



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

FLÁVIA GABRIELLE DE AQUINO SOUZA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ABANDONO AFETIVO
À LUZ DO RECURSO ESPECIAL 1.159.242/2012-SP

ARACAJU
2019

FLÁVIA GABRIELLE DE AQUINO SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ABANDONO AFETIVO
À LUZ DO RECURSO ESPECIAL 1.159.242/2012-SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fanese como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Anderson da Costa Nascimento

**ARACAJU
2019**

S719r	<p>SOUZA, Flávia Gabrielle de Aquino</p> <p>A Responsabilidade Civil do Abandono Afetivo à luz do Recurso Especial 1.159.242/SP-2012 / Flávia Gabrielle de Aquino Souza; Aracaju, 2019. 53p.</p> <p>Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.</p> <p>Orientador(a): Prof. Me. Anderson da Costa Nascimento.</p> <p>1. Abandono Afetivo 2. Responsabilização 3. Indenização 4. .. 347.51 (813.7)</p>
-------	--

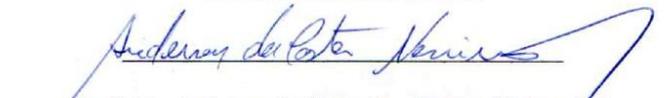
Flávia Gabrielle de Aquino Souza

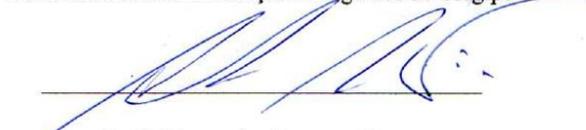
A Responsabilidade Civil do Abandono Afetivo
à luz do Recurso Especial 1.159.242/SP-2012

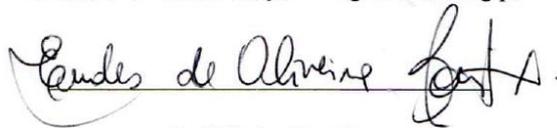
Monografia apresentada à Faculdade
de Administração e Negócios de
Sergipe como exigência parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em 03/12/2019

BANCA EXAMINADORA


Prof. Me. Anderson da Costa Nascimento (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe


Prof. Alessandro Buarque Couto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe


Prof. Eudes Bomfim
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

No mundinho habitado pelas crianças, seja quem for a pessoa que as cria, não há nada que seja percebido com mais clareza, nem sentido com mais profundidade que uma injustiça.

- Charles Dickens

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar a vida, por me fazer forte nos momentos em que eu mais preciso. Agradeço a fé que me ensina a ter e a confiar, independentemente de qualquer circunstância, que tudo vai dar certo. Definitivamente sem Deus eu não seria nada.

Agradeço e dedico a minha saudosa mãe, que por causa da sua educação e amor, me fez ser a mulher que sou hoje. Sem os seus ensinamentos eu não teria a visão da vida que tenho. Obrigada por ter me ensinando o caminho da retidão e tantas outras coisas. Hoje, com maturidade, percebo o quanto isso foi importante para a construção do meu caráter. Os valores e princípios que me ensinou jamais poderei esquecer.

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma me apoiaram, acreditaram, me deram força e me incentivaram. Muito obrigada.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo manifestar-se sobre a importância do reconhecimento do abandono afetivo parental trazido pelo Recurso Especial 1.159.242/2012 de São Paulo. Recurso esse, que dotado de asseguramento jurídico, trouxe à tona a possibilidade do direito à indenização proveniente do abandono afetivo paterno, reconhecendo o cuidado como valor jurídico. O abandono afetivo aos filhos pode acarretar consequências danosas ao desenvolvimento da personalidade da criança, caracterizando-se como ofensa à sua dignidade. Deste modo, traduz-se em descumprimento de lei, violação dos direitos inatos do ser humano, bem como das obrigações inerentes aos pais, na qualidade de provedores e protetores dos filhos. Neste entendimento, o recurso em comento viabilizou a possibilidade de responsabilização e o consequente dever de indenizar. O Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento que: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese *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.” Seguindo esta compreensão, este trabalho exporá à luz da legislação, doutrina e jurisprudência, que o abandono afetivo não se trata de uma conduta isolada, pois, alcança a amplitude do direito, abarcando o instituto dos princípios constitucionais, da responsabilidade civil, da proteção à criança e ao adolescente e o direito de família. Isto posto, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar que a responsabilidade civil se reconhece também nas relações de família. O objetivo específico é tornar evidente o reconhecimento do abandono afetivo como dano moral. Será apresentado de forma objetiva e com método qualitativo, os aspectos doutrinários, principiológicos e legais que constituem a tríade obrigação-dano-responsabilidade nas relações familiares, bem como o julgado do Recurso Especial 1.159.242/2012 de São Paulo, que se tornou um norte jurisprudencial para a discussão do tema.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Responsabilização. Indenização.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the importance of the recognition of the emotional neglect that is cited in the special appeal 1.159.242 of 2012 in the state of São Paulo. This appeal, equipped with legal assurance, allowed the right to an indemnity due the emotional neglect, taking into consideration the childcare as a legal value. Emotionally abandoning might prejudice the development of a child's personality, which can be faced as an offense to their dignity. Moreover, the non-compliance of the obligations required to the parents as providers and protectors of their children is considered illegal, which can lead to the accountability and, therefore, the duty to an indemnity. The Superior Court of Justice (STF) decided, in the judgment of this special appeal, that: "This discussion is not about love, but the biological and legal aspect of supporting a child, that is a legal duty, resulting of the individual freedom of having children or adopting them. [...] In short, loving is a possibility, while supporting and taking care is an obligation. The proof that this legal duty was not accomplished can be faced as a civil illegality, under the form of omission, because in the hypothesis, the *non facere* reaches a human being legally protected, that is, the necessity of raising, educating and keeping company - in the sense of taking care - is something required by the law." Following this statement, this paper will expose, based on the legislation, doctrine and jurisprudence, that the emotional neglect is not about an isolated conduct, once it reaches the magnitude of the law, including the constitutional principles, the civil responsibility, the protection of the child and adolescent, and the family rights. Thus, the general aim of this dissertation is to demonstrate that the civil responsibility is also found in the familiar relationships. The specific aim, in this context, is to make it clear the recognition of the emotional neglect as a moral damage. Finally, it will be presented, in an objective way and through a qualitative method, the doctrinal, principiological and legal aspects that constitutes the triad obligation-damage-responsibility also in the familiar relationships.

Keywords: Emotional neglect. Accountability. Indemnity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil	13
2.2 Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva	14
2.3 Da Caracterização do Dano.....	15
2.4 Espécies de Dano.....	17
2.5 Dano Material	17
2.6 Dano Moral	19
3 CONTEXTO DOUTRINÁRIO, LEGAL E PRINCIPIOLÓGICO DO DIREITO DE FAMÍLIA	23
4 DIREITOS INERENTES À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	30
5 ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.159.242/2012-SP	34
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	52
ANEXO.....	54

1 - INTRODUÇÃO

A propositura deste trabalho é trazer à tona o dano causado pelo abandono afetivo parental. Tal ato da conduta humana acaba por violar princípios como o da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar e o princípio da plena proteção das crianças e adolescentes. Vale evidenciar o assecuramento jurídico que o Recurso Especial 1.159.242/2012 de São Paulo concede em referência ao abandono afetivo dos pais aos seus filhos menores. Importante se faz a apreciação de tal recurso porque traz em seu bojo o reconhecimento do abandono afetivo como dano moral aos filhos e causa possível de reparação civil.

O instituto da responsabilidade civil cada vez mais tem adentrado o direito de família e suas relações, essas, muitas vezes acabam sendo submetidas ao crivo de decisões judiciais, haja vista que o número de filhos abandonados afetiva e materialmente tem crescido de forma considerável e o judiciário tem percebido. Pais que deveriam cuidar, amparar, proteger, orientar e amar, muitas vezes são os primeiros a negligenciarem com tal preceito e acabam por formar filhos inseguros, rejeitados e frustrados emocionalmente; constituindo danos à personalidade da criança.

O Direito avança conforme a sociedade. Da mesma forma, as relações familiares avançam e ganham uma maior atenção, digamos que um olhar mais afetivo. Hoje em dia, muito comumente, pode ser visto filhos buscando o seu amparo frente a justiça, decorrente de relações familiares quebradas, isso porque, o abandono afetivo parental tem interferido na vida da prole a tal ponto, que tem sido entendido pela maioria dos magistrados como conduta ilícita e danosa dos genitores.

Importante se faz a apreciação do tema juntamente com o provimento do recurso; o abandono afetivo traz consigo malefícios, em muitos casos, permanentes, aos filhos abandonados, devendo ser tratado com a importância devida. Toda obrigação gera uma responsabilidade, e na família não é diferente; todos os entes possuem direitos e obrigações. A legislação positiva acerca da família como base da sociedade, e esta, deve ser preservada como tal.

Destarte, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar que a responsabilidade civil se reconhece também nas relações familiares, quando a família deixa de prestar assistência ao filho menor em todas as esferas, principalmente no que se refere ao afeto e cuidado, causando-lhes danos intrínsecos e violando princípios constitucionais.

Recai sobre o objetivo específico, tornar evidente o reconhecimento do abandono afetivo como dano moral; e destacar o Recurso Especial 1.159.242/2012-SP que trouxe asseguramento jurídico ao tema. A jurisprudência depois deste julgado tem tomado outra posição quanto ao abandono afetivo dos pais a seus filhos; por isso mesmo vale analisar a posição de cada ministro em seus votos, por conseguinte se ter uma dimensão de como os tribunais tem entendido o papel fundamental dos pais no que se refere ao dever de cuidar e a importância da família na construção dos pilares intrínsecos das crianças. Toda criança se tornará um adulto e precisará ser amada, educada, valorada e instruída para que possa crescer com dignidade e formar-se um cidadão seguro, consciente de si e do mundo.

Desta maneira, no segundo capítulo será exposto ponderações da legislação e doutrina no que se refere à aplicabilidade da responsabilidade civil; bem como considerações doutrinárias e legais referentes ao dano; sua caracterização e seu poder de ressarcimento. No terceiro capítulo será evidenciado o contexto doutrinário, legal e principiológico do direito de família. O capítulo quatro disporá sobre os direitos inerentes à criança e ao adolescente. O capítulo cinco conterá a análise do Recurso Especial 1.159.242/2012-SP, que ensejou o reconhecimento do abandono afetivo base deste trabalho.

2 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De forma que haja um melhor entendimento da responsabilização dos pais no que concerne a suas obrigações enquanto família, se faz necessário adentrar ao instituto da responsabilidade civil. Deste modo, vislumbrar-se-á a motivação que ensejou na responsabilização do genitor quanto ao abandono afetivo causado a sua filha. A respeito da responsabilidade civil, assim disserta Gonçalves (2012, p. 21):

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

A palavra “responsabilidade” possui sua origem no verbo latino *respondere*, conceituando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade. O respaldo desta obrigação, na esfera jurídica, está fundado no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, o pensamento de que a ninguém se deve causar dano. É certo que ninguém deve lesar a nenhum semelhante, como já preceituava o código de Justiniano (533 d.C.), que sintetizou a máxima - *honeste vivere* (viver honestamente), *neminem laedere* (não lesar outrem), *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) de Ulpiano, jurisconsulto romano, que proclamou esses três preceitos como princípios fundamentais do direito, sendo esse o limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada (GAGLIANO, 2017, p. 866-867).

Antigamente, para que alguém fosse responsabilizado por ter cometido um ato que tivesse acarretado dano a outrem, não se considerava o fator culpa, neste período não havia regras limitadoras, como também não se prevalecia o direito, pois havia o instituto da vingança privada; que se tratava de uma forma de proteger o lesado pelo mal sofrido. Neste segmento, surge então a lei de talião, sendo estabelecido o olho por olho, dente por dente. Com o decorrer da evolução, surgiu a composição voluntária, estabelecendo ao ofendido não mais a vingança, mas sim uma compensação econômica pelo dano sofrido (GONÇALVES, 2012, p. 26).

Decorrente do desenvolvimento, com o Código de Ur-Nammu e a Lei das XII Tábuas, a lei passou a proibir a vítima de fazer justiça com as próprias mãos, passando assim a compensação voluntária para obrigatória e tarifada, contudo, não existia uma distinção entre reparação e pena. Foi com o surgimento do direito romano, que houve a separação do que era delito público e delito privado. Assumindo assim o Estado a sua função de punir, surgindo daí as ações indenizatórias, passando a responsabilidade civil a andar ao lado da responsabilidade

penal (GONÇALVES, 2012, p. 26).

No entanto, é com a lei Aquiliana que se esboça um princípio geral regulador da reparação do dano. O direito francês aperfeiçoou as ideias do direito romano, abandonando o tabelamento da composição obrigatória e estabelecendo princípios que influenciaram o direito em outros países. (GONÇALVES, 2012, p. 26-27).

O código de Napoleão, do direito francês, instituiu a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal, a culpa *in abstract* e a culpa contratual, fazendo diferenciação com a culpa delitual (GONÇALVES, 2012, p. 27).

No direito brasileiro, o Código criminal de 1830 por meio de determinação da Constituição Imperial, tornou-se um código civil e criminal, no qual a reparação era condicionada a condenação criminal. Todavia, em momento posterior, as jurisdições civil e criminal passaram a ser independentes com o surgimento do código civil de 1916, onde adotou-se a teoria da responsabilidade subjetiva, na qual era necessária a comprovação da culpa, além do nexo entre a conduta e o dano (GONÇALVES, 2012, p. 28).

Neste momento, o instituto brasileiro da responsabilidade civil resumia-se ao artigo 159 do código civil de 1916¹ que preceituava: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Sistema não muito efetivo, pois o dispositivo tratava somente da responsabilidade subjetiva com a devida comprovação de culpa. Desta forma, pouco se estudava a respeito da responsabilidade civil, com alguns casos de responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 02).

A evolução da responsabilidade civil ocorreu paulatinamente, por meio de leis especiais que tratavam de casos específicos, a exemplo de dano ao meio ambiente. Tal evolução teve seu ápice por meio da Constituição Federal de 1988 que passou a tratar o dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X, como também passou a tratar da responsabilidade objetiva do Estado em seu artigo 37, § 6º. Indo além, a carta magna disciplina outros tipos de responsabilidade civil objetiva que outrora não eram tratados no Código Civil de 1916 (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 05).

Surge então, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, ampliando ainda mais a responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos e serviços, onde foi atribuído o risco da

¹ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

relação para o fornecedor. Sendo assim, deixou a responsabilidade civil de ser observada a partir da comprovação de culpa, passando a ser constatada a partir do nexo de causalidade entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 06).

No ano de 2002, o novo Código Civil trouxe alterações consideráveis à responsabilidade civil em relação ao antigo Código de 1916. Positivando em seu bojo toda a evolução do direito no tocante a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Sendo a modalidade subjetiva disciplinada pelos artigos 186 e 927 e a objetiva disciplinada pelos artigos 187, 927 e 931 (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 06).

Assim, com a evolução do direito, a responsabilidade civil, que faz partes dos seus ramos, também evoluiu, não somente por causa do avanço tecnológico e científico, mas também pela necessidade de tutelar essas novas relações humanas que descendem de uma sociedade que também tem avançado.

2.1 - Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil

A princípio, a responsabilidade civil fundamentava-se na culpa, de modo que não havia responsabilidade sem a prática de um ato voluntário e culposo do agente causador do dano. Todavia, com a evolução do direito, a responsabilidade civil passou a fundamentar-se no dano e não somente na culpa, embora trate-se mais de um dano sofrido injustamente do que um dano sofrido por um ato ilícito (GONÇALVES, 2012, p. 31).

A responsabilidade civil ocorre quando há ofensa ao interesse privado do indivíduo, isto é, quando por meio de uma ação ou omissão o agente viola um direito tutelado, causando um dano indenizável a outrem (art. 186, CC/2002). Neste caso, responde o causador do dano com o seu patrimônio, isso sob a intervenção do poder judiciário (GONÇALVES, 2012, p. 42).

A teoria clássica da responsabilidade civil tem como requisitos o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o fato culposo e o dano. Percebe-se, portanto, que a responsabilidade civil exprime ideia de restauração, de contraprestação, da reparação por um fato injusto sofrido. (GONÇALVES, 2012, p. 26). Para Cavalieri Filho (2014, p. 14), “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”. Neste sentido, preleciona Gagliano (2017, p. 867):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada - um dever jurídico sucessivo - de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou

punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

No mesmo sentido aduz Venosa (2012, p.01):

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização. O termo responsabilidade é usado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva abarcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

Compreende-se então que obrigação é o fato decorrente da vontade humana em se assumir algo, quando assumido, gera-se a responsabilização por tal ato. A responsabilidade será sempre decorrente de uma obrigação, e para que haja o enquadramento da responsabilidade civil, há que se analisar as suas espécies, quais sejam: responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e objetiva e responsabilidade direta e indireta. Neste trabalho o enfoque será sobre a responsabilidade subjetiva e objetiva, que norteiam a responsabilização dos genitores pelo abandono afetivo.

2.2 - Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil, enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade, é na sua essência, um conceito uno, indivisível. Entretanto, em função de algumas peculiaridades dogmáticas, é de suma importância estabelecer uma classificação sistemática, tomando por base o fator culpa e a natureza da norma jurídica violada (GAGLIANO, 2017, p. 875).

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de um ato doloso ou culposos. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com violação a um dever jurídico, normalmente de cuidado (como se verifica nas modalidades de negligência ou imprudência), conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Assim sendo, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa, caracterizando-se em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, cabendo ao autor, sempre, o ônus de provar a culpa do réu (GAGLIANO, 2017, p. 876).

Ainda segundo Gagliano (2017, p. 877), há hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que chamamos de

“responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano seria irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que assim surja o dever de indenizar. É preciso explicitar que se pode discutir culpa em sede de responsabilidade civil objetiva, contudo, somente ocorrerá se houver provocação do réu nesse sentido, suscitando, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima (o que quebraria o nexo causal) ou a culpa concorrente (que é elemento para a fixação da indenização).

Observe o que diz o autor (GAGLIANO, 2017, p. 877):

A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, pois, na responsabilidade civil subjetiva (seja de culpa provada ou culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade civil objetiva.

Seguindo a preleção de Gagliano (2017, p. 877), historicamente o sistema material civil brasileiro abraçou originalmente a teoria subjetivista, conforme se infere a uma simples leitura do artigo 186 do atual Código Civil de 2002, que fixa a regra geral da responsabilidade civil, porém, a teoria objetiva não foi abandonada, havendo também disposições esparsas que as contemplam. Exemplo disso é o artigo 927, parágrafo único do CC/2002 que positiva: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim entendido, está em vigor uma regra geral dual de responsabilidade civil, onde a responsabilidade subjetiva se torna regra geral inquestionável, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.

2.3 - Da Caracterização do Dano

Pelo exposto no conceito de responsabilidade, se há a possibilidade de reparação civil é porque houve um dano constituído. A doutrina e o Direito instituem o dano ou prejuízo como um dos pressupostos imprescindíveis para caracterização da responsabilidade civil. Assim sendo, perceba o que diz Cavalieri Filho (2000, p. 70):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria 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. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido

culposa ou até dolosa.

Nestes termos, pode-se conceituar que o dano ou prejuízo é a lesão a um interesse jurídico, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito. A configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), como aqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral (GAGLIANO, 2017, p. 896). Seguindo esse entendimento, Gagliano (2017, p. 907) preleciona no que concerne ao dano moral:

O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, seus direitos de personalidade, violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Note o que o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin (2001, p. 51), preleciona no que se refere ao dano à pessoa:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.

Toda a forma de dano, mesmo que seja um ilícito civil e sendo dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio moral ou material do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal (GAGLIANO, 2017, p. 896-897).

Conforme exposto, o dano é preceito fundamental para que haja a responsabilização civil. Assim sendo, há requisitos para que o dano se torne indenizável. Segundo Gagliano (2017, 897-898), a reparação do dano é produto da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, sendo em regra, o dano ressarcível, pois, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status a quo ante*, sempre será possível a fixação da importância pecuniária, a título de compensação.

Portanto, nessa situação, é necessária a conjunção dos requisitos mínimos: violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a certeza do dano e a subsistência do dano. Todos os outros suscitados pela respeitável doutrina, como legitimidade do postulante, o nexo de causalidade e a ausência de causas excludentes de responsabilidade, figuram os aspectos extrínsecos ou secundários à consideração do dano em si

(GAGLIANO, 2017, p. 898-899). Como exposto, se figura a responsabilidade civil, figura o dano; este, por sua vez, acarreta a reparação civil.

2.4 - Espécies de Dano

A legislação e doutrina dispõem sobre as espécies de dano, elemento preponderante para a caracterização da responsabilidade civil. O dano consiste na lesão moral ou patrimonial, direta ou indireta. O dano material também positivado de dano patrimonial é aquele que atinge somente o patrimônio da vítima. O dano moral, também elencado de extrapatrimonial, é aquele que ofende a pessoa interna da vítima, ou seja, sua honra objetiva ou subjetiva, não havendo aqui ofensa ao seu patrimônio material, propriamente dito. (GONÇALVES 2012, p. 336).

O elemento de diferenciação do dano material para o dano moral, além do bem juridicamente tutelado, é a forma como eles são reparados. Isso ocorre porque, no caso de dano material, no qual o bem ofendido é o patrimônio da vítima, a reparação se dará por meio da compensação natural, pois os bens materiais, quando não infungíveis, são aferidos economicamente e repostos (GAGLIANO 2012, p. 102).

Entretanto, no dano moral, o “patrimônio” lesado é a personalidade da vítima, a reparação do dano não pode reaver o dano causado, pois, a honra e a intimidade uma vez violadas não poderão retornar ao estado original. Quando a indenização assume cunho compensatório, tem por objetivo amenizar as consequências do mal sofrido pela vítima. (GAGLIANO 2012, p. 102). O dano direto é aquele sofrido diretamente pela vítima, o dano indireto também chamado de reflexo ou dano ricochete é aquele em que um terceiro sofre de forma reflexa os danos sofridos por outrem. (GONÇALVES 2012, p. 336). A doutrina estabelece os tipos de danos para que haja o justo enquadramento quando ocorrido. O intuito é a reparação de uma ação/omissão sofrida injustamente.

2.5 - Dano Material

De acordo com o exposto, em linhas gerais, o dano material também chamado de dano patrimonial é aquele que afeta diretamente o patrimônio da vítima, esta, sendo a legítima a pleitear o seu direito de indenização por consequência do dano sofrido. Contudo, vale frisar que esse direito é transmissível aos seus herdeiros, conforme positiva o artigo 943 do Código Civil: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Assim sendo, caso venha falecer a vítima lesada (que seria a parte autora da ação), caberá ao

cônjuge sobrevivente e aos seus filhos, o direito de pleitear a indenização pelo respectivo dano. Todavia, cabe salientar que se o genitor já possuía o direito de pleitear a indenização ou já tinha essa indenização reconhecida judicialmente e veio a falecer antes do exercício desse direito, tal direito será transmitido aos seus herdeiros. Por outro lado, se em decorrência do dano a vítima veio a óbito, surge para seus herdeiros o direito de ação na condição de vítima, e não na condição de herdeiros. (GONÇALVES 2012, p. 337).

Ainda sob o entendimento de Gonçalves (2012, p.339), o ressarcimento do dano material se dá conforme os requisitos estabelecidos do artigo 402 de Código Civil de 2002 que trata das perdas e danos, pelo qual: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Abrangendo os danos emergentes e o lucro cessante.

Acerca do dano emergente e lucro cessante, Gagliano (2012, p. 92) preleciona que no que tange especificamente ao dano patrimonial ou material, convém o analisarmos sob dois aspectos: a) o dano emergente — correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”; b) os lucros cessantes — correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou”.

Neste entendimento, quando não for possível aferir de pronto o valor dos prejuízos materiais, o *quantum* indenizatório do dano material será apurado na fase de liquidação. Já no caso do dano emergente, consegue-se sua apuração mais facilmente, haja vista que é possível determinar o quanto foi reduzido do patrimônio da vítima. Entretanto, no caso de lucros cessantes atuais ou potenciais se levará em consideração o bom senso do julgador ao analisar o caso concreto, buscando ao máximo aproximar-se do valor que o ofendido efetivamente deixou de ganhar. (GONÇALVES 2012, p. 339).

Poderá ainda ocorrer a correção monetária, levando-se em conta as possíveis mudanças ocorridas na situação de fato, no decorrer do tempo, tomando-se por base em seu arbitramento o dia do fato danoso até o momento do pagamento da indenização. Conforme positivam os artigos 389, 395 e 398 do Código Civil de 2002, respectivamente: Art. 389 – “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

No que se referem aos juros, podem ser simples ou compostos. O simples é calculado

tendo como base o valor do capital inicial, porquanto os juros compostos são acumulados ano a ano; incide juros sobre juros. Positivado nos artigos 405 e 406 do Código Civil de 2002. “Artigo 405 - Contam-se os juros de mora desde a citação inicial. Art. 406 - Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

Deste modo, em concordância com a doutrina e a legislação, em caso de inadimplemento contratual os juros de mora serão contados a partir da citação inicial por se tratar de responsabilidade contratual. Nos casos em que os juros não forem convencionados, ou forem sem taxa estipulada, ou ainda quando emanar de determinação de uma lei, tais juros serão arbitrados com base na taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Vale destacar a súmula 54² do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispõe: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Sendo assim, o dano material ou patrimonial atinge os bens da pessoa lesada, sejam eles móveis ou imóveis; devendo ser compensados, através da responsabilidade civil, quando deteriorados.

2.6 - Dano Moral

Segundo Gagliano (2017, p. 906), um dos aspectos positivos da atual codificação civil brasileira é justamente o reconhecimento formal e expresso da reparabilidade dos danos morais conforme preceitua o multicitado artigo 186 do Código Civil de 2002 que positiva: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito (grifo nosso).

Ainda seguindo o entendimento de GAGLIANO (2017, p. 906), direito e moral não se confundem, pois, em todo o texto infraconstitucional do Código Civil de 2002 existe uma evidente preocupação com a eticidade nas relações jurídicas, verificado não somente no acolhimento formal da previsão legal de reparação por danos morais, mas também em outros dispositivos legais, como o artigo 883 que prevê:

Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único: No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 54.

Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%2754%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%2754%27).sub).

O dano moral é aquele que afeta a pessoa da vítima, não subsistindo aqui, nenhum dano ao seu patrimônio. Aqui a ofensa se dá em relação aos direitos da personalidade do indivíduo, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, dentre outros que provocam na vítima dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação; esses não são os elementos que configuram o dano moral, porém, são as consequências advindas do dano. (GONÇALVES 2012, p. 353).

Nessa mesma linha de explanação, Venosa (2012, p. 313) aduz que o dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade, que traduz nos modernos direitos da personalidade [...]. Gagliano (2012, p. 111) preleciona que o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, que são bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Sendo assim, conforme a doutrina, entende-se que o dano moral atinge a personalidade da vítima, ou seja, sua esfera íntima. É certo que o direito não repara qualquer dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, senão aqueles decorrentes de uma grave ofensa aos direitos personalíssimos do indivíduo, direitos esses que já mencionados, são juridicamente tutelados, ao passo que são direitos inerentes à personalidade. (GONÇALVES 2012, p. 353).

Ocorre que, nem todo tipo de ofensa a bens jurídicos extrapatrimoniais gera dano moral, pois, para que se configure o dano moral a lesão deve recair sobre os direitos íntimos, tratados na Constituição Federal de 1988 nos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos V e X que positivam:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: inciso III - a dignidade da pessoa humana; 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: inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; inciso 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;** (grifo nosso)

Ainda segundo Gonçalves (2012, p. 354), é necessário que a lesão moral seja grave, capaz de causar no ofendido sofrimento e dor, de forma que sua ocorrência fuja à normalidade ou interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Não sendo cabível meros aborrecimentos ou irritações.

Os legitimados a pleitearem a responsabilização civil por dano moral são o ofendido, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheiro, e os membros da família mais próximos a ele. Cabe salientar que os incapazes como titulares de direitos personalíssimos também podem sofrer danos morais. Porém, dado a sua incapacidade para os atos da vida civil, estes deverão ser representados por seus responsáveis legais na respectiva ação indenizatória. (GONÇALVES 2012, p. 361).

Também pode ser vítima de danos morais a pessoa jurídica, conforme preceitua o enunciado da súmula 227 do STJ³, sendo também legitimada para pleitear a indenização em juízo. A pessoa jurídica que sofre um dano moral que está ligado a características aptas a valorização ou desvalorização extrapatrimonial, como por exemplo, a boa reputação da empresa, o seu bom nome no mercado, terá “sofrido” um dano objetivo. (GONÇALVES 2012, p. 361).

Seguindo o entendimento do autor (GONÇALVES, 2012, p. 363), por se tratar de um dano que decorre do próprio fato e que não depende de prova do prejuízo ou algum abalo psicológico por parte da vítima, possuindo presunção absoluta *in re ipsa*. Todavia, existe exceção a essa regra em casos especiais previstos em lei, doutrina ou jurisprudência, a exemplo do inadimplemento contratual, no qual deve se comprovar o transtorno emocional causado ao lesado por força do inadimplemento. (GONÇALVES 2012, p. 363).

O dano puramente moral encontra muita oposição no sentido de que seria imoral atribuir valor a dor da vítima, ou ainda que seria impossível mensurar sua dor. Contudo, tais oposições não encontram amparo na doutrina e na jurisprudência majoritárias, pois o entendimento atual é que a indenização por dano moral possui caráter compensatório, ainda que pequena seja essa compensação por toda dor sofrida pela vítima. (GONÇALVES 2012, p. 364).

A reparação efetuada em decorrência do dano moral conforme já se observou, possui caráter compensatório e punitivo. Compensatório para vítima, servindo como um amparo para lhe diminuir o sofrimento e coercitivo para o agente causador do dano, servindo como uma sanção, visando desestimular tal prática (GONÇALVES 2012, p. 368).

Desta forma, o critério para determinar o *quantum* indenizatório por dano moral é o arbitramento pelo juízo, que analisará as peculiaridades de cada caso concreto e sua repercussão econômica, a fim de que possa encontrar parâmetros para valorar a indenização de forma razoável e proporcional, de modo que não seja irrisória a ponto de tornar-se enriquecimento ilícito e nem tão ínfimo. Utiliza-se de critérios abertos, sem valoração fixada, conforme positiva o artigo 944 do Código Civil de 2002: “a indenização mede-se pela extensão do dano”

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 227. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf

(GONÇALVES 2012, p. 370).

Por tudo ora explanado, para o arbitramento do dano moral leva-se em conta o grau de culpa do agente, a gravidade do dano, a repercussão e extensão da ofensa, bem como o grau de sofrimento da vítima, considerando também a capacidade financeira das partes e o proveito que o ofensor obteve com o dano causado. Tudo isso a fim de haver a compensação justa (GONÇALVES 2012, p. 372).

Sendo assim, a questão da moralidade é de total relevância para o reconhecimento da validade de qualquer conduta. Há requisitos e pressupostos doutrinários e legais para a configuração da responsabilidade civil. O Código Civil, por sua vez, adota a responsabilidade subjetiva como regra, sendo esta definida nos artigos 186, 187. Artigo 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. Artigo 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A responsabilidade objetiva acaba ficando em segundo plano, agindo como exceção à regra. Conforme positiva o artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa, nos casos especificados em lei**, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002) (grifo nosso)

Neste entendimento, para configuração da responsabilidade subjetiva será preciso os elementos: dolo ou culpa, conduta humana, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo. E no que pese a responsabilidade objetiva, a presunção de culpa não mais é pressuposto necessário para tal configuração, pois, o Código Civil de 2002 acabou por suprimi-la.

3 - CONTEXTO DOUTRINÁRIO, LEGAL E PRINCIPIOLÓGICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Família é, sem sombra de dúvidas, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos. Muitos dos nossos atuais problemas têm raiz no passado, justamente em nossa formação familiar, o que condiciona, inclusive, as nossas futuras composições afetivas, afinal, somos e estamos umbilicalmente unidos à nossa família. Sendo assim, reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social (GAGLIANO, 2017, p. 1119).

A palavra família tem origem no latim *familia*, significando “grupo doméstico” ou o conjunto das propriedades de alguém, incluindo também os escravos e os servos, caso possuíssem. Família deriva de *famulus* ou *famuli* no plural, que significava “servo ou escravo doméstico”.⁴ No Código Civil de 1916⁵ o termo usado para família era pátrio poder, conceituado sob: “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. O titular do exercício do pátrio poder era o marido, de forma taxativa; e esse poder consistia na prática da função do poder familiar na sociedade conjugal, cabendo, portanto, ao homem exercer esse poder sobre os filhos menores. Apenas na sua ausência ou se houvesse algum impedimento para com a sua figura é que a mulher poderia ser a chefe da sociedade conjugal.

De acordo com Pereira (2018, p. 39), família caracteriza-se como o conjunto de pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral, e que durante séculos foi um organismo extenso e hierarquizado, e sob a influência da lei da evolução, se retraiu para definir aos pais e filhos. A família atual é plural, diversificada, igualitária, das mais variadas formas e é democrática.

A família, base da sociedade, conforme positiva o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, tem total proteção do Estado, por isso mesmo, se justifica a necessidade imperiosa de os governos, em suas três esferas, cuidarem prioritariamente a fim de estabelecer, como metas inafastáveis, sérias políticas públicas de apoio aos membros da família, **especialmente a criança, o adolescente e o idoso** (GAGLIANO, 2017, p. 1120-1121) (grifo nosso). A Constituição Federal estendeu sua visão sob as mais variadas formas de constituição de família, no artigo 226 positiva:

Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §

⁴ Disponível em: <https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-familia/>

⁵ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.** § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Importante salientar o avanço que se operou, porque até então a ordem jurídica brasileira apenas reconhecia como forma “legítima” de família, aquela decorrente do casamento, de maneira que qualquer outro arranjo familiar era considerado marginal, a exemplo do concubinato. Nessa mesma linha, acompanhando a mudança de valores, o conceito de família não tem matiz único, se tem a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou formações familiares socialmente construídos (GAGLIANO, 2017, p. 1122).

É certo que as famílias passaram e passam por grandes mudanças, desde o modo como se constitui, bem como pela sua terminologia. Por conta disso, observe o que intenta o Projeto de Lei nº 2.285 de 2007 apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que foi originalmente produzido no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM⁶

A denominação utilizada, ‘Estatuto das Famílias’, contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares. No passado, apenas a família constituída pelo casamento -portanto única- era objeto do direito de família.

Gagliano (2017, p. 1123) conceitua família sob o seguinte aspecto: “Núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa linha, o autor sistematiza o conceito da seguinte maneira:

Núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas

⁶ Disponível em www.ibdfam.org.br

peessoas;

Vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos;

Vocação para a realização pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social. (GAGLIANO, 2017, p. 1123)

Ainda seguindo esse entendimento, Gagliano (2017, p.1124-1139) disserta que é necessário compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas um meio para a busca da felicidade, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam – e infelizmente existem- formações familiares sem amor e afeto. Não se pode renunciar, dentro de todo o contexto, o intrínseco elemento consistente na formação de um núcleo existencial que tenha por finalidade proporcionar uma formação emocional e afetiva que permita a realização da família como comunidade e dos seus membros como indivíduos. Não sendo possível sem uma visão ampla do instituto. Os efeitos jurídicos acontecem, pois, a família possui obrigações e responsabilidades decorrentes de seus atos. O autor ainda discorre sobre os princípios peculiares do Direito de Família. Atente:

Princípio da afetividade: Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade. O fato é que o amor – a afetividade – tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. Ficando mais forte ao Direito de Família do que a qualquer outro ramo do Direito. A comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.

Princípio da solidariedade familiar: Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar. Culminando, portanto, em amparo, assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao maior da dignidade da pessoa humana.

Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes: Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente. A inobservância de tais mandamentos, sem prejuízo de eventual responsabilização criminal e civil, pode, inclusive, resultar, no caso dos pais, na destituição do poder familiar.

Princípio da convivência familiar: Pais e filhos, por princípio, devem permanecer juntos. O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socio afetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento do dever

legal.

Princípio da função social da família: Numa perspectiva constitucional, a funcionalização da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um. [...] Há a necessidade de respeito aos cônjuges e companheiros, a importância da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito à diferença[...].

Princípio da proteção ao idoso⁷: A devida referência a todos aqueles que sobreviveram às batalhas da vida, e, agora, encontram menos vigor em seus corpos físicos é um imperativo de justiça de uma decorrência necessária do princípio geral da proteção à dignidade da pessoa humana, bem com, em especial, do princípio da solidariedade social.

Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família: Ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família ao ponto de aniquilar a sua base socioafetiva, traduz-se no modelo de apoio e assistência, e não de interferência agressiva.⁸ (GAGLIANO, 2017, p.1124-1139) (grifo nosso)

O ambiente familiar é considerado um espaço indispensável para a garantia da sobrevivência, desenvolvimento e proteção integral dos filhos e demais membros. A família se faz importante na formação do indivíduo, é a primeira forma de sociedade que experimentamos e que levaremos essa experiência por toda vida. É no convívio familiar que aprendemos, um com o outro, a respeitar, partilhar, ter compromisso, disciplina, a administrar conflitos, a amar etc. É função da família instruir as crianças e adolescentes. Note o que positiva o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Todo o moderno direito de família gira em torno do princípio da afetividade. Com isso, não se intenta definir o amor, pois seria impossível a qualquer estudioso, filósofo ou cientista. Entretanto, não se pode concluir que não se possa racionalmente delineá-lo. O fato é que o amor se traduz em afeto, e a afetividade nas relações possui muitos aspectos, e nessa alta complexidade pode-se dizer que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida (GAGLIANO, 2017, p. 1124).

⁷ BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

⁸ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

Neste entendimento, fica fácil concluir que a presença da afetividade é especialmente mais forte, mais do que em qualquer outro ramo do direito nas relações de família e é certo que o conceito de direito de família encontra a sua raiz no afeto. A formação de uma família existe pelo liame socioafetivo de seus membros, vinculando-os, sem esquecer, é claro, de suas individualidades (GAGLIANO, 2017, p. 1124).

Como consequência da aplicação desse princípio, uma inafastável conclusão é justamente no sentido de o direito constitucional de família brasileiro, para além da tríade de casamento - união estável - núcleo monoparental, reconhecer também outras formas de formação familiar, a exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo ou ainda da união poliafetiva (GAGLIANO, 2017, p. 1124).

Conforme preleciona Gagliano (2017, p. 1125), nessa ordem cronológica, surgem efeitos na vereda da afetividade, inovando e trazendo consigo o reconhecimento da relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, podendo, inclusive, gerar obrigação alimentar (conforme entendimento do Enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil).⁹

De acordo com Lôbo (2011, p. 70), o princípio da afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. O princípio da afetividade foi impulsionado pelos valores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 que ocasionou a evolução nas relações familiares, refletindo na doutrina e na jurisprudência.

Dias (2015, p.52) preleciona que apesar da palavra “afeto” não estar prevista expressamente no texto Constitucional, o Estado, quando garante aos cidadãos direitos individuais e coletivos como modo de garantir a dignidade de seus administrados está proporcionando afeto aos mesmos, sendo, deste modo, o Estado obrigado a garantir afeto a seus cidadãos em primeiro lugar. Assim, nesta concepção, o afeto é consagrado como um direito fundamental, implícito do texto constitucional assim como ocorrem com outros importantes princípios. Nesta nova concepção constitucional, o princípio jurídico da afetividade garante a igualdade entre os filhos independentemente da origem, o respeito a sua dignidade e o direito a convivência familiar prioritariamente aos filhos menores.

Segundo Gagliano (2017, p. 1125-1126), baseando-se na afetividade, não se pode deixar de mencionar as normas protetivas da criança e do adolescente, que, em inúmeras

⁹ Enunciado 341: “Para os fins do artigo 1.696 do Código Civil de 2002, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>

passagens, toma-se por base o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais ou representantes, inclusive no que tange à inserção em família substituta, como se pode verificar da leitura da Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional. Atente o que diz a resolução da assembleia geral:

Reconhecendo que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, **em clima de felicidade, de amor e de compreensão**; Recordando que cada país deveria tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem; Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem; Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais **sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais**, assim como para prevenir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças; e Desejando estabelecer para esse fim disposições comuns que levem em consideração os princípios reconhecidos por instrumentos internacionais, em particular a Convenção das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução da Assembleia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986)¹⁰ [...]. (grifo nosso)

Ter de interpretar o direito de família nessa perspectiva de observância do princípio da afetividade, significa, em especial – mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simples racional – discursiva- , compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem seus membros. Nenhuma família é igual a outra, e todas merecem, igualmente, ser respeitadas (GAGLIANO, 2017, p. 1128).

Em se tratando de direito de família, o que se busca é a preservação dos direitos personalíssimos e consequentemente a dignidade da pessoa humana, direitos esses que sofreram grandes modificações nas últimas décadas, falando-se atualmente em um direito geral da personalidade, de maneira a assegurar um respeito mútuo em sociedade. Em decorrência disto, **no campo do direito de família passou-se a proteger os abusos nas relações paterno filial**, ou vice-versa, bem como entre cônjuges e companheiros, visando a defesa dos direitos personalíssimos e a dignidade da pessoa humana (VENOSA 2012, p. 298). (grifo nosso)

¹⁰ Convenção Relativa À Proteção Das Crianças E À Cooperação Em Matéria De Adoção Internacional. Adotada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na sua 17.ª sessão, a 29 de maio de 1993. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de maio de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvProjCrianCoopAdoInt.html>

No entendimento de Tartuce (2014, p.578), observa-se que a responsabilidade civil também recai sobre as relações familiares, seja ela entre cônjuges e companheiros, bem como nas relações entre pais e filhos. Em se tratando da relação entre pais e filhos, um dos temas mais discutidos atualmente são as teses do abandono afetivo, do abandono paterno filial ou a teoria do desamor, discutindo-se a possibilidade de indenização por dano moral no caso de falta de afeto e amor.

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico (DIAS *apud* LÔBO, 2016, p. 86). O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família (DIAS, 2016, p. 86).

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos - políticas públicas - que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. (DIAS *apud* LEAL, 2016, p. 84).

No que se refere a Afetividade: “é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. O princípio da afetividade foi impulsionado pelos valores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 que ocasionou a evolução nas relações familiares, refletindo na doutrina e na jurisprudência. (LOBÔ 2011, p. 70). Segundo Gagliano (2017, p. 1126), o afeto é fato incontestável e o direito de família submete-se à força do princípio da afetividade, delineando todos os institutos familiaristas.

Desta forma, é evidenciado que o princípio da afetividade é basilar para a formação de um núcleo familiar. Para que haja a constituição de uma família, no mínimo se considera a afetividade como mola propulsora para tal composição. Sem o afeto, sem o cuidado, sem a consideração entre os indivíduos partícipes, o declínio será o desenlace.

4 - DIREITOS INERENTES À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A história da criança desde a Idade Média foi registrada no início dos anos 60, no conhecido estudo de Philippe Ariès¹¹, anotando que: a “descoberta da infância começou no século XIII, e sua evolução pode ser acompanhada na história da arte e na iconografia dos séculos XV e XVI”. Segundo o autor, assim que a criança tinha condições de viver sem a solícitude de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes. (FONSECA 2012, p. 03). E foi assim por um longo tempo.

Os primeiros trabalhos a respeito da infância tinham cunho institucional, com o surgimento dos sistemas escolares. As manifestações legislativas no plano internacional em prol dos direitos das crianças e adolescentes surgiram com a Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, concluída em Genebra no ano de 1921, cujo protocolo de emenda no Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 37.176/55, bem como a declaração de Genebra, em 1924. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, tratou dos cuidados especiais às crianças e à maternidade, depois seguida da Declaração Universal dos Direitos da Criança ONU-UNICEF, em 20 de novembro de 1959. A convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica¹², em 22 de novembro de 1969 validou também os direitos da Criança, assegurando que devem ser protegidas por todos, percebeba: Artigo 19 - Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da família, sociedade e do Estado (MELLO, 2003 *apud* FONSECA, 2012, p. 04).

Em conformidade com o que preleciona Vianna (2004, p. 81-82), os direitos comuns a todas as crianças e adolescentes estão nos principais marcos legais em vigor; que são: A Constituição Federal de 1988, Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Estes direitos são elencados da seguinte forma: direito à vida, direito à honra e a dignidade pessoal, proteção à família e à criança, liberdade pessoal, integridade pessoal, proteção da maternidade e infância, direito à saúde, direito à moradia, direito à educação, ambiente saudável, liberdade de consciência, liberdade de pensamento e expressão, liberdade de locomoção, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade de correspondência e comunicações, liberdade de trabalho e direitos sociais, direito à seguridade social, direito dos

¹¹ Vide: História social da criança e da família. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

¹² Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

índios, proibição da escravidão, garantias judiciais, igualdade perante a lei, acesso ao judiciário, direito de resposta, liberdade de reunião, direito de petição, liberdade de associação, direitos políticos.

Seguindo o entendimento de Vianna (2004, p. 84), a Lei 8.069/90 que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, procurou ser bastante explícita e exaustivamente definidora e conceitual, quando, da enumeração dos direitos. Quis o legislador colocar o tema de maneira simples, mas, conclusiva, de modo, a não deixar dúvidas e nem suscitar o espírito curioso de procurar em algum lugar uma explicação para o direito enumerado.

Deste modo, os direitos positivados no Estatuto da Criança e do Adolescente são elencados de forma clara e objetiva para que se tenha a fácil percepção do direito. Os quais se destacam: direito à vida e à saúde (artigos 7º ao 14), direito à liberdade, respeito e dignidade (artigos 15 ao 18), direito à família (artigos 19 a 52), direito à educação (artigos 53 e 54), direito à cultura (artigos 53 e 54), direito ao esporte e lazer (artigos 53 e 54).

A legislação brasileira, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente elenca um rol de artigos que visa garantir e delimitar os direitos próprios das crianças e adolescentes, que precisam de proteção e cuidado, não só da família, mas, também do Estado, com políticas públicas. Note:

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

Artigo 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A família tem papel fundamental na consolidação da estruturação familiar, os membros devem relacionar-se da melhor forma possível e devem estar atentos as obrigações inerentes a eles na condição de família, sobretudo, ao dever de proteger e zelar pelas crianças. Perceba o que positiva o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere ao cuidado, a obrigação familiar e a priorização da criança. Atente:

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

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹³ também trata dos direitos intrínsecos, da personalidade. Note:

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

Artigo 17 - O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

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

Artigo 19 - É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634 positiva: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação”. Assim sendo, qualquer que seja a condição em que se encontrem os pais, ainda assim deverão cuidar de seus filhos. Quer seja de forma mais próxima ou não. O que deve prevalecer é o dever de cuidado.

Desta forma, percebe-se que a importância do cuidado e proteção as crianças não é algo que passe despercebido. Os preceitos legais servem de orientação, de norteamento para os genitores com o intuito de constituir família. Cabe enfatizar o que a psicóloga Raquel Baldo Vidigal¹⁴ que atua há 12 anos com atendimento clínico de crianças, adultos, famílias e casais descreve:

Os pais são a primeira experiência que temos de relacionamento com mundo e através desta, muita coisa será ditada em nossas escolhas amorosas, profissionais, sociais, de vida. O olhar e a função dos pais é muito mais que garantir segurança e educação. **Pais bons são pais suficientes, aqueles que olham para seus filhos, erram e arrumam juntos, sentem e permitem que seus filhos se expressem como seres em formação.** Conduzem sim as regras, mas de forma orientadora e ensinam a seus filhos que eles existem, pois são

¹³ Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm

¹⁴ Raquel Baldo Vidigal. A cegueira afetiva dos pais gera filhos abandonados. Por psicologias do Brasil. Publicado em 23 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.psicologiasdobrasil.com.br/cegueira-afetiva-dos-pais-gera-filhos-bandonados/>

sentidos e percebidos em suas características particulares, não para atender as necessidades de seus pais e é isso que os ajudará um dia na vida a trilhar algum caminho. O sucesso será tornarem-se pessoas vivas dentro delas, com coragem para saber o que querem e gostam, para escolher e para se esforçar. **Filhos de pais técnicos e apenas provedores costumam ser vazios, perdidos, tristes, técnicos, seguem regras, não sentem suas escolhas e vida**, apenas cumprem o calendário da vida. São crianças (mesmo quando adultas) **abandonadas dentro da própria família**, sem espaço, lugar ou referência para sentir a vida e numa espera angustiante por um dia em que será encontrado por algum olhar que o reconheça como ele mesmo. (VIDIGAL, 2017) (grifo nosso).

De acordo com o que fora explanado, compreende-se que as crianças são detentoras de direitos inatos. Possuem direito a uma convivência harmoniosa no seio de sua família, direito ao respeito, direito à vida, à liberdade. Abandonar os filhos afetivamente pode constituir danos à personalidade desse ser que está em formação. Os filhos devem ser protegidos contra toda e qualquer forma de negligência dos pais ou de quem detenha a sua proteção; e o Direito tutela todos os direitos inerentes as crianças. Elas devem ter todo o amparo e proteção de sua família, da comunidade e do Estado, visando garantir a efetivação de seus direitos.

5 - ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.159.242/2012 DE SÃO PAULO

O Direito de Família abarca outros ramos do Direito. A Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem direitos e positiva obrigações que devem ser cumpridas em torno das crianças e adolescentes. Por isso mesmo, há a possibilidade de se recorrer ao judiciário quando essas normas não são observadas e se acarreta dano aos filhos, na qualidade de indefesos.

A criança e o adolescente devem ser protegidos e nunca poderão ser objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Isso é o que garante o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1990)

Tendo em vista todos os direitos e obrigações positivadas, notoriamente pode-se concluir que ao mover uma ação de indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo, o que se pretende não é a restituição do amor ou afeto, porquanto, não tem como voltar no tempo e aferir o que foi perdido e o que não foi dado livre e espontaneamente, contudo, visa buscar a responsabilização promovida por um ato omissivo, negligente, e até mesmo ilícito, ainda que ocorrido em âmbito familiar, haja vista que a legislação e doutrina positiva e ensina que os pais/genitores são dotados de obrigações e deveres peculiares à sua composição familiar; à sua condição de provedores de seres indefesos e totalmente dependentes deles.

De acordo com este julgado, é evidenciado que não resume em requerer reparação civil por desavenças ocorridas na convivência interna de cada família em particular, se traduz na responsabilização pela prática de atos ilícitos e danosos, que não são de apoio, de carinho, de cuidado, de simpatia com a criança, atos de omissão ou ação dolosa/culposa, causando menosprezo e rejeição; marcas que os filhos abandonados terão de lidar por toda a vida. Tudo isso, constituindo dano à personalidade de uma criança que não pode se defender nem requerer que os seus direitos sejam respeitados.

Por isso mesmo, vale uma análise comentarista do Recurso Especial 1.159.242/2012-SP¹⁵, no qual a pauta tem como tema o abandono afetivo parental, o dano que se causa ao filho, bem como a reparação civil que pode haver em decorrência da prática de atos omissivos (dolosos ou culposos) e negligentes dos genitores. Neste trabalho, serão expostos os fundamentos que

¹⁵ BRASIL, 2012. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial nº 2009/0193701-9. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>

motivaram os votos de cada ministro da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, à época da decisão, que por maioria entenderam que o genitor foi responsável pelo abandono afetivo à sua filha.

Diante disso, fazendo uma breve síntese, o Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial 1.159.242/2012-SP com relatoria da Ministra Nancy Andrighi entendeu que o abandono afetivo constitui dano à prole. Fixando por intermédio dos votos da maioria dos ministros da terceira turma, que o pai que abandonou a filha desde o seu nascimento e somente a reconheceu como filha por força de sentença judicial, é responsável pelos danos causados a ela, não só afetiva como moral e materialmente. O pai, à priori, recorreu da sentença proferida em segunda instância (a filha interpôs Apelação em decorrência de o juízo originário ter negado o pedido de danos morais por abandono afetivo), quando o Tribunal de Justiça de São Paulo deferindo o pedido da Apelação, fixou o montante de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Assim, intentou estabelecer que a ação movida pela filha se convertesse em perda do poder familiar. Ocorre que, pelo voto de um dos ministros, se a decisão fosse favorável ao pedido dele, estaria aí se afirmando que é vantajoso ser omissos no exercício do dever de cuidar, além do que, o pai nunca deteve o poder de forma efetiva, ou seja, nunca convivendo ao lado da filha e muito menos cuidando-a, sendo negligente quanto aos seus deveres de pai; não só os positivados pela legislação constitucional e infraconstitucional como também pela moral e os bons costumes. Atente a Ementa:

EMENTA:¹⁶

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

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

¹⁶ BRASIL, 2012. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial nº 2009/0193701-9. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>

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.

Na ementa é possível se perceber que o fator obrigação-dano-responsabilidade é visto com ênfase e mencionado com aceitação no âmbito familiar. Toda a legislação positiva acerca da família, do dano - moral e material -, da responsabilidade civil e dos direitos da criança e do adolescente. Note o item 1 que diz: Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no direito de família. A ementa segue afirmando que os pais, independente da sua situação, no mínimo garantam aos seus filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. A imposição legal e biológica dos pais quanto aos filhos, se não cumpridas, já caracterizam ilicitude.

Nessa linha, afirma Lôbo (2011, p. 311):

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta prioridade”, oponíveis à família — inclusive ao pai separado —, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. **O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação**, salvo no que concerne à guarda, **permanecendo os deveres de criação, educação e companhia** (art. 1.634 do Código Civil), **que não se subsumem na pensão alimentícia** (LÔBO, 2011, p. 311). (grifo nosso).

Ainda continua o Recurso:

RELATÓRIO¹⁷

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP. **Ação:** de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. **Sentença:** o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha se deveu, primordialmente, ao comportamento

¹⁷ BRASIL, 2012. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial nº 2009/0193701-9. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>

agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida. **Acórdão:** o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL.PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em resumo, relata-se que a filha que propôs ação de indenização por danos morais não logrou êxito no juízo originário, onde teve seu pedido indeferido. O juízo alegou que o distanciamento dela com o seu pai se deu por conta da interferência de sua mãe, relatando que ela possuía um comportamento agressivo ao ex-companheiro. Ocorre que, a genitora deteve tal comportamento por ter mantido um relacionamento pelo tempo de 8 (oito) anos e quando engravidou, o ex-companheiro duvidou da paternidade da criança e somente reconheceu a filha por força de sentença judicial. O juízo ainda aduziu que o pedido de 5 (cinco) mil salários mínimos pedidos na inicial seriam irrisórios e impossíveis. A autora, não concordando, interpôs Apelação, quando remetida ao Tribunal de Justiça de São Paulo, este deferiu o pedido reformando a sentença e fixando o valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) concedendo assim, a indenização por dano moral.

A razão da interposição do Recurso Especial em comento é que o recorrente - pai da autora - considerou o valor fixado pelo TJ/SP exorbitante. Alegando ainda a violação dos artigos 186, 944 e 1.638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial. Sustentou que não abandonou a filha, e ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar a perda do respectivo poder. Aduziu ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, demonstrado pelo julgamento do Recurso Especial n ° 757411/MG em 2005¹⁸, que afastou a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Nas contrarrazões, a recorrida - filha - reiterou os argumentos relativos à existência

¹⁸ BRASIL, 2005. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Ministro FERNANDO GONÇALVES (Relator). RECURSO ESPECIAL Nº 757.411-MG. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4645>.

de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do TJ/SP, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação do valor a título de compensação por dano moral. O Recurso foi parcialmente admitido no que se refere ao valor fixado de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), considerado desproporcional. Houve o juízo prévio de admissibilidade, sendo remetido ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento. O recurso teve parcial provimento, a ministra relatora reduziu para o montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), mantendo o entendimento de que houve abandono, ou seja, o dano constituído.

Agora, vale perceber a visão de mundo, de sociedade, de direito e de criança que cada ministro da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça possuía em seus votos. Segue o voto da ministra relatora Nancy Andrichi:

1. Da existência do dano nas relações familiares: Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5, ° V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. [...] Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1.638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1.634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

Aqui, o posicionamento da ministra relatora é de que pode existir dano nas relações familiares, o que constitui causa possível de responsabilidade civil. A ministra discorre que a legislação que aborda o tema no código civil é ampla e não exclui o direito de família. Embasa o seu posicionamento citando os artigos que positivam e protegem os direitos individuais e a proteção à pessoa - honra, imagem, intimidade -, resguardados na Constituição Federal; citando também os artigos referentes ao poder familiar e expondo o que de fato caracteriza-se esse poder.

No mesmo sentido, elucida Dias (2015, p. 543): “O princípio da afetividade, como

dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. A responsabilidade do pai decorre do exercício de seu poder familiar de maneira danosa ou destrutiva. Quando o pai opta por utilizar o poder familiar de maneira nitidamente danosa, desta relação de poder nasce sua responsabilidade”.

Note o que positiva o artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

A ministra relatora continua o voto:

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral: É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexa causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo auto imposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

Fica demonstrado no voto a visão ampla sobre os direitos inerentes não só à pessoa

como também no que tange a problemática obrigação-dano-responsabilidade que possa envolver as relações familiares. Em momento algum ela exclui o direito de família desse contexto, ela corrobora a “obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa”.

Esse posicionamento foi tomado pela ministra no ano de 2012, antes mesmo da aprovação do projeto de lei do senado 700/2007¹⁹ em 2015, que visa modificar alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, positivando o abandono moral, sem justa comprovação, como ilícito penal.

Compreenda o que ela disserta a respeito da ilicitude e da culpa:

2.1 Da ilicitude e da culpa: A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie. Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

A ministra assegura que os elementos imateriais como o cuidado e atenção são igualmente necessários como são os materiais, para que haja uma adequada formação à criança enquanto menor, para crescer em perfeita higidez psicológica. Sobre o cuidado familiar, Venosa (2012, p. 300) discorre:

Assim, sustenta-se modernamente, com razão, que ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material, como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do progenitor com relação ao filho menor gera, sem dúvidas, traumas que deságuam no dano moral. Neste diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano, é evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou fará nascer o amor e o afeto. Cuida-se, como enfatizamos de mero lenitivo, com as conotações que implicam uma indenização por dano moral (VENOSA, 2012, p. 300). (grifo nosso)

¹⁹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Modifica a 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, e dá outras providências. Disponível em : <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>

A ministra Nancy Andrighi relata a importância do cuidado e atenção à prole, essencial à criação e formação de um adulto, possuindo integridade física e psicológica e que seja capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. Como se observa no caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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.

As razões do voto continuam:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento parcial ou descumprimento de uma obrigação legal: cuidar**. (grifo nosso)

A relatora traz à tona os aspectos mais importantes do ser humano enquanto criança, que se descumpridos ou não observados, configuram a possível responsabilidade civil. Não pelo valor monetário, mas, pelo dano e pela negligência no cuidado. Perceba o que ela diz:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos**. O amor diz respeito à motivação, questão que refogue os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**. (grifo nosso)

Nesse ponto, ela embasa o pedido da reparação civil assumindo que a negligência no exercício dos pais não se resume somente ao amor - algo inanimado - mas, sim a uma imposição natural do ser humano que é o cuidado. Este, que também é um dever jurídico, frente a instituição familiar.

Dias (2015, p. 543) disserta que na concepção atual de família, qualquer dano

psicológico ou qualquer dano causado a dignidade humana pelos pais aos filhos estarão sujeitos a indenização, a qual se dá como uma medida punitiva para os pais que abandonam seus filhos afetivamente e, também, compensatória para os filhos que sofreram pela ausência da presença de um de seus genitores em sua vida.

A relatora segue:

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor 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.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

A ministra afirma que os fatores como divórcio e mudança de domicílio não podem fazer com que haja o despojamento das obrigações inerentes aos pais, por mais que esses fatores possam mudar a rotina de vida deles, portanto, revestem-se de ilicitude e culpa. Pois, independente do vínculo do casal, as obrigações permanecem. Observe o que positiva o artigo 1.634 do Código Civil de 2002: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014): I - dirigir-lhes a criação e a educação”.

Seguindo este entendimento, Dias (2015, p. 542) preleciona que é dever de ambos os pais dar assistência material e afetiva aos filhos, em razão do poder de família. Se, porventura os pais deixarem de viver juntos, não haverá qualquer implicação em relação a esses deveres, pois ao genitor que não detiver a guarda lhe é garantido o direito de visita. Porém, como é o genitor que não possui a guarda quem escolhe o momento e a periodicidade em que verá o filho, esse fica, muitas vezes, à mercê da vontade do genitor em querer vê-lo. Há, também, que se

falar das situações em que o genitor que mantém a guarda, utiliza de todos os meios para dificultar ou até mesmo impedir o exercício do direito de visita do outro; ou ainda as situações em que há abandono afetivo do filho por um ou ambos os genitores. Ocorre que, em quaisquer destes cenários, há sempre um ponto comum: o fato de que o menor é quem sofre e é a pessoa mais afetada pela falta de convívio com um ou ambos os genitores; o que pode lhe causar danos que comprometam seu desenvolvimento pleno e saudável, do qual essa omissão pode causar dano afetivo sujeito a indenização.

O voto continua:

2.2 Do dano e do nexo causal: Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais[...].

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe[...].

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, a ministra relatora expõe todas as causas e razões que fizeram o TJ/SP dar provimento à ação proposta pela recorrida -filha-, elencando os elementos imateriais e intrínsecos que compõe tal decisão. A filha carrega e carregará eternamente um sentimento de inferioridade que muito provavelmente demorará para ser sanado.

Assim sendo, na concepção atual de família, qualquer dano psicológico ou qualquer dano causado a dignidade humana pelos pais aos filhos estarão sujeitos a indenização, a qual se dá como uma medida punitiva para os pais que abandonam seus filhos afetivamente e, também, compensatória para os filhos que sofreram pela ausência da presença de um de seus genitores em sua vida. (DIAS 2015, p. 543). Acredito que é muito importante analisar uma demanda sob essa ótica, uma vez que, os danos causados aos filhos são imensuráveis.

O voto se encerra da seguinte maneira:

3. Do valor da compensação: Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exsurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados. Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) -, razão pela qual o reduzo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) [...]. Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, APENAS PARA REDUZIR O VALOR por danos morais. Mantidos os ônus sucumbenciais.

A ministra relatora teve um olhar minucioso e criterioso quanto ao seu voto neste recurso; deu provimento no que pese ao valor da indenização, reduzindo-o, porém, manteve a posição quanto ao dever legal que foi negligenciado pelo recorrente até aquele momento da vida da filha. Elencou e fundamentou sua decisão expondo que houve omissão, ilicitude, dolo e danos. Sigo o entendimento da relatora, pois, o pedido não poderia ter sido olhado de forma superficial, afinal, trata-se de pessoas, de seres humanos que necessitam de total amparo e cuidado dos genitores para formarem-se pessoas confiantes e possam progredir em suas vidas particulares como também integrantes de uma coletividade.

Nesta nova concepção jurídica o judiciário vem reconhecendo o dever dos pais em pagar indenização por danos morais aos filhos pela falta do convívio, mesmo que lhes dê assistência material (DIAS, 2015, p. 542).

Segue abaixo o voto vogal do Ministro Massami Uyeda:

Srs. Ministros, neste caso, pela leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, muito bem feito, o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça. [...] Sucede que, com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrichi, a defesa dele se centra na alegação de que, se os progenitores não dão essa assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência. V. Exa. diz: não só a perda do pátrio poder, mas há o complexo dos direitos inerentes à honra, à estima, e que isso caracterizaria o dano moral.

Então, esse dano moral também poderia, independentemente da perda do pátrio poder, incidir. E faz todo o elenco das obrigações dos progenitores, seja ele de nascimento corriqueiro, vamos dizer, natural, ou seja, por adoção, ou mesmo por uma imposição judicial. A paternidade exige uma responsabilidade. A paternidade, a maternidade, o pátrio poder, que é o pátrio dever.

Sucedo o seguinte: como V. Exa. também bem relatou e bem expôs no voto, o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida. Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.

O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha. [...] **Não posso exigir** que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade. (grifo nosso)

Percebe-se que o posicionamento do ministro, vai na linha contrária do entendimento da ministra relatora. Ele se atenta a realidade de que o pai não programou o nascimento da filha e que erros como esses podem acontecer. Aduz que todos são falhos e que não se pode uniformizar tal decisão, senão, abrir-se-á uma porta para que filhos insatisfeitos pleiteiem na justiça algo que deveria ser natural e não imposto e ou cobrado.

Note a continuação do voto:

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrighi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.

Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.

Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

O ministro encerrou o seu posicionamento alegando que não se pode abrir precedentes para esse tipo de ação, na qual os filhos vão requerer frente à justiça mágoas familiares e possíveis ofensas. Ele possui um entendimento de que pelo pai - recorrente - ser

abastado, isso fez com que a filha tomasse tal decisão. E que por agora ser adulta e ter formado uma família, lamenta ter sofrido enquanto criança.

Abaixo, será transcrito o voto-vista do Ministro Sidnei Beneti.

“Meu voto manifesta-se em termos intermediários entre o voto da E. Relatora, Min^a NANCY ANDRIGHI, que nega provimento ao Recurso Especial, mantendo a condenação, e o do E. Min. MASSAMI UYEDA, que dá provimento ao Recurso e julga improcedente a ação. [...] O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta.

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora, não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar, porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), **ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar)**”. (grifo nosso)

O voto do ministro explica que dentro da família pode haver a responsabilidade civil, haja vista que o dano moral se enquadra quando há consciente ação ou omissão injusta, nesse caso, dos genitores, trazendo consigo o sofrimento moral aos filhos. Ele alerta que pela existência do vínculo familiar, este não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral. Uma vez que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, causa excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei. Sendo o ato do recorrente agravado por discriminar a recorrida em comparação com seus outros filhos, quando a lei não admite a

distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.

Cabe evidenciar o que aduz DIAS (2015, p. 543):

Assim sendo, na concepção atual de família, qualquer dano psicológico ou qualquer dano causado a dignidade humana pelos pais aos filhos estarão sujeitos a indenização, a qual se dá como uma medida punitiva para os pais que abandonam seus filhos afetivamente e, também, compensatória para os filhos que sofreram pela ausência da presença de um de seus genitores em sua vida. (DIAS 2015, p. 543).

Continua as razões do voto:

[...] Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir, ou seja: **1º)** Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; **2º)** Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; **3º)** Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; **4º)** Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; **5º)** Pagamento de pensão somente por via judicial; **6º)** Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

[...] A orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressalvando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante.

No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, conseqüentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.

Aqui, o entendimento é de que o pai foi negligente, omissivo e rejeitou sua filha por vários meios, independente do que tenha se colocado no caminho deles. Nada justifica tal atitude. O ministro deu parcial provimento ao recurso e acompanhou o voto da ministra relatora, votando para que reduzisse o valor ora fixado, de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Contudo, manteve a condenação do recorrente pelo dano moral por abandono afetivo.

Desta forma, parte da doutrina e da jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de que não basta aos pais darem somente assistência material, a exemplo da pensão alimentícia, sendo necessário que os pais tenham por obrigação a promoção da convivência familiar junto a seus filhos, por meio do afeto e do amor, sendo que, uma vez não cumprindo com essas obrigações, os pais estarão sujeitos a sanções legais, já que sua conduta pode constituir abandono moral grave (GONÇALVES 2012, p. 389).

A seguir, se verá o voto-vista do ministro Paulo de Tarso Sanseveriano:

“Eminentes Colegas, pedi vista dos presentes autos na sessão de julgamento de 13 de dezembro de 2011 para melhor exame da controvérsia, tendo em vista a divergência até então verificada e, principalmente, considerando a especial atenção que deve ser dispensada à matéria em exame.

A eminente relatora proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso especial, para manter o acórdão recorrido, que condenou o recorrente a reparar os danos morais causados à filha por abandono afetivo.

O eminente Ministro Massami Uyeda, na mesma sessão, inaugurou a divergência, tendo votado por dar provimento ao recurso especial, para afastar a condenação.

Por sua vez, o eminente Ministro Sidnei Beneti, após pedido de vista, proferiu voto dando parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a responsabilidade civil do recorrente no caso em comento, porém reduzindo o montante da indenização fixado na origem.

Com a devida vênia, acompanho o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti. [...] Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.”

Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis.

Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.

O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.

A questão central em discussão no presente recurso especial situa-se em torno do delicado tema do abandono afetivo.

A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.”

Pelo exposto, o ministro teve um olhar diferenciado para o caso em comento. Ele disserta que as relações familiares devem ser vistas com cautela, com excepcionalidade. E o recurso interposto está dentro dessa excepcionalidade, reconhecendo ilícito civil por parte do recorrente - pai. E que o abandono moral sofrido pela filha, ocasiona lesão e como tal deve ser reparado. Nesse ensejo, o ministro citou trecho da obra do autor Arnaldo Rizzardo (2005, p. 692 - 693) atente:

Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos

negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos.

Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade.

O ministro cita que a criança e o adolescente têm o direito de desfrutar de uma família que transmita afetividade, que cuide dela, que a instrua, que seja responsável, criando um ambiente para se gerar um desenvolvimento saudável. E não ser completamente abandonada devido as circunstâncias adversas dos pais; conclui que o princípio da afetividade norteia as relações de família. O ministro encerra seu voto da seguinte maneira:

Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal. Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprover, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação.

O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhos obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos. [...] No caso em comento, julgo estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil do recorrente. [...] Sendo assim, impõe-se apenas a redução do montante da indenização para R\$ 200.000,00, conforme sugerido pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, valor que se mostra mais consentâneo com as circunstâncias do caso. Ante o exposto, acompanhando o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização.

Aqui, o entendimento é para deixar claro que deve se prestar atenção às causas que incidem sobre o dano moral. Ressalta dessa forma para que filhos não se aproveitem dessa possível permissão do judiciário em conceder a indenização. Acredito que o pensamento e o fundamento sejam coerentes, pois, todo caso deve ser analisado isoladamente, para que de fato haja justiça e que haja a devida responsabilização pela falta de cumprimento do dever legal dos

pais.

Visto isso, há que se perceber e entender o dano provocado pelo abandono afetivo caso a caso. Em alguns, haverá de fato o dano constituído, em outros não. O que importa aqui, com a análise dos votos do Recurso Especial 1.159.242/2012-SP, é mensurar e entender como os magistrados e tribunais tem enxergado e julgado o tema, como a sociedade e o direito tem avançado e percebido o abandono afetivo parental. O abandono nada mais é que uma conduta omissa -culposa ou dolosa- que viola princípios, regras, viola o afeto, o sentimento, viola a parte mais sensível de um ser humano, que são suas emoções, agravado por causar dano enquanto ainda se forma a sua personalidade.

Este julgado marcou a jurisprudência, tendo o entendimento voltado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da afetividade, ao princípio da convivência familiar. Um julgado anterior (Recurso Especial n ° 757411²⁰/MG em 2005) negou provimento por compreender que o abandono afetivo não seria capaz de gerar uma reparação monetária. Indagou-se, no contexto do recurso, se ao filho seria dado o direito de propor uma ação de reparação por danos morais contra a pessoa do seu genitor, o qual, a despeito de sempre ter provido o pagamento da verba alimentícia, não se fez presente no processo de criação de sua prole, descurando assim do desenvolvimento de sua personalidade.

Todavia, por todo o exposto, caberá aos operadores do direito entender em que condições estão esses filhos e pais. As crianças e adolescentes, conforme preceitua a legislação e doutrina, devem ser protegidos de toda forma de negligência. E quando esses direitos e garantias não são observados haverá a responsabilização de quem as cuida, ou seja, de quem detém o poder. Aos pais/genitores, deve-se saber, antes mesmo de existir a intenção de constituir família, quais obrigações serão decorrentes de suas escolhas, quais deveres serão impostos com o advento de seus atos. Para que os filhos não sofram injustamente.

²⁰ BRASIL, 2005. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Ministro FERNANDO GONÇALVES (Relator). RECURSO ESPECIAL Nº 757.411-MG. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4645>.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção de abordar o provimento do abandono afetivo à luz do Recurso Especial 1.159.242/2012 é de grande relevância. Demonstrar que a criança e o adolescente têm direito ao afeto, ao cuidado e à convivência no seio de sua família, é primordial para que se desenvolva plenamente.

Desta forma, a doutrina e legislação brasileira elevou o princípio da afetividade a um patamar imprescindível, tornando-o alicerce para a constituição de uma família. O afeto, enquanto princípio, é garantido pela norma, tornando os filhos sujeitos de direitos, sendo possível a condenação por danos morais na relação paterno/materno filial quando houver ofensa aos direitos personalíssimos do filho enquanto menor, quando constatado danos à sua honra, à sua dignidade, à sua intimidade.

Não se tinha o costume de ouvir falar que um pai ou uma mãe fosse responsabilizado civilmente por não ter proporcionado o afeto, carinho, simpatia, instrução e cuidado aos filhos, prova disso é a própria história e os julgados anteriores ao recurso base deste trabalho. Todavia, é de suma importância entender a evolução do papel da família e sua função social. Atualmente é indispensável a afetuosidade nas relações familiares, uma vez que, a afetividade é o elemento essencial para a construção dos laços de amor entre os membros de uma família; laços esses, que perduram com o tempo. E não somente afeto, mas, cuidado, bom trato, consideração com o filho. É dever dos pais atentar-se as suas obrigações, porque delas resultam a responsabilidade.

É importante entender que a responsabilização dos genitores se traduz em um meio de coerção, visando impedir que tais fatos porventura aconteçam novamente. Os filhos devem e precisam ser cuidados, uma vez que, o princípio da proteção integral das crianças e adolescentes protege-os no campo moral, físico, emocional, social, intelectual etc., devendo ser priorizados.

Acredito que um mundo melhor pode continuar sendo construído, se os valores intrínsecos do ser humano não se perderem, se os valores morais forem a cada dia sobrepostos as desavenças e possíveis problemas de relacionamentos interpessoais. As crianças precisam ser cuidadas e amadas generosamente, uma vez que, elas formarão a sociedade futura. Costuma-se ouvir que crianças amadas formam adultos confiantes.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2 ed., 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direitos da Criança e do Adolescente. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil, vol. único, 1 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva Jur, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil. 10 ed. São paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições do Direito Civil: Direito de Família. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 5 v.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família, volume 5. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil, volume 4, 12 ed. São Paulo: ATLAS, 2012

VIANNA, Guaraci de Campos. Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

BRASIL, 2012. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Especial nº 2009/0193701-9. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>

BRASIL, 2005. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Ministro FERNANDO GONÇALVES (Relator). RECURSO ESPECIAL Nº 757.411-MG. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4645>.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007. Modifica a 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, e dá outras providências. Disponível em :

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 227. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

Convenção Relativa À Proteção Das Crianças E À Cooperação Em Matéria De Adoção Internacional. Adotada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na sua 17.^a sessão, a 29 de maio de 1993. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de maio de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvProjCrianCoopAdoInt.html>

Enunciado 341: “Para os fins do artigo 1.696 do Código Civil de 2002, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>

GRAMÁTICA, Significado das palavras. Disponível em: <https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-familia/>

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em www.ibdfam.org.br
Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

Lei Decreto No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Raquel Baldo Vidigal. A cegueira afetiva dos pais gera filhos abandonados. Por psicologias do Brasil. Publicado em 23 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.psicologiasdobrasil.com.br/cegueira-afetiva-dos-pais-gera-filhos-bandonados/>

Vide: História social da criança e da família. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

ANEXO

PROJETO DE LEI DO SENADO nº 700, de 2007

Modifica a 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, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“**Art. 4º**

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida. (NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

“**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“**Art. 24.** A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

“**Art. 56. IV** – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

“**Art. 58.** No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“**Art. 129.** São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....
Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

“**Art. 130.** Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)”

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“**Art. 232-A.** Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.