de responsabilizar civilmente aquele que descumpre um dever jurídico.

Outrossim, não se trata de monetarizar o afeto, até mesmo porque a indenização, nestes casos, também assume um papel pedagógico, como entende Giselda Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Destarte, a indenização assume o escopo de evitar novas condutas omissivas do pai em relação aos seus filhos, considerando que a dor da alma ou o prejuízo no desenvolvimento do filho não podem ser reparados em sua totalidade.

Ademais, se fosse suficiente o argumento de que se estaria quantificando o afeto para afastar a responsabilidade civil dos pais, ter-se-ia uma gritante contradição, já que também não se pode quantificar a dignidade, a imagem, a honra, ou quaisquer outros direitos da personalidade, e nem por isso o judiciário deixa de conceder indenizações nos casos em que restam configurados danos a esses direitos extrapatrimoniais.

Acerca da decisão proferida pelo STJ, convém destacar, por oportuno, importante lição de Maria Berenice Dias³⁸:

Profunda foi a reviravolta que produziu, não só na justiça, mas nas próprias relações entre pais e filhos, a nova tendência da jurisprudência, que passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. A decisão da justiça de Minas Gerais, apesar de ter sido reformada pelo STJ, continua aplaudida pela doutrina e vem sendo amplamente referendada por outros julgados. Imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado.

Ouvindo os reclames da doutrina e dos Tribunais de Justiça que consagravam a possibilidade jurídica de indenização do dano moral decorrente do abandono afetivo da filiação, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento até então consagrado, asseverando a viabilidade da exigência de indenização por dano moral decorrente

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 417

de abandono afetivo pelos pais, uma vez que, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi: “amar é faculdade, cuidar é dever.”

Por oportuno, transcreve-se o atual posicionamento da Corte Superior:

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. 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. (STJ, Resp 1159242 / SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.04.12, DJe 10.05.12).

A decisão judicial mais notória sobre o assunto foi prolatada pelo extinto Tribunal de Alçada Civil do Estado de Minas Gerais, o qual reconheceu o liame entre o princípio da

afetividade e a dignidade humana e entendeu que o abandono afetivo do pai, por exemplo, para com o filho, traduz nítido dano moral. Eis a ementa:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. Dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

A Corte se pronunciou a respeito do assunto, após recurso de apelação interposto contra sentença do juiz singular que indeferiu o pedido inicial. O Tribunal mineiro condenou o pai, naquela ocasião, a pagar indenização de 200 salários mínimos ao filho por tê-lo abandonado afetivamente.

Inconformado com a decisão, o pai manejou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça que em 29 de novembro de 2005, cassou o acórdão da Corte mineira, pelas razões abaixo ementadas, *verbis*:

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).

Decerto, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça foi infeliz em reformar o julgado *ad quo* quando poderia ter fortalecido a base jurisprudencial sobre o assunto, prevenindo a sociedade que apreciar o desrespeito às obrigações familiares não é estranho ao papel institucional do juiz, pois esse mister decorre da própria lei.

Atualmente o caso seguiu para análise do Supremo Tribunal Federal, a fim de que o tema seja apreciado sob o pálio constitucional. Entre outros argumentos, alega-se que o Superior Tribunal de Justiça negou vigência ao art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, que contempla o direito a indenização. Porém, provavelmente o recurso deixe de ser conhecido, devido ausência de repercussão geral por tratar-se de matéria indenizatória, assim já reconhecido pelo STF.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, extrai-se que a recusa dos pais em prestar assistência moral, afetiva e psíquica aos filhos, configura o abuso de direito que, por sua vez, constitui ato ilícito sujeito à indenização, por violação aos direitos próprios da personalidade humana.

Essa indenização, acima de qualquer coisa, visa não só punir o pai, pelo abandono praticado, como coibir, ainda, outros pais a manifestarem condutas semelhantes.

Fato é que, a simples destituição do pátrio poder não pode ser tratada como punição se considerarmos que o pai, além de deixar de prestar assistência emocional/afetivo ao seu filho, deixará, ainda, de suprir com suas necessidades materiais.

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que *o afeto não se confunde necessariamente com o amor*. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares.

A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº. 700³⁹, de 2007 que propõe a modificação da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. A justificação desse projeto expõe que:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes - além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer - o direito à dignidade e ao respeito.

³⁹ BRASIL. Senado. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis consequências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, "se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei". E mais: "O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: "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." (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do predito art. 227 da Constituição?

"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 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."

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil

"Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

[...]

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

[...]

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

[...]

II - tê-los em sua companhia e guarda;

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

[...]

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de

segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. [...]

PRINCÍPIO 7º

[...]

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

[...]

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação."

Por tudo isso, embora o poder judiciário não possa, de fato, obrigar um pai a amar um filho, até porque o amor é um sentimento gratuito e livre de qualquer imposição, verifica-se que ele possui meios de responsabilizar os pais pelo descumprimento de deveres jurídicos decorrentes do poder familiar. Desta feita, deve-se destacar a função pedagógica e preventiva da indenização nos casos de abandono afetivo, na medida em que auxiliará o pai a entender a importância do convívio familiar com a sua prole, bem como arrefecerá a prática de condutas omissivas, responsáveis por causar prejuízos irreversíveis no desenvolvimento da personalidade dos filhos.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 de maio de 2015. 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:

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;
2. *Idem*, *ibidem*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 de maio de 2015. 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)

§ 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.
3. _____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2015. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

4. *Idem*, *ibidem*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 de maio de 2015. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.
5. _____. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em: 28 de maio de 2015. 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.
6. *Idem*, *ibidem*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em: 28 de maio de 2015. Art. 25. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquele que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (ECA).
7. *Idem*, *ibidem*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em: 28 de maio de 2015. Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.
8. _____. **Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 de maio de 2015. Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

9. *Idem, ibidem*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2015. Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984).

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984).

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984).

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.

Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública.

10. BITTAR, Carlos Alberto *apud* BAPTISTA, Silvio Neves. **Eça de Queiroz: um caso do abandono materno e de filiação socioafetiva. As consequências do desamparo dos filhos no Direito atual**. 1 ed., Recife: Bagaço, 2012.
11. BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006, p.194.

12. BRASIL. Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em 28 de maio de 2015.
13. CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existência ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.36, jun/jul. 2006, p.79).
14. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 72/73.
15. *Idem, ibidem*. 9 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.
16. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 417.
17. *Idem, ibidem*. 7ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.
18. *Idem, ibidem*. 4ª. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: **Livraria do Advogado**, 2007, p. 378.
19. DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5, p. 515.
20. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p.327.
21. FERREIRA, Alcionir. *apud* SALES, Anderson. **Abandono Socioafetivo**. Disponível em: <<http://cajunews.com.br/abandono-socioafetivo-a-im-possibilidade-de-mensurar-o-amor-dos-pais/>> Acesso em 28 de maio de 2015.
22. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.
23. _____. Direito Civil Brasileiro, v. 6. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p, 107.
24. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *apud* MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666/analise->

- doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/1>. Acesso em 27 de maio de 2015.
25. _____. *apud* FERREIRA, Alcionir Urcino Aires. O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono afetivo paterno-filial. In: **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n.272, p. 59-63, maio/2008.
26. _____. A outra face do poder Judiciário.
27. Íntegra da sentença disponível em: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago/set 2005, p. 148-150.
28. Íntegra da sentença disponível em: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago/set 2005, p. 151-160.
29. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da sumula número 301 do STJ**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj/1>>. Acesso em 20 de maio de 2015
30. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2015.
31. SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira do Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.35, abr/mai 2006, p.75.
32. SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 64.
33. STOCO, Rui. **Tratado da Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 946.
34. *Idem, ibidem*. 7 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007, p. 1.236-1.237: “O dano material, não sendo possível o retorno ao statu quo ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionalizado, mais ou menos aleatório”.

35. TARTUCE, Flávio 2009, p. 107, *apud* BACK, Caroline Bourdot. **O preço do abandono afetivo.** Disponível em: <<http://carolinebback.jusbrasil.com.br/artigos/160493935/o-preco-do-abandono-afetivo>>. Acesso em 27 de maio de 2015.
36. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil.** 12 ed.; São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.
37. *Idem, ibidem.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.