II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

IARA PEREIRA RIBEIRO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Iara Pereira Ribeiro; Rogério Luiz Nery da Silva; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-244-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O II Encontro Virtual do CONPEDI ocorreu entre os dias 2 a 8 de dezembro de 2020, proporcionando aos pesquisadores da seara jurídica o intercâmbio de conhecimento científico acerca de temas relacionados ao direito das famílias, bem como do direito sucessório.

O CONPEDI é considerado um dos eventos mais relevantes na área da pesquisa cientifica jurídica de pós graduação, visto que é responsável em viabilizar que os inúmeros programas de mestrado e doutorado apresentem as suas pesquisas acerca de temas atuais e controvertidos.

O grupo de trabalhos “Direito de Família e das Sucessões”, ao qual participamos como coordenadores, contou com a participação de experientes pesquisadores acerca do direito das famílias, bem como do direito sucessório.

Foram discutidos inicialmente vários temas, como por exemplo: a eficácia ou ineficácia da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia da COVID-19; a aplicabilidade do instituto da Tomada de Decisão Apoiada no nosso ordenamento; a violação do direito à imagem das crianças e dos adolescentes, frente as novas tecnologias; as mudanças constitucionais acerca do conceito de família; a aplicabilidade da técnica de constelação familiar nos conflitos oriundos da alienação parental, fenômeno que ocorre rotineiramente devido ao péssimo relacionamento dos pais; o reconhecimento da filiação sócio afetiva de pais homoafetivos; a reserva do patrimônio como uma forma de redimensionar a legítima sob o enfoque da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento foi analisada a aplicabilidade do princípio da afetividade na Jurisprudência do STF; os aspectos frágeis da memória humana no Direito Processual das Famílias, em especial nas provas dependentes da memória; as mudanças quanto a incapacidade absoluta e a possibilidade de desproteção daqueles que não possuem nenhuma capacidade de exprimir sua vontade; a equiparação da união estável ao casamento; a ausência de previsão legal no tocante aos atos praticados pelo inventariante no curso do inventário

extrajudicial; a judicialização das demandas de vacinação em crianças e adolescentes como a busca pela efetivação do melhor interesse e proteção integral; a análise da (im)possibilidade do filho adotado requerer o reconhecimento da parentalidade biológica.

Posteriormente, foi abordada a diferenciação entre o namoro qualificado e a união estável; o direito ao nome do pai socioafetivo no registro; a evolução da jurisprudência acerca da adoção homoafetiva em nosso país; os efeitos da pandemia no direito sucessório por meio do testamento em tempos de isolamento social e a evolução tecnológica; a análise da reprodução humana assistida enquanto mecanismo de exercício do planejamento familiar; o reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução humana assistida post mortem; a responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo e por fim o exame dos aspectos gerais da disciplina normativa da sucessão testamentária.

Deste modo, a partir da seleção dos trabalhos acima elencados, percebe-se a seriedade e o compromisso deste congresso científico em trabalhar temas a respeito dos desafios que as pessoas enfrentam no âmbito do direito de família.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva

Profa. Dra. Iara Pereira Ribeiro

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

CIVIL LIABILITY FOR AFFECTIVE ABANDONMENT

Eloy Pereira Lemos Junior

Resumo

O presente artigo busca realizar um estudo da responsabilidade civil devido ao abandono afetivo, analisando em que momento é considerado o dano moral, buscando as suas implicações na formação moral e psíquica da pessoa do filho por conta de negligência ou omissão do genitor. Por meio de pesquisa do tipo exploratória e adotando como procedimento a revisão bibliográfica, tendo como método de inferência o indutivo, tem-se também a demonstração de como o judiciário se posiciona acerca do valor indenizatório como valoração para o reconhecimento do dano moral em razão do abandono afetivo.

Palavras-chave: Direito de família, Abandono afetivo, Responsabilidade civil, Dignidade humana, Dano

Abstract/Resumen/Résumé

The present text seeks to carry out a study of civil liability due to affective abandonment, analyzing at what time is considered moral damage, seeking its implications in the moral and psychic formation of the person of the child due to neglect or omission of the parent. Through exploratory research and adopting bibliographic review as a procedure, using the inductive method of inference, the article demonstrates how the judiciary positions itself on the indemnity value as an appraisal for the recognition of moral damages due to affective abandonment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family law, Affective abandonment, Civil liability, Human dignity. damage. guard

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da aplicabilidade da responsabilidade civil diante do abandono afetivo, discutir a problemática em torno da valoração do afeto na seara jurídica, demonstrando que nosso ordenamento jurídico possibilita trazer soluções e prevenir situações em que se verifica a negligência inadmissível com os filhos e que o Estado deve dar garantias no que concerne aos direitos fundamentais.

Verifica-se que com o fim da família patriarcal teve início uma nova concepção de família, baseada no vínculo afetivo. Por conseguinte, ressalvada a relevância do afeto para o saudável desenvolvimento psíquico-social do filho, analisar-se-á o poder familiar, englobando os seus atributos, bem como as hipóteses de suspensão, perda ou extinção deste.

Nesse contexto, advém a abordagem do abandono afetivo em conjunto com os fundamentos do dano moral na filiação. Neste item serão abordados inicialmente os pressupostos do dano moral no direito brasileiro de um modo geral, para em seguida passar à análise do dano moral aplicável ao Direito da Família e da aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à filiação.

O judiciário vem recebendo ações nas quais se discute a responsabilidade dos pais que abandonam afetivamente seus filhos. Esse assunto trouxe questões controvertidas e ainda não existe um posicionamento pacífico pela doutrina. Os tribunais e juízes acolhem o assunto em questão com insegurança e são repelidos pelas instâncias superiores.

Ao final determinar-se-á a possibilidade do instituto da responsabilidade civil e do dano moral serem aplicados em face do abandono afetivo provocado pelo genitor e esclarecer a lacuna de que o Poder Judiciário não está obrigando um pai a amar seu filho, ao condenar o genitor ao pagamento de indenização.

Apesar do abandono afetivo ainda não estar expressamente disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial vem demonstrando entendimentos de forma crescente e positiva acerca do tema, uma vez que o Judiciário há de se adequar ao estilo de vida moderna. Nessa intenção, é que o presente trabalho será desenvolvido, demonstrando o verdadeiro divisor de águas que a Constituição Federal de 1988 promoveu ao analisar a evolução histórica da família e filiação.

Cumpre ainda dizer que trata de pesquisa do tipo exploratória, que adota como procedimentos a revisão bibliográfica, tendo como método de inferência o indutivo

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade civil é a obrigação que determinada pessoa tem de restaurar o dano, causado a outrem, sendo ele material ou moral. Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 71) assim define responsabilidade civil:

> Em sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Na concepção de Flávio Tartuce:

> A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Assim, teremos, respectivamente, responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual ou responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno aprovada no final do Século III a.C. e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual. Essa referida lei surgiu no Direito Romano justamente no momento em que a responsabilidade sem culpa constituída a regra, sendo o causador do dano punido de acordo com a pena de Talião, previsto na Lei das XII Tábuas. (TARTUCE, 2008, v. 2, p. 160)

Com louvor ensina o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 35):

> 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.

O nosso Código Civil vigente (BRASIL, 2002) trata em seu título IX sobre este tema, e expõe quem será responsável e como se dará a reparação pela responsabilidade civil:

> Art. 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.

A responsabilidade civil tem fundamento na Constituição República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), tratando nela de diversos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Este garantindo a seguridade da dignidade diante da sociedade. Também podemos encontrar da CRFB/88 o princípio da isonomia e o princípio da solidariedade social, sendo este semelhante ao da dignidade da pessoa humana, enquanto o outro é explicado por

Ruy Barbosa da seguinte forma: “a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais”.

Isto posto, vemos que a responsabilidade civil se fundamenta na obrigação de reparar um dano causado a alguém, mesmo alguns danos não sendo passíveis de ressarcimento. Porém, o ato de indenizar a vítima pelo prejuízo sofrido demonstra que de alguma forma houve a aplicação de uma punição ao agente do dano.

2 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil se divide em duas teorias, sendo elas a teoria objetiva e a teoria subjetiva. Para que a vítima seja indenizada a teoria clássica do Direito se embasa em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

O Código Civil brasileiro adota as duas teorias, predominando a teoria subjetiva, mas sem exclusão das possibilidades de aplicação da teoria objetiva, como tratado no parágrafo único do artigo 927:

> 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, Código Civil 2002)

A Responsabilidade Civil é primordial ao nosso sistema jurídico hodierno, uma vez que, ainda que ficticiamente, faz retornar ao status quo ante aquele que foi lesionado através de um ressarcimento de valor monetário. É inquestionável que a vítima nunca voltará ao estado que se achava antes de sofrer o dano, mas deve-se ter pelo menos a ideia de que o prejuízo foi de certa forma reparado.

2.1 A Teoria Objetiva

A teoria objetiva, conhecida também como a teoria “do risco”, diz que a responsabilidade existe independente de dolo ou culpa, bastando apenas o dano e o nexo causal para ocorrer o dever de se reparar o ato lesivo.

Assim Carlos Roberto Gonçalves leciona:

> Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora

> encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubiemolumentum, ibionus*); ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2012, v.4, p. 47, versão digital)

A responsabilidade civil objetiva ocorre quando apenas comprovado o fato e o nexo de causalidade, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deixa claro em seu parecer:

> DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - AUTO-ESCOLA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CDC - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE
> - Em situações excepcionais adota-se a Responsabilidade Civil Objetiva, ou seja, aquela que prescinde do elemento culpa, como é o caso dos autos.
> - A única maneira da empresa apelada se desvencilhar do dever de indenizar, seria enquadrando em uma das situações descritas no §3º do artigo 14 do CDC.
> - Compete à auto-escola, por meio do seu instrutor, observar de forma devida a conduta do aluno, disponibilizando-lhe atenção suficiente a ponto de evitar o acidente
> - Um vez caracterizado o ato ilícito, resta configurado o dever de indenizar. (TJMG, Relator: Cabral de Silva, Data de Julgamento: 28/08/2018, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL)

Nesta teoria não existe a necessidade de provar a culpa do agente para que o mesmo seja obrigado a reparar o dano. Sendo esta presumida e o ônus da prova invertido, cabendo ao lesado demonstrar somente a ação ou omissão e o dano causado pela conduta do agente.

2.2 A Teoria Subjetiva

Em regra, essa é a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro. Devendo nesta existir dolo ou culpa por parte do causador do dano. Surgindo a obrigação de indenizar e o direito de ser indenizado somente com a comprovação desses fatores.

Carlos Roberto Gonçalves ressalta como se deu a consolidação da teoria subjetiva no Código Civil Brasileiro vigente desde 2002:

> Historicamente, a partir da segunda metade do século XIX foi que a questão da responsabilidade objetiva tomou corpo e apareceu como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil. Apareceram, então, importantes trabalhos na Itália, na Bélgica e em outros países. Mas foi na França que a tese da responsabilidade objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão e de consolidação. O Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria subjetiva. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Espínola, ao comentar o art. 159 do Código Civil de 1916, que correspondia ao mencionado art. 186 do novo diploma, teve estas palavras: "O Código, obedecendo à tradição do nosso direito e à orientação das legislações estrangeiras, ainda as mais recentes, abraçou, em princípio, o sistema da responsabilidade subjetiva" (GONÇALVES, 2012, v.4, p. 48, versão digital)

Em julgado recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais podemos verificar que não existe hipótese de considerar a responsabilidade civil subjetiva sem indicação de culpa, dano e nexo causal:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL C/C DANOSMORAIS. ESTADO DE MINAS GERAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. TEORIA DA "FAUTE DU SERVICE". FURTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. OMISSÃO DA ATUAÇÃO DOS AGENTES POLICIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DANO OCASIONADO POR FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. A responsabilidade civil do Estado por danos materiais e morais decorrentes de ato omissivo que supostamente teria facilitado a ocorrência de assalto na loja da parte autora não é objetiva, mas sim, subjetiva. 2. Ausente a demonstração de que a Administração Pública Estadual tenha sido negligente na garantia da segurança pública, por falta de policiamento no local do furto, não há que se imputar ao réu o dever de indenizar. (TJMG, Relator: Armando Freire, Data de Julgamento: 04/09/2018, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL)

A culpa ou o dolo devem ser comprovados para que ocorra a indenização pelo dano causado, por este fato que os juristas tutelam a vivência de um dano comprovado de uma criança como pressuposto para obter a indenização.

Considera-se nessa teoria as atitudes do agente, dolo ou culpa, tendo este conhecimento e vontade da ocorrência do resultado ou quando não o conhecendo nem o querendo, proceder com imprudência, imperícia ou negligência.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está ligada ao fato de um indivíduo causar dano a outrem. Presume-se que tal ação sempre ocorrerá por vontade do sujeito. A ação encontra ligação com a Ética e por consequência, interliga-se com o Direito. Pode-se dizer que a ação é conduzida para um objetivo específico, que integra objeto da Ética e do Direito.

Vejamos o art. 186 do Código Civil Brasileiro: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Verifica-se, portanto, que a definição legal de ato ilícito corresponde tanto à conduta comissiva quanto à omissiva, constituindo a responsabilidade civil.

3.1 Dano Material e Moral

O dano é o principal objeto da responsabilidade civil, uma vez que sem este não gera-se o dever de indenizar.

O dano material alcança os bens que compõem o patrimônio da pessoa lesada. Podendo ser recomposto, por meio proporcional ou indenização em dinheiro.

Já o dano moral, trata do que não tem caráter patrimonial, ou seja, dos danos imateriais. Sendo estes a dor, o sofrimento, o vexame, a humilhação, o abalo psicológico, etc.

Tais danos dizem respeito ao direito da personalidade, que, mesmo não tendo valor econômico, merecem a importância de serem tutelados pelo Direito.

Mesmo não se chegando a um valor específico quanto à indenização, há ao menos a possibilidade de gerar uma compensação diante da lesão ocasionada.

3.2 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é o fator que relaciona o dano ao seu fato gerador. É necessária a conduta ilícita do agente na ocorrência do dano e uma relação de causa e efeito entre conduta e resultado.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 75) dispõe:

> É a relação de causa e efeito entre ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo "causar", utilizado no art.186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

O nexo de causalidade é de extrema importância entre o ato do agente e o evento danoso, o ano não precisa ser necessariamente imediato, basta ser constatada a relação entre o dano e o fato gerador.

Compreende-se que toda afronta a direito personalíssimo institui-se em dano moral e que por este motivo ocorre a presunção da dor moral sem a obrigação de demonstrar a dor ou prejuízo da vítima.

4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana é um princípio constitucional fundamental de valor moral e ético, que sintetiza todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. Com base nisso,

afasta-se a possibilidade de limitação deste princípio a algum ramo jurídico em detrimento dos direitos do indivíduo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz consigo a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III, veja:

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

Ressalta-se que o princípio em questão foi agregado ao direito brasileiro com a promulgação da Constituição brasileira, inspirado pela Declaração Universal de Direitos Humanos assinada pelo Brasil em 1948, e fortalecido por meio da adesão do governo brasileiro ao Pacto de San José da Costa Rica em 1992.

O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger todo e qualquer ser humano independente de qualquer requisito ou condição, tais como raça, cor, religião ou sexo. Assegurando a todos a unidade aos direitos e garantias fundamentais.

Todos os tratados ou declarações que dedicam-se aos direitos humanos têm como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, tratando a dignidade da vida humana como o bem mais precioso para sociedade em geral.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trata sobre tal tema em seu preâmbulo e artigos seguintes:

> Preâmbulo. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...]; Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.
> Artigo 1°. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.
> Artigo 2°. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.
> Artigo 3°. Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Diante o exposto verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é norma basilar dos direitos humanos.

Em décadas anteriores à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o respeito à pessoa era basicamente desconhecido, sobressaindo às vontades dos chefes de Estado, ou daqueles que detinham mais "poder". Diante disso, barbaridades ocorriam no intuito de satisfazer tais indivíduos. Porém, com o passar dos anos, o passado foi superado e na atualidade busca-se a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana e da sua dimensão.

Dentre os direitos protegidos ligados à personalidade, os mais pertinentes ao tema, consagrados no artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são o direito à vida, à dignidade humana, à alimentação, à saúde, à educação, à convivência familiar, etc., cujos preceitos devem ser aplicados no que se referente ao tema.

No que diz respeito ao campo do Direito de Família, verifica-se que os operadores do Direito precisam buscar respaldos nas reformas sociais e jurídicas obtidas nos últimos anos para modificar a atual concepção vigente acerca da aplicação do Dano Moral nesse âmbito. Visto que, tal evolução preconiza a igualdade e a total observância à dignidade da pessoa humana. Alexandre de Moraes, assim conceitua:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p.128)

Entende-se que nosso Estado Democrático de Direito assegura que qualquer indivíduo nascido em território em que vigore a nossa Carta Magna, deverá ter a sua dignidade considerada. Sendo assim, é de extrema importância que haja o respeito à dignidade não só perante a sociedade, mas também no âmbito familiar.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca do tema:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PATERNIDADE RECONHECIDA - OMITIDA PERANTE A SOCIEDADE EM INFORMATIVO LOCAL - CIDADE DE PEQUENO PORTE - REPERCUSSÃO GERAL - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SENTENÇA MANTIDA.
> - A falta da relação paterno-filial, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana.
> - Conforme entendimento jurisprudencial consolidado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, possível a indenização por danos morais decorrentes da violação dos

> direitos da criança - Inteligência do art. 227 da Constituição Federal. (TJMG, Relator: Des.(a) Wanderley Paiva, Data de Julgamento: 27/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 11ª CÂMARA CÍVEL)

Ainda sob a concepção de TJMG:

> INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE
> O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG, Relator: Des.(a) Unias Silva, Data de Julgamento: 01/04/2004)

O abandono afetivo por parte de quem é obrigado legalmente a prestá-lo é uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, por isso, essa falta no dever de afeto deve ser tratada com a máxima responsabilidade, porque afeta psicologicamente um ser humano, deixando vestígios que poderão nunca serem esquecidos. Diante do exposto, compreende-se melhor o paralelo entre o afeto e o princípio da dignidade da pessoa humana.

5 O DANO MORAL NO ABANDONO

Partindo do seu conceito, dano moral será todo prejuízo causado ao bem jurídico vida na sua forma moral, ou seja, toda perda que tenha o sujeito sofrido por ter atingido seus princípios pessoais e afetado intimamente seu psicológico através de ações que agridam seu plano moral.

Reconhecida a aplicação do dano moral no âmbito do direito de família e a dignidade da pessoa humana como princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, deve-se analisar a sua aplicação em decorrência do abandono por parte daqueles que possuem a obrigação de cuidado com a criança ou adolescente.

A aplicação da Responsabilidade Civil nas relações interpessoais produzidas pelo abandono afetivo é fazer jus aos princípios constitucionais fundamentais, refletidos na dignidade humana, acompanhar a tendência social, voltada para a valorização do vínculo de afetividade e cumprir com as obrigações resultantes da paternidade/maternidade, seja ela civil ou biológica.

Tal discussão é um tema atual, porém, não tem entendimento pacífico, sendo reconhecido por parte da jurisprudência e pela doutrina. Mas não está taxativamente disposto no ordenamento jurídico brasileiro, guardando divergências de entendimento.

Bernardo Castelo Branco (2006, p. 35) ressalta:

> Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito de família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta, como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.

O Recurso Especial relatado pela Ministra Nancy Andrighi, explica:

> O chamado abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, presente, implicitamente, no artigo 227 da Constituição Federal, omissão que caracteriza ato ilícito passível de compensação pecuniária. Utilizando-se de fundamentos psicanalíticos, a eminente relatora afirmou a tese de que tal sofrimento imposto a prole deve ser compensado financeiramente. (STJ - REsp 1.159.242/SP)

Lembrando que, na indenização pelo abandono afetivo, não há dano material, visto que o abandonante pode ter cumprido com suas obrigações financeiras com o abandonado, mas deixando apenas de prestar o afeto que lhe era devido. O abandonado sentindo-se lesado materialmente deve ingressar com uma ação distinta, sendo ela a ação de alimentos, vejamos:

> DIREITO DE FAMÍLIA.ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. [...] Corretamente, o juiz a quo afastou o pedido de indenização material porque, primeiramente, uma vez comprovada a paternidade, em havendo necessidade, restaria ao autor a ação de alimentos amparada pela relação parental. Não seria a indenizatória o meio mais propício na medida em que para a indenização haveria de ser comprovado o dano material. [...] Recurso desprovido." (TJ-RJ - APL: 00013128420128190034 RJ 0001312-84.2012.8.19.0034, Relator: DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Data de Julgamento: 19/11/2013, DÉCIMA QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 21/01/2014 17:25)

Ao considerar o afeto como um atributo que dá sentido à existência, que constrói o indivíduo através das relações com outros indivíduos ou do meio social é possível afirmar que a sua falta é a desencadeadora de diversas mazelas sociais. Escreve Rolf Madaleno (2008, p. 287) com bastante sabedoria:

> Justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a autoestima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.

Reconhece-se o Princípio da Afetividade nos artigos 226, § 4º e 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, protegendo não apenas a família formada pelo casamento e os

filhos oriundos desse, como também todas aquelas que se formam pela comunhão do afeto, independente de vínculo biológico. Visto que, o afeto é a base para a formação de todo e qualquer indivíduo, quer quando advém da paternidade biológica, quer quando supera o aspecto biológico.

Considera-se abandonado afetivamente aquele que tinha direito legítimo de receber afeto e não o obteve de quem tinha o dever legal de prestá-lo. Quando tratamos acerca do tema abandono afetivo tem-se em mente a relação entre pais e filhos, contudo encontram-se diversos outros tipos de relações onde as pessoas têm o dever de dedicar afeto ao outro. Porém, o mais habitual é a relação paternal/maternal, com predomínio daquele vínculo familiar em que um dos pais abandona afetivamente o filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que é de suma importância o dever familiar de garantir "a efetivação dos direitos referentes à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

Distanciar-se de um filho, privando-o do convívio família e das demais obrigações que envolvem o poder familiar é violar um dever, é atentar contra a sua dignidade, impedindo que este tenha um desenvolvimento sadio da personalidade e do seu amadurecimento enquanto ser humano, possibilitando que essa sofra de transtornos psicológicos, baixa autoestima, insegurança, dificuldades de relacionamento, como também pode desencadear riscos sociais.

Punir a negligência dos genitores somente com a perda do poder familiar, por exemplo, não seria o meio mais eficaz de uma tentativa de compensação à "vítima" das consequências advindas da omissão da figura do genitor, surgindo daí o fator gerador do dano moral. Os genitores não podem abandonar seus filhos a própria sorte ou acreditarem que uma pensão alimentícia irá suprir sua atenção e o acompanhamento da rotina dessa criança.

O descumprimento da lei gera consequências jurídicas, não estando restrito à perda do pátrio poder regido no Código Civil, cabendo perfeitamente, diante desse ilícito civil a condenação por indenização financeira. Giselda Hironaka (2005, p. 3) assim afirma:

> Nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade – há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave.

Não é a ausência do amor e do afeto em si o fato gerador do dano moral nas relações de família, visto que ninguém é obrigado a amar ninguém, mas Estado tem o dever de cuidar das condutas ilícitas capazes de ofender o psicológico e a moral do indivíduo.

Para Rui Rosado Aguiar Junior (2005, p. 40):

> A obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presente seus pressupostos; o direito familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar; a falta de previsão genérica para o direito de família não impede a incidência, além das regras especificas, aquelas do instituto da responsabilidade civil.

Deve-se lembrar que a natureza jurídica de tal responsabilização civil no nosso ordenamento jurídico é compensatória. É possível aparentar que a condenação de indenizar a vítima apresenta uma intenção punitiva àquele genitor que gerou seu filho e não pretende responsabilizar-se afetivamente por ele, cometendo assim o ilícito civil passível de dano moral, mas o caráter é pedagógico para inibir a reiteração dessa conduta lesiva.

Tal compreensão não opõem-se ao nosso ordenamento jurídico, visto que busca valorizar a dignidade da pessoa humana e que toda obrigação está sujeita as sanções quando descumprida, não sendo diferente quanto ao poder familiar.

Além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código Civil Brasileiro estarem de acordo, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90) estatuiu em seu art. 249 que a infração aos deveres do pátrio poder está passível à sanção, seja ela de reparação civil, de obrigação de fazer ou até de destituição do poder familiar.

O dano ocorrido na esfera psicológica de uma criança ou de um adolescente sem sombra de dúvidas tem relevância superior a qualquer dano material imaginável, uma vez que danos materiais são capazes de serem compensados com maior facilidade, e, os danos morais nem sempre podem ser superados, podendo deixar sequelas na vida adulta.

Há quem diga que nas relações afetivas não cabem indenizações por falta de previsão legal, mas hoje em dia os nossos tribunais têm acolhido tal responsabilização civil visando responder aos anseios sociais, uma vez que a ação não procura obrigar o genitor a amar, contudo, tem o objetivo de neutralizar os efeitos negativos dos danos psicológicos sofridos.

6 OS TRANSTORNOS CAUSADOS PELO ABANDONO AFETIVO

Diante das transformações sofridas ao longo dos anos nos padrões das tradicionais famílias brasileiras e das novas representações sociais, diversos são os casos em que os pais não cumprem com o seu papel sócio afetivo na vida dos filhos, gerando assim diversos transtornos.

Gabriel Chalita leciona acerca do assunto:

> O exemplo materno e paterno, a alimentação, os sons recebidos do mundo externo, os mitos que começam a se formar, os medos, as ambições, o aprendizado da linguagem esse processo continua por toda à vida. Mesmo que as relações familiares mudem, não há como negar que por toda a vida se carrega a estrutura básica obtida na formação da infância, que se dá fundamentalmente na família. Em muitos casos, essa convivência aprisiona e forma seres preconceituosos, medrosos. Em outros, o ambiente proporciona a harmonia e a alegria. De qualquer forma são marcas que podem ser trabalhadas, evoluídas, mas acompanharão o indivíduo (2004, p. 123).

Um pai ou uma mãe biológicos ausentes poderão tornar-se estranhos na vida dos filhos, o que afeta direta e indiretamente o crescimento de uma criança. Há estudos que relatam que cada criança se desenvolve de acordo com as influências ambientais a que estiver convivendo. As crianças que são assistidas afetivamente por seus pais têm maior autoestima, melhor aprendizado e menos chances de sofrerem depressão.

Diana Ostam Romanini Mangella dos Santos relata:

> A relação afetiva no desenvolvimento da personalidade do indivíduo é fator preponderante na prevenção criminal, uma vez que a ausência de afeto despersonaliza o indivíduo, que não consegue criar vínculos saudáveis, sendo que a ausência de vínculos facilita a entrada e permanência no meio criminoso. Daí a importância de orientar os pais e responsáveis a fortalecerem os vínculos que os unem aos seus filhos ou pupilos, cabendo ao Judiciário aplicar com maior frequência as medidas protetivas aos adolescentes e as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. (2008, p. 159).

O abandono afetivo causado pelos pais pode resultar aos seus filhos autoestima baixa, gerando sintomas depressivos. A presença constante dos pais na vida de seus filhos é de extrema importância para o desenvolvimento da criança e/ou do adolescente. Uma criação má direcionada pode resultar em sérias consequências na vida adulta de uma pessoa, sendo a principal fonte de um futuro o desajuste social.

A falta de afeto e cuidado por parte da família pode ocasionar distúrbios de personalidade e patológicos em qualquer criança e/ou, refletindo em sua fase adulta. São inúmeros os atos ou a falta deles, por parte dos pais, considerados prejudiciais, dentre eles podemos citar a rejeição, o abandono, a superproteção, a cobrança por perfeccionismo, a hostilidade, a indiferença, a rigidez, a superautoridade e, ainda, superpermissidade. Em contrapartida, algumas atitudes podem ser taxadas como úteis, opondo-se às atitudes consideradas nocivas, seriam uma delas o afeto e amor, que se opõem à rejeição e ao abandono, por exemplo.

Em suma, para que uma pessoa tenha um desenvolvimento integro é fundamental que ela cresça em um meio saudável dentro do âmbito familiar, sob pena de distúrbio no seu caráter.

7 OS EFEITOS DA AFETIVIDADE PERANTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E COMO DEVER FAMILIAR

O instituto família é primordial para que a vida em sociedade evolua de maneira habitual, garantindo a boa formação da personalidade de qualquer indivíduo. Os pais têm o direito/dever de ter um convívio saudável e participação afetiva para com os filhos. Comprovam-se tais deveres nas disposições legais, inseridas na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 dispõe:

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

A Constituição da República Federativa do Brasil exige a não existência de maus-tratos, respeitando a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente para que tenha pleno desenvolvimento físico e mental.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) reapresenta a norma constitucional em seu artigo 19, estabelecendo que:

> Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Por fim, o Código Civil de 2002 estabelece a responsabilidade conjunta dos pais em relação aos filhos. O poder familiar, regulamentado nos artigos 1.630 a 1.638 foi criado com a finalidade de buscar a proteção dos filhos menores pelos pais, resguardando seus direitos e deveres.[1]

---

[1] Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.
Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.
Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;

8 POSICIONAMENTOS POSITIVOS RELACIONADOS À COMPENSAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

O objeto da compensação por abandono afetivo diverge opiniões, não sendo esta uma decisão de entendimento pacífico, devendo cada caso concreto ser analisado individualmente.

A juíza de direito Simone Ramalho Novaes (2018, online) entende da seguinte forma:

> A preocupação constante de alguns julgadores contrários à indenização por abandono moral é no sentido de que se estaria incentivando a indústria do dano moral" ao conceder ao filho, abandonado pelo pai, indenização pecuniária. Embora justificado o entendimento e considerando que muitas vezes a intenção seja somente financeira, não se pode generalizar, sendo necessário examinar cada caso isoladamente. A banalização do dano moral e a mercantilização das relações extrapatrimoniais irão sempre existir em um número de casos, valendo citar como exemplos, algumas reclamações que crescem assustadoramente na Justiça, tais como, negativações individuais no SPC e SERASA, corte indevido no fornecimento de energia elétrica, bloqueio de conta e cartão de crédito, sem que haja comprovado inadimplemento por parte do titular, bagagem extraviada, o sinal da loja que soa, porque o balconista esqueceu-se de retirar o alarme do produto, a mercadoria que não foi entregue dentro do prazo estabelecido.
> Enfim, inúmeras situações presenciadas pelos operadores do direito e que, na sua grande maioria, são interpretadas como ofensa a dignidade moral da pessoa. Assim, não podemos deixar de entender que o abandono moral do genitor, o seu descaso com a saúde, educação e bem estar do filho não possa ser considerado como ofensa à sua integridade moral, ao seu direito de personalidade, pois aí sim estaríamos banalizando o dano moral.

Walkyria Carvalho Nunes Costa (2008, online) compreende que:

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.
Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.
Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.
Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.
Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

> Haveria, no Brasil, uma tendência coerente em se admitir ações de reparações de dano moral, quando o pai afetivamente abandona seu filho, deixando impresso em seu caráter a mácula do desprezo, se não fosse à decisão do STJ em refutar a ideia de reparação da responsabilidade civil. O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com muito trabalho, muita dedicação do genitor que preserve a guarda do infante, mas a carência de afeto corrói princípios, se estes não estão seguramente distintos na percepção da criança. É o afeto que delineia o caráter e, como é passível de entendimento coletivo, é a família estruturada que representa a base da sociedade. É comumente a falta de estrutura que conduz os homens aos desatinos criminosos, ao desequilíbrio social. Não que seja de extrema importância manter os pais dentro de casa, ou obrigá-los a amar ou a ter envolvimento afetivo contra sua própria natureza, mas é de fundamental valoração a manutenção dos vínculos com os filhos e a sua ausência pode desencadear prejuízos muitas vezes irreparáveis ao ser humano em constituição.

Walkyria Carvalho Nunes Costa (2008, online) diante da decisão do STJ no REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005, expõe seu entendimento:

> O STJ, no REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005, entendeu de forma contrária, publicando sua decisão que, a seguir, se resume: "Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada." Somos obrigados a concordar com o relator e dizer que, realmente, não há decisão judiciária no mundo que faça alguém sentir amor. Não se trata de uma obrigação de fazer, ou pior, de sentir. Respeita-se, neste diapasão, a posição manifestada pelo Ministro. A decisão favorável à indenização, no entanto, abriria um grande precedente aos pais que geram e não cuidam, às crianças que sentam horas em frente ao portão de casa à espera do pai, que não chega no domingo, às crianças que não sabem o que é desenhar, pintar, montar presentes para o dia dos pais e efetivamente entregá-los ao destinatário. Essas crianças precisam de apoio psicológico, de acompanhamento, pois fazem parte da secção anormal da criação no mundo, onde sabem que nasceram de ambos os genitores, mas apenas um lhes dá ciência do que é ser família. Não perderam o pai, mas o pai preferiu se perder deles, por espontânea escolha. Todas as escolhas na vida têm prós e contras, e um pai ausente deveria suportar o ônus financeiro de seu livre arbítrio, para que a Constituição Federal fosse respeitada na literalidade de seus princípios.

Existente modos adequado de se impor a responsabilidade civil, que esta ocorra com a devida compensação. O Estado entende que o abandono afetivo é situação que existe no seio da família e, por isso, deve ser trabalhada como matéria privada e não pública.

O ordenamento jurídica não modifica a sua aptidão de estabelecer julgamentos morais de atos realizados pelos pais, no entanto pode apresentar respostas para prevenir situações onde se verifica a falta de cuidado com os filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar como deve ocorrer a aplicação do dano moral decorrente do abandono afetivo. Ressalta-se como ponto importante o fim do

modelo patriarcal, absoluto e ilimitado, dando lugar à afetividade e a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227 afirma que é assegurado às crianças e aos adolescentes 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. Não podendo haver o descumprimento da lei vigente.

O artigo 186 do Código Civil ao tratar da cláusula geral de responsabilidade civil determina que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

O dano moral é aquele que não tem caráter patrimonial, e, abandono afetivo está inserido nessa classificação, uma vez que diz respeito de forma mais próxima ao valor fundamental da dignidade humana. Apesar de não ter teor econômico, possui um valor e merece tutela do direito.

O direito ao afeto e cuidado é assegurado na cláusula da dignidade da pessoa humana, consagrada na Carta Magna de 1988. Tanto é que para ser aferida a intensidade do dano moral deve ser avaliada a dor experimentada pela vítima no seu sentimento de dignidade. Amar é dever. Ser amado é direito. Isto é incontestável.

O genitor descumprindo com as obrigações advindas do poder familiar, regidas na Constituição, fere os direito da personalidade, atingindo o princípio fundamental da CRFB/88 da dignidade humana. Diante do cometimento de ato ilícito, o dano causado há de ser ressarcido. Tentar reparar o dano causado é uma das funções da sentença que condena o genitor a ressarcir um filho diante do abandono afetivo.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são divergentes acerca do tema tratado, mas há indicação de amadurecimento quanto ao mesmo. Já entende-se que os efeitos gerados não são passíveis de reparação e ressarcimento, mas apenas de compensação indenizatória, servindo esta para diminuir a dor e aliviar o sofrimento pelo mal ocasionado. Devendo ser vista como uma punição pedagógica, voltada a inibir atentados contra a dignidade humana, através da redução do capital do genitor.

A Constituição Federal de 1988 não só protege o direito das crianças e adolescentes, impondo obrigações aos genitores, mas também preserva a aplicação do princípio constitucional da paternidade responsável como um dos fundamentos do planejamento familiar, garantindo a homens e mulheres o direito de decidir o tamanho de sua família, ou ficar apenas no âmbito do casal. Não condenar esses genitores ausentes à uma compensação ao dano

cometido é permitir que continuem negligenciando as obrigações do poder famílias, rejeitando um filho e excluindo-lhes direitos.

Não há como se paga por momentos não vividos entre pais e filhos, muito menos há como fazer com que se recupere o tempo perdido em família. A reparação civil pelo abandono afetivo nada mais é do que o último recurso a qual tem direito um filho abandonado, devendo este buscar amparo na lei para que tenha assegurado tal direito "compensatório".

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30/09/2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 20 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano Moral no Direito de Família.** São Paulo: Ed. Método, 2006.

CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto.** São Paulo: Ed. Gente, 2004, p.123.

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

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes - Abandono Afetivo Parental - A Traição do Dever de Prestar Apoio Moral. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784. Acesso em: 17 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda. Aspectos jurídicos da relação paterno-filial. **Carta Forense,** São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, mar. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além de *numerus clausus.* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito de Família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, vol. II, 2008, p. 287.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAES, Simone Ramalho. Abandono Moral. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4a829015-86d7-41ab-86f1-7b6ffe152509&groupId=10136. Acesso em: 20 jun. 2020.

ROSADO. Rui Aguiar Junior. Responsabilidade Civil no Direito de Família. Ex. Ministro do STJ. ADV **Advocacia Dinâmica**: seleções jurídicas, nº 2, p. 39-43, fev. 2005.

SANTOS, Diana Ostam Romanini Mangella dos. **A importância do afeto na prevenção criminal.** São Paulo: Scortecci, 2008, p.159.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Série Concursos Públicos.** V. 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.