

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Sheila Sulzbacher Assmann

Responsabilidade civil por abandono afetivo  
Análise sob uma perspectiva constitucional

Porto Alegre

2014

SHEILA SULZBACHER ASSMANN

Responsabilidade civil por abandono afetivo  
Análise sob uma perspectiva constitucional

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

Porto Alegre

2014

SHEILA SULZBACHER ASSMANN

Responsabilidade civil por abandono afetivo  
Análise sob uma perspectiva constitucional

Monografia de conclusão de curso  
apresentada na Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
– UFRGS como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Ciências  
Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Lisiane Feiten Wingert Ody  
Orientadora

---

Professor Jamil Andraus Hanna Bannura

---

Professora Simone Tassinari Cardoso

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente aos meus pais pelo carinho e pela dedicação com que me criaram, pelos conselhos, pelo apoio e por acreditarem nos meus sonhos, incentivando-me sempre a buscá-los. Agradeço à minha irmã pela amizade e pelo companheirismo.

Agradeço à minha orientadora, Profa. Lisiane Feiten Wingert Ody, pelos ensinamentos, pela confiança, pelas observações e comprometimento.

Agradeço aos meus colegas e amigos da Faculdade Ana Paula Lopes, Bruno Bitencourt, Diego Marset, Emília Cabreira, Fernando Eick, Laura Damo, Luciana Ruttscheidt, Luna Schimidt, Maraya Marques, Marcio Furtado, Maria Elisa Marcolin, Paula Leal, Rodrigo Cantali e Rodrigo Oliveira pelas experiências compartilhadas nestes últimos anos, pela amizade e pelo apoio.

Agradeço às minhas amigas Bruna Henn, Camila Berwig, Carine da Silva, Carline Schwendler, Francine Weis, Graziela Melz, Helena Schuck, Priscila Cortez e Thamires Waechter pela amizade, pelas risadas, pelas conversas, pelo companheirismo e pelos conselhos.

Agradeço aos demais amigos, que, de perto ou de longe, fizeram parte desta caminhada.

Agradeço ao Matheus pela compreensão, pela paciência, pelo incentivo, pelo carinho, pelo suporte e por estar sempre presente nos momentos de angústia.

Por fim, agradeço a Deus, que iluminou o meu caminho nesta trajetória, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades e por me proporcionar conhecer pessoas como essas.

## RESUMO

Este trabalho enfrenta o tema da possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo paterno. O conceito de família evoluiu, não devendo mais esta ser entendida como uma relação de poder, mas como uma entidade voltada à formação da personalidade de seus membros. Analisa-se se existe direito subjetivo à afetividade e, em caso positivo, os fundamentos nos quais este se baseia. Investiga-se quando o descumprimento dos deveres inerentes à paternidade constitui ato ilícito, passível, portanto, de indenização. Demonstra-se que, não havendo restrições legais, aplicam-se às relações familiares as regras gerais relativas à responsabilidade civil. Conclui-se, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento central do Estado Democrático de Direito, e do qual decorrem as demais normas aplicáveis ao tema – pela possibilidade de indenização, mediante a aplicação das cláusulas gerais atinentes à responsabilidade civil, desde que presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano, culpa e nexa causal.

Palavras-chave: Dignidade humana. Afetividade. Abandono afetivo. Família. Responsabilidade civil.

## **ABSTRACT**

This present study addresses the issue of the possibility of indemnification over moral damage from childhood emotional neglect. The concept of family has evolved, ceasing to be acknowledged as a power relation, but as an entity focused on the personality development of its members. This study analyzes whether there is a subjective right to affection and, if positive, the fundamentals on which this bases itself. It also investigates if the breach of duties inherent to paternity constitute illicit act, plausible, therefore, of compensation or indemnity. It is demonstrated that, when having no legal restrictions, general rules related to civil liability are applied to family relations. This study concludes, with fulcrum on the principle of human dignity – central fundament of the Democratic State of Law and from which other regulations applicable to the issue accrue –, on the possibility of indemnification, by applying the general conditions regarding civil liability, whereas its characteristic elements are present, whichever they may be, illicit act, damage, guilt and causality.

Key-words: Human dignity. Affection. Emotional neglect. Family. Civil liability.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 O ORDENAMENTO JURÍDICO E O ABANDONO AFETIVO</b> .....	<b>11</b>
2.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	13
2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS, JOVENS E ADOLESCENTES .....	18
2.3 PODER FAMILIAR, GUARDA E VISITAS – DIREITOS E DEVERES .....	21
2.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	26
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO SOCIOAFETIVO</b> .....	<b>34</b>
3.1 BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	34
3.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA .....	36
3.3 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	39
3.3.1 Ato Ilícito.....	40
3.3.2 Conduta Culposa.....	44
3.3.3 Dano.....	48
3.3.4 Nexo Causal.....	53
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>60</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Segundo Pontes de Miranda, “a responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam”<sup>1</sup>.

O conceito de dano a ser tutelado pelo ordenamento jurídico varia historicamente, de acordo com o valor atribuído à relação da pessoa com os diferentes bens da vida que a cercam, bem como o valor dado à pessoa em si mesma. Ao se levar em consideração a pessoa vista a partir de sua subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e, por isso mesmo, dotada de atributos e interesses não mensuráveis economicamente, passa, o Direito, a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial<sup>2</sup>.

Em agosto de 2003 foi julgada procedente demanda processada na Comarca de Capão da Canoa/RS<sup>3</sup>, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença proferida teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. A representante do Ministério Público que atuou no caso entendeu que *“não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”*, salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.<sup>4</sup> O caso iniciou os debates sobre o tema, cujas discussões estão longe de pacificadas, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

---

1 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2ª reimpressão. 1984, §5.498, p. 3.

2 MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001, p. 181-182.

3 Processo n.º 141/1030012032-0<sup>3</sup>, que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS.

4 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

Segundo Judith Martins-Costa,

O conceito de dano não é “dado”, mas sim “construído”, e, mais ainda, é, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um “conceito situado”. De uma perspectiva claramente nominalista – vale dizer, dano seria tão só o prejuízo sofrido por um bem determinado, calculado segundo a “Teoria da Diferença” – se alcança uma noção jurídica, pela qual o dano é a lesão a interesse jurídico. O que é “interesse jurídico” é sempre aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade considera-se digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano<sup>5</sup>. (Grifou-se)

Nesse sentido, ante a ausência de critérios normativos tendentes a delinear os contornos do dano moral e a fim de se possibilitar o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses, a análise do caso concreto deve se pautar pelo papel normativo conferido aos princípios em conjunto com os direitos e garantias individuais previstos pelo sistema constitucional, bem como as cláusulas gerais. Fala-se acerca da elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgote nos tradicionais atributos (como, por exemplo, a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada), mas com alargada possibilidade de expansão.

A previsão indenizatória do dano moral ocorrido no âmbito das relações familiares está positivada nas cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil extrapatrimonial, artigos 1º, inciso III<sup>6</sup>, e 5º, incisos V e X<sup>7</sup>, da Constituição Federal, e artigos 186<sup>8</sup> e 927<sup>9</sup> do Código Civil. Diante desse contexto, propõe-se o estudo

<sup>5</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001, p. 182.

<sup>6</sup> 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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifou-se)

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem**; (...) **X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**; (...) (Grifou-se)

<sup>8</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>9</sup> 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.

acerca do momento em que o abandono afetivo do genitor para com o filho passa a se constituir em elemento suficiente para caracterizar o dano moral compensável.

Desta forma, na primeira parte (Seção 2), delinear-se-ão os fundamentos normativos nos quais se funda o direito subjetivo à afetividade, sendo estes demonstrados a partir de uma análise sistemática do Direito. Parte-se da verificação da consagração da dignidade humana como a base estruturante do Estado Democrático de Direito. Passa-se pela conceituação correta do Princípio da Afetividade e sua aplicação às relações familiares, além da análise da vinculatividade do Princípio da Proteção Integral das Crianças, Jovens e Adolescentes.

Sequencialmente, examina-se a evolução da família, vista atualmente como uma entidade voltada à formação da personalidade de seus membros, estruturada na afetividade e não mais como uma relação de poder ou de dominação. Na mesma medida, faz-se uma verificação dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar e à própria paternidade. A partir disso, analisa-se como a questão é tratada atualmente nos principais Tribunais do País.

Na segunda parte do trabalho (Seção 3), apresenta-se a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil e, especificamente, a do dano moral no direito de família. Faz-se também um exame conceitual da responsabilidade civil aplicada ao abandono afetivo, averiguando-se a imprescindibilidade da presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano, culpa e nexos causal, para que se perfectibilize o dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo.

Para se investigar o objeto proposto na presente pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, realizando-se a análise da legislação vigente, aliada à doutrina, confrontando-a aos entendimentos dos Tribunais pátrios.

Justifica-se o tema porque a criança e o adolescente, dadas suas condições peculiares de sujeitos em desenvolvimento físico e psíquico, merecem uma proteção especial. O Direito deve se preocupar com a matéria, pois a ausência injustificada do genitor pode originar conseqüente prejuízo à formação da criança e do adolescente, o que possivelmente se reflete diretamente na sociedade. Nesse sentido, cabe se

referir que o tratamento dado pelos Tribunais à questão também é capaz de trazer reflexos práticos para o comportamento das pessoas em sociedade.

## 2 O ORDENAMENTO JURÍDICO E O ABANDONO AFETIVO

A partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, o Direito de Família passou a congregar novos princípios, deixando a hierarquização que lhe era característica para dar maior destaque aos direitos das crianças e dos adolescentes e à família como entidade voltada à formação da personalidade de seus membros. A família foi reconhecida como base da sociedade e passou a receber proteção e atenção do Estado.

O foco do legislador constituinte, antes voltado à organização estatal, transferiu-se para o indivíduo. Também os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional<sup>10</sup>, deixando de serem meramente proposições normativas abstratas para adquirirem efetivação.

A dignidade da pessoa humana atualmente é o fundamento central do Estado Democrático de Direito com previsão no artigo 1º, inciso III<sup>11</sup>, do Texto Constitucional. O constituinte, preocupado com a promoção dos direitos humanos e da justiça social, consagrou esse princípio como o de valor nuclear da ordem constitucional.

A dignidade da pessoa, como princípio jurídico, designa não apenas o “ser da pessoa”, mas a “humanidade da pessoa”, vendo-se esta de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o “sujeito capaz juridicamente”, nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando, diversamente, a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos<sup>12</sup>.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa,

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 237.

<sup>11</sup> 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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifou-se)

<sup>12</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001, p. 184-185.

de forma a ligar todos os institutos à sua personalidade. Como princípio representa, além de um limite à atuação do Estado, um objetivo por ele a ser buscado ao promover e garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Segundo Judith Martins-Costa:

A afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional – apontando-se-lhe inclusive um valor “refundante” da inteira disciplina privada – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de uma ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

A questão da possibilidade de indenização por abandono afetivo ainda é muito controversa, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Dessa forma, necessária se faz a análise sistemática do ordenamento jurídico, desde as normas contidas na Constituição Federal, passando pelas normas infraconstitucionais, até chegar à jurisprudência.

O atual sistema jurídico normativo é aberto, podendo suas normas se revelarem sob a forma de princípios ou regras. Um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra<sup>14</sup>.

Os princípios, além de possuírem alto grau de generalidade, são também mandatos de otimização e, como mandatos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001, p. 185.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 12 ed. Ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120-121.

jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas<sup>15</sup>.

Os princípios constitucionais estão no vértice do sistema. A interpretação do Direito deve sempre estar em consonância com os valores e interesses por eles abrigados. Relativamente ao Direito das Famílias, não poderia ocorrer de maneira diversa, devendo seus institutos serem interpretados de acordo com os valores previstos na Constituição Federal. Além de serem aplicáveis ao Direito de Família princípios gerais, tais como o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade e da proteção integral da criança e do adolescente, também se aplicam princípios específicos atinentes a relações familiares<sup>16</sup>, dentre os quais merece destaque o princípio da afetividade.

## 2.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Na medida em que as relações familiares estão diretamente ligadas ao aspecto da dignidade de seus componentes, imperioso que o ordenamento jurídico, em especial a norma constitucional, esteja em compasso com a atualidade dos fatos sociais. Neste contexto, o Princípio da Afetividade se fez incorporar em nosso ordenamento jurídico, passando a família a encontrar fundamento no afeto, na ética e no respeito entre seus membros. O Princípio da Afetividade nada mais é do que a especialização, no campo das relações familiares, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

O Princípio é, contudo, de difícil delimitação. Acerca de sua conceituação, grande parte da doutrina entende que a palavra “afeto” não pode ser entendida unicamente como sinônimo de amor. Também não é, o afeto, fruto apenas da

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9a ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

biologia. Segundo a doutrina em geral, os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, conforme será visto.

Para Maria Berenice Dias<sup>17</sup>, embora a palavra *afeto* não esteja explícita na Constituição Federal, esta a enlaçou em seu âmbito de proteção. Afirma que inclusive o Estado é encarregado de dar afeto, na medida em que impõe obrigações para com seus cidadãos, elencando na Constituição Federal um rol imenso de direitos individuais e sociais, de maneira a garantir a dignidade de todos.

Segundo Rolf Madaleno<sup>18</sup>, o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento para, ao fim e ao cabo, dar sentido e dignidade à existência humana. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, ou entre os parentes. A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor de necessidade ingente.

Para Flavio Tartuce, *o afeto não se confunde necessariamente com o amor*. Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal e no ordenamento infraconstitucional, como princípio é possível aferir a afetividade a partir da interpretação das normas, dos costumes, da doutrina da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais<sup>19</sup>.

O afeto adquiriu valor jurídico, desencadeando transformações na forma como a família brasileira é vista pela sociedade e pela ordem jurídica. É possível citar vários exemplos, a começar pela tutela jurídica que passou a ser conferida às uniões estáveis, demonstrando que a afetividade entre duas pessoas adquiriu reconhecimento capaz de inseri-la no sistema jurídico. Nesse contexto, também o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é fruto do valor jurídico dado à afetividade. Inicialmente equiparada à união estável, foi, posteriormente, com a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, unificada a interpretação

---

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed., Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72/73.

<sup>18</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98-99.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flavio. *O princípio da afetividade no direito de família. Breves considerações*. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br./index2.php?sec=artigos>>. Visualizado em 29.11.2014.

a respeito da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento.

Também o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco e a proibição de diferenciação de tratamento entre filhos biológicos e adotivos são outros exemplos que demonstram a proporção que tomou a busca pela garantia da felicidade como um direito a ser alcançado e a importância da afetividade nas relações familiares.

O Direito de Família se tornou, na contemporaneidade, mais humanizado. Reconheceu-se à família a condição de *locus* privilegiado para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos (sujeitos de direitos) mais completos e psiquicamente melhor estruturados<sup>20</sup>. O afeto traduz-se como condição para entender o outro e a si próprio, respeitar a dignidade alheia e desenvolver uma personalidade saudável<sup>21</sup>.

Entende-se que a família não é mais vista apenas como uma instituição e sim como um instrumento de promoção da pessoa humana. Não mais possui, portanto, uma finalidade em si mesma, devendo ser destinada proteção a ela em razão dos seres humanos que a compõem.

Para ajudar na conceituação do princípio, necessário se faz uma análise acerca dos direitos e deveres existentes em uma relação paterno-filial. Acerca do tema, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>22</sup> destaca que ser genitor na amplitude legal exige três deveres: de sustento, de guarda e de educação.

O dever de sustento tem cariz notadamente patrimonial e, no caso de o casal parental estar separado, estende-se a ambos os genitores. Cumpre-se com a colocação de meios condizentes com a necessidade dos filhos à disposição destes por parte dos pais. Ressalta-se que o dever de sustento não guarda relação direta com as

<sup>20</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 1-2. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

<sup>21</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. *O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento das personalidade*, in Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, p. 448.

<sup>22</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. P.3-4. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

possibilidades econômicas dos devedores, nem com o grau de necessidade dos credores. Assim, na hipótese de o genitor guardião conseguir sozinho manter o sustento dos filhos, eliminando, em tese, a necessidade de prestação de alimentos pelo genitor não-guardião, ainda assim não desaparecerá, por parte deste, o dever de contribuir com o sustento daqueles. Todavia, se sua condição econômico-financeira não o permitir, será necessário que o sustento dos filhos sofra alguma espécie de restrição, adequando-se às possibilidades dos genitores. O descumprimento do dever de sustento dos filhos menores implica em mora, podendo até mesmo configurar a hipótese de prisão civil permitida pela Constituição Federal, corroborada pelo Pacto de San José da Costa Rica e prevista no rito do artigo 733<sup>23</sup> do Código de Processo Civil.

Já o dever de guarda diz respeito à manutenção dos filhos em companhia dos genitores, ou de pelo menos um deles, salvo se algum fato indicar que, no melhor interesse das crianças, devam ser elas afastadas da convivência diuturna com seus genitores, entregando-as à custódia de um terceiro que seja afetivamente próximo das crianças, guardando para com elas uma relação prévia de afinidade. O dever de guarda é uma decorrência natural do poder familiar, incumbindo aos genitores, primordialmente, este direito-dever. Na hipótese de desunião dos pais, caberá ao genitor não guardião, então, o direito-dever de visitas.

Não menos importante, o dever de educação da prole incumbe aos pais, como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os genitores devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. É essencial que a criança possa receber uma educação condigna e aliada à noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder estar ativo na proteção do filho. Tal função pode ser desempenhada por ambos os pais, por um só deles ou, ainda, por um terceiro, por exemplo, um tio, um avô, uma avó, uma irmã etc.

---

<sup>23</sup> Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. § 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. § 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão. (Grifou-se)

A afetividade como base da família também se encontra disposta de maneira expressa em nossa legislação, conforme se infere do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

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

Já o Código Civil menciona timidamente a expressão, destacando-a como elemento indicativo para a definição da guarda unilateral<sup>24</sup> ou a favor de terceiro<sup>25</sup>.

Percebe-se, assim, que, conforme a família exista e contribua para o desenvolvimento saudável da personalidade dos seus integrantes, acaba por intervir na formação da própria sociedade. Justifica-se, nesta senda, a sua proteção pelo Estado por ser medida de seu interesse. A autonomia da família não é absoluta, cabendo, por vezes, ao Estado a intervenção, sendo atualmente um desafio achar um equilíbrio entre a intervenção estatal nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da mesma<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. § 4º (VETADO). (grifou-se)

<sup>25</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (grifou-se)

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9a ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64-73.

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida<sup>27</sup>.

## 2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS, JOVENS E ADOLESCENTES

A Revolução Francesa veio trazer maior proteção ao menor, mais especificamente ao filho havido fora do casamento, como desdobramento do princípio da igualdade por ela propugnado. O período marcou também a facilitação da adoção e a limitação do chamado direito de corrigir, que tinha o detentor do pátrio poder. O pensamento protetivo ao menor ganhou mais corpo nas esferas civis e penais com o início da prevenção, inclusive, da delinquência juvenil, desde fins do século passado<sup>28</sup>.

As Ordenações e o Direito Português, de forma geral, seguiram esta mesma evolução, alterando-se, conforme a legislação de cada país, tão somente detalhes referentes ao sistema protetivo, tais como maioridade, emancipação, entre outros<sup>29</sup>.

Para efeitos de avanços legislativos na área, o século passado foi um marco decisivo na tutela de interesses do menor, notadamente em relação à vedação de discriminação de filhos.

A proteção ao ser humano, independentemente de sua condição, é fator motriz para seu desenvolvimento físico, mental e social, razão pela qual a sua personalidade

---

<sup>27</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

<sup>28</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Dano Moral e os direitos da criança e do adolescente*, in *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v.118, abr.jun.1993.

<sup>29</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Dano Moral e os direitos da criança e do adolescente*, in *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v.118, abr.jun.1993.

deve ser em primeiro lugar preservada, assim como os direitos decorrentes da mesma. Deixa-se de lado, pois, a teoria do individualismo exacerbado, dando-se vez à socialização da pessoa, quando a pessoa não é mais vista como um ser isolado, mas sim como ente que age e sofre ações, positivas ou omissas, no meio social, devendo ser protegida em seus valores mais íntimos, sem os quais não poderá atingir os legítimos fins, também na busca de tutela e amparo às minorias.

Após, desenvolveu-se também a concepção de que a criança é ser em desenvolvimento, que vai adquirindo, paulatinamente, sua maturidade física e mental, dando origem, em 1924, à Declaração dos Direitos da Criança, de Genebra. Na órbita do direito internacional, a proteção especial conferida à criança ganhou delineamento com a consignação dos direitos fundamentais do homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948<sup>30</sup>.

Dentro dessa linha de raciocínio, foi aprovada, em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que busca a promoção do desenvolvimento físico, mental, espiritual e social (princípios I<sup>31</sup> e II<sup>32</sup>), e segundo a qual a proteção que se visa destinar à criança implica em afastá-la de qualquer forma de negligência, crueldade e exploração (princípios IX<sup>33</sup> e X<sup>34</sup>). É reconhecida como um marco, na medida em que prevê que direitos fundamentais do homem são destinados também à criança.

---

<sup>30</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Dano Moral e os direitos da criança e do adolescente*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, v.118, abr.jun.1993.

<sup>31</sup> Princípio I - À igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade. A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

<sup>32</sup> Princípio II - Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social. A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (grifou-se)

<sup>33</sup> Princípio IX - Direito a ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho. A criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração. Não será objeto de nenhum tipo de tráfico. Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

<sup>34</sup> Princípio X - Direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos. A criança deve ser protegida contra as práticas que possam fomentar a discriminação racial, religiosa, ou de qualquer outra índole. Deve ser educada dentro de um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universais e com plena consciência de que deve consagrar suas energias e aptidões ao serviço de seus semelhantes.

Também foi reconhecida essa proteção especial na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>35</sup>, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>36</sup>, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e em estatutos e instrumentos relevantes de agências especializadas e organizações internacionais com dedicação ao bem estar da criança.

Fortalecida no Brasil a doutrina da Proteção Integral, inspirou-se a nossa Carta Maior no posicionamento dos documentos existentes no cenário internacional, também erigindo princípios básicos de proteção à criança e ao adolescente. Com efeito, voltando sua atenção à criança e ao adolescente, a Carta Magna delega à *família, à sociedade e ao Estado o dever de 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*, conforme se infere da leitura do artigo 227, *caput*.

Já o parágrafo sexto do mesmo artigo veda qualquer forma de discriminação entre os filhos, dispondo que *os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. São as garantias mínimas de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção a criança e o adolescente em razão de estarem em estágio de desenvolvimento físico e mental.

---

<sup>35</sup> Artigo 7 - 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

<sup>36</sup> Art. 23. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família. 3. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos. 4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidade dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos. (grifou-se).

Art. 24. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade. (grifou-se).

O Estatuto da Criança e do Adolescente detalha as diretivas previstas nos artigos 5º e 227 da Constituição Federal, demonstrando a forma de implementação, podendo ser entendido como a tradução brasileira da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Crianças e adolescentes estão elevados à condição de sujeitos de direitos e, em razão de se encontrarem em estágio de desenvolvimento, devem receber proteção especial, atribuindo-se ao Estado a responsabilidade pela criação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais destes seres. O Estatuto da Criança e do Adolescente rege-se pelos princípios de melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma digna, podendo gozar de forma plena de seus direitos fundamentais<sup>37</sup>.

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e o adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado<sup>38</sup>.

O princípio da proteção integral de crianças e adolescentes acabou por emprestar nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento de deveres a ele inerentes configura infração suscetível de multa<sup>39</sup>, conforme o artigo 249<sup>40</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 2.3 PODER FAMILIAR, GUARDA E VISITAS – DIREITOS E DEVERES

O poder familiar, mais do que um poder, constitui-se de uma relação, ou do exercício de várias atribuições, cuja finalidade última é o bem do filho. Nesta ordem de colocação do instituto, pode-se ir além e dizer que se trata de uma conduta dos genitores relativamente aos filhos, de um acompanhamento para seu desenvolvimento progressivo, à medida que evolui a idade e o desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus

<sup>37</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. *Código Civil comentado. Famílias*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 436.

<sup>40</sup> Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

bens. Não há tão somente um encargo, mas um direcionamento com poder para impor uma certa conduta. Fala-se de uma conduta de proteção, de orientação e acompanhamento pelos pais<sup>41</sup>.

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direitos. Essa inversão ensejou uma modificação no conteúdo do poder familiar em face do interesse social que envolve. O poder familiar é costumeiramente trazido como exemplo de poder-função ou direito-dever<sup>42</sup>. O poder familiar ostenta a dimensão voltada à proteção e ao encaminhamento do filho ao futuro, dentro de uma ordem de direitos e deveres. A Constituição Federal<sup>43</sup> estabelece expressamente, em seu artigo 229<sup>44</sup>, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. A edição do Estatuto da Criança e do Adolescente acompanhou a evolução das relações familiares. O Estatuto da Criança e do Adolescente alterou o sentido de dominação que possuía o instituto, dando-lhe um cariz de proteção.

O poder familiar era antigamente denominado “pátrio poder” (termo derivado da expressão *pater potestas*, oriunda do direito romano). Era exercido primordialmente pelo homem da família, cabendo à mulher o seu exercício apenas na falta ou impedimento de o homem assumir a chefia da família. Entretanto, atualmente vivemos em um momento histórico em que impera a igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos genitores é uma consequência lógica do diálogo e entendimento, preponderando direitos e deveres em uma proporção justa e equânime no convívio familiar.

Com efeito, com a mais recente ordem constitucional, foi outorgado a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem a responsabilidade conjunta dos genitores em relação aos filhos<sup>45</sup>. Em caso de separação dos pais, é

---

<sup>41</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 535-537

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 435.

<sup>43</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 dez 2014.

<sup>44</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (Grifou-se)

<sup>45</sup> Art. 1.630 do CC. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

destes a decisão sobre a guarda dos filhos no processo consensual de divórcio<sup>46</sup>. Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se dividem igualmente entre os pais.

Nesse prisma, cabe mencionar que casos de abandono afetivo são mais frequentes quando da dissolução da sociedade conjugal, momento em que ocorre o fenômeno conhecido como recomposição de famílias. Neste compasso, a guarda dos filhos menores, quando dissolvida a sociedade conjugal, é atribuída a ambos os pais ou, nos casos em que isso não seja possível, a um deles. Com efeito, desde a edição da Lei nº 11.698/08, passou a ter primazia o instituto da guarda compartilhada, apenas havendo que se falar em guarda unilateral quando o melhor interesse da criança, por uma série de fatores, assim determinar. Mostra-se evidente a preocupação do legislador brasileiro em relação à convivência de pais e filhos<sup>47</sup>.

---

Art. 1.631 do CC. 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. 21 do ECA. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

<sup>46</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (grifou-se)

<sup>47</sup> Neste sentido, recentemente foi aprovado no Senado Federal o Projeto de Lei n. 117 de 5 de dezembro de 2013 (pendente de sanção presidencial), que pretende determinar, em suma, que o tempo de convivência dos filhos com ambos os pais seja dividido de forma igualitária, podendo a guarda unilateral ser concedida quando um dos pais abrir mão do direito ou caso o juiz verifique que o filho não deva permanecer sob a tutela de um dos responsáveis. Contudo, aquele que abrir mão da guarda fica responsável por supervisionar se os interesses da criança estão protegidos, tal como já ocorre atualmente em relação ao não guardião. No caso de não haver possibilidade de combinações entre os pais, caberá ao juiz, no caso concreto, determinar como fica a situação.

Apesar de na prática a norma vir a ser de difícil aplicação prática, na medida em que é sabido que a guarda compartilhada não é a melhor forma de guarda quando não há uma boa relação e consenso entre os pais, reconhece-se o esforço do legislador no sentido de tentar garantir ao filho a máxima experiência com ambos os genitores, através da manutenção dos laços que antes os uniam.

A partir da ideia de que o pai tem a função de autoridade, e serem os cuidados com a criança função materna, criaram-se mitos em torno das funções da paternidade e maternidade<sup>48</sup>. Por exemplo, em uma separação de casais, geralmente os filhos ficam com a mãe, sendo raras as vezes em que os pais reivindicam a guarda dos filhos, apesar de a lei não fazer qualquer indicação de qual o genitor que deve ficar com o filho<sup>49</sup>.

A guarda é atributo do poder familiar, e se refere à convivência propriamente dita, constituído do dever de viver com o filho menor ou maior incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de velar pelos interesses do filho. Prevalece o princípio do melhor interesse da criança ao se considerar como critério importante para a definição da guarda a apurar a felicidade dos filhos<sup>50</sup>. De acordo com o artigo 1.579, *caput* e parágrafo único<sup>51</sup>, do Código Civil, com o divórcio não se modificam os direitos e deveres dos pais e das mães em relação aos filhos, não podendo haver restrições no caso de novo casamento de qualquer dos genitores.

Entretanto, a falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais, que permanece íntegro de terem os filhos em sua companhia, conforme se infere da leitura do artigo 1.632<sup>52</sup> do Código Civil. Ocorre apenas restrição ao exercício do encargo, que dispõe de graduação de intensidade, não havendo limitação à sua titularidade.

No que tange ao exercício do poder familiar, o artigo 1.634 do Código Civil elenca, em seus incisos, sete hipóteses de competência dos genitores quanto aos filhos: *dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda;*

---

<sup>48</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?* 2002. Disponível em <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>> visualizado em 28.11.2014, p. 3.

<sup>49</sup> Com efeito, conforme se depreende da leitura do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, a lei refere que a guarda, quando unilateral, será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos (inciso I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (inciso II) saúde e segurança; e (inciso III) educação. Não há, pois, favorecimento à mãe ou ao pai em relação à guarda do filho.

<sup>50</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 432.

<sup>51</sup> Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

<sup>52</sup> 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.

*conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; 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; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Já o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.*

Nesse contexto, a essência existencial do poder familiar é a mais importante, colocando em destaque a afetividade responsável que liga genitores e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar<sup>53</sup>. Quando a guarda é unilateral, ao genitor não guardião cabe o direito de visitação, assim como o dever de fiscalizar a sua manutenção e educação<sup>54</sup> e, ainda, de supervisionar se os interesses do filho estão sendo atendidos<sup>55</sup>.

Durante um longo período histórico no Direito brasileiro, o exercício das visitas foi considerado uma mera prerrogativa do ascendente não guardião de receber seus filhos sob custódia do outro genitor, ocasionando inúmeros casos em que pais, vendo nas visitas uma faculdade, não davam espaço ao direito dos filhos de compartilhar o contato com seus ascendentes<sup>56</sup>. O adimplemento do dever de visita ficava exclusivamente à mercê da vontade do genitor, que escolhia a seu bel-prazer a hora, o dia e a periodicidade de ver os filhos<sup>57</sup>.

Atualmente as visitas são vistas como um direito-dever dos pais não guardiões para com seus descendentes menores, não emancipados e maiores incapazes. O

<sup>53</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana*. In Revista de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 32, out-nov, 2005, p. 138-158.

<sup>54</sup> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

<sup>55</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (...) § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

<sup>56</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 382.

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 470.

direito-dever de visita não é restrito aos pais, podendo ser estendido aos avós, por exemplo, especialmente quando sabida a importância desse contato para a sadia formação psicológica e moral da criança. Entretanto, nem sempre os genitores exercem o dever de visitas para com seus filhos e, embora seja dito que as visitas representam um direito-dever dos pais, estão mais vinculadas ao direito dos filhos em formação de conviver com seus genitores<sup>58</sup>.

Segundo Rolf Madaleno<sup>59</sup>, os anais forenses registram um sem-número de dolorosos relacionamentos que demonstram rejeição de um genitor para com um filho, deixando o genitor de procurar o filho nos dias marcados para visitação, nem dando satisfações da sua maliciosa ausência. Diferentemente da compreensão dos adultos, os filhos são incapazes de entenderem a imotivada ausência física do genitor e cuja falta muito mais se acentua em singulares datas, como, por exemplo, o aniversário do filho, o Dia dos Pais, os festejos de Natal e de Ano Novo, ou no simples gozo de um período de férias na companhia do genitor. Não raros são os casos em que, por já haver constituído uma nova família, na qual talvez até já haja outros filhos, os pais, em atitude discriminatória, deixam de entrosar o filho da união passada nesse âmbito de convivência. Nesta última hipótese, o que costumeiramente acontece é o fato de o genitor não guardião acabar por confundir o casal conjugal anteriormente formado – e atualmente desfeito – com o casal parental (relação esta que, diferentemente daquela, se marca pela perenidade e indissolubilidade)<sup>60</sup>.

## 2.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A questão da indenização por abandono moral pode ser considerada relativamente nova no Direito Brasileiro. Não há muitas decisões sobre o tema, além de haver esparsa divergência nos julgados. A falta de consistência na elaboração

---

<sup>58</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 382-383.

<sup>59</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 3834.

<sup>60</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. P.5. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

técnica dos fundamentos jurídicos do dano moral não significa uma tutela mais ampla aos lesados. Acaba por redundar em grave obstáculo à proteção integral da pessoa humana. Nesse compasso, a jurisprudência acaba por estabelecer os parâmetros acerca da indenizabilidade do dano moral por abandono afetivo.

A análise dos julgamentos existentes no Brasil acerca do tema é assaz importante neste trabalho porque o Direito de Família, de um modo geral, é uma área do Direito muito dinâmica, cuja interpretação varia em um ritmo um tanto quanto frenético. Além disso, conforme o juiz possa dar novo sentido à lei ao realizar a sua interpretação, não resta dúvida que a jurisprudência pode ser considerada fonte do Direito, ainda que informal. De acordo com Miguel Reale, a jurisprudência é *a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais*<sup>61</sup>. A jurisprudência possui uma função reveladora do Direito que produz uma norma que vem a completar o seu sistema objetivo, havendo *a exigência de consistir em uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência*.<sup>62</sup>

A primeira decisão favorável à possibilidade de indenização em razão de abandono afetivo data do ano de 2003 e foi proferida nos autos do Processo n.º 141/1030012032-0, que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS. Na ocasião, o magistrado condenou o pai ao pagamento de 200 salários-mínimos de indenização por dano moral, em razão do abandono afetivo e moral da filha de 9 anos. Não houve recurso<sup>63</sup>.

No ano seguinte, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, condenou um pai ao pagamento de indenização no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) a título de danos morais, em razão do abandono paterno<sup>64</sup>. O relator assim se manifestou:

---

<sup>61</sup> Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

<sup>62</sup> Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168-169.

<sup>63</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 386.

<sup>64</sup> INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG - Apelação Cível

(...)

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

(...)

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "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-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso em comento, vê-se claramente, da cuidadosa análise dos autos, que o apelante foi, de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado.

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.  
(..) (Grifou-se)

Mais recentemente, em 2009, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº. 0007035-34.2006.8.19.0054, condenou o pai por abandono afetivo e material da filha ao pagamento de indenização no valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. No julgado, levou-se em consideração o tratamento dispensado pelo pai aos demais filhos em comparação ao dado à filha que ajuizara a ação de indenização.<sup>65</sup>

O Resp 1159242/SP foi a primeira decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça favorável à possibilidade de indenização por abandono afetivo. Na ocasião, entendeu-se ser cabível a indenização pelo não cumprimento do dever de criação, educação e companhia - de cuidado e não pela ótica do amor omitido, entendendo-se estar o cuidado como valor jurídico objetivo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.<sup>66</sup> A Ministra relatora, Nancy Andrighi, assim analisou a questão:

---

<sup>65</sup> Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral que a Autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovisionamento da apelação. (TJRJ, AC 0007035-34.2006.8.19.0054, 8ª C. Cível, Rel. Des. Ana Maria Oliveira, julg. 20.10.2009).

<sup>66</sup> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

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

(...)

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.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

(...) Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

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, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

---

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

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

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

**Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.**

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge 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.**

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.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

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 sofre –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

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.

## **2.2 Do dano e do nexa 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 nexa 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 descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

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 ipsae* traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexa.

(...) (Grifou-se)

Acerca do tema, há grande divergência na jurisprudência. Em sentido contrário, conforme análise do REsp 757411/MG<sup>67</sup> e REsp 514350/SP<sup>68</sup>, o

<sup>67</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

<sup>68</sup> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de

entendimento, em suma, é de que, não sendo o abandono afetivo um ato ilícito, não dá ensejo à indenização por dano moral, além de que, no caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação de família prevê institutos específicos, *verbi gratia*, a perda do poder familiar, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 24, e no Código Civil, artigo 1.638, inciso II. Além disso, entende-se não caber ao Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo.

Ainda que respeitosos, contudo, entende-se que estes entendimentos se mostram equivocados. É bem verdade que o genitor não tem culpa por não ter amor pelo filho. Todavia, tem culpa por negligenciar o cuidado com este. O genitor é responsável por não ter cumprido seus deveres de convivência, de educação e de assistência moral. Os referidos julgados destoam, em muito, do expresso em nossa Carta Magna. De outra parte, impor, simplesmente, a perda do poder familiar poderia não se constituir em uma sanção na prática, e sim em um favor ao genitor negligente<sup>69</sup>.

---

reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido. (REsp 514.350/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009)

<sup>69</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9a ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 470.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO SOCIOAFETIVO

#### 3.1 BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança<sup>70</sup>. Não se cogitava do fator culpa; o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, posteriormente regulamentada, dando origem à pena de talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas<sup>71</sup>.

O casuísmo que caracterizou a legislação romana impediu o surgimento de um princípio geral de responsabilidade, assim como a sistematização de institutos<sup>72</sup>. Sucede este período o da composição, que, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada<sup>73</sup>. Sequencialmente, marco fundamental da constituição da obrigação de indenizar foi a *Lex Aquilia*, que originou o que hoje entendemos como responsabilidade extracontratual, prevendo a medida do grau de culpa da ação do causador do dano, bem como a substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado<sup>74</sup>.

As ideias iniciais sobre distinção de pena e reparação foram estabelecidas pelos romanos, ante a diferenciação entre delitos públicos e privados. Assim, o delito público tinha uma conotação mais elevada, quando havia violação de norma jurídica que o Estado considerava de relevante importância social, enquanto o delito privado era a ofensa feita à pessoa ou aos seus bens<sup>75</sup>.

Posteriormente, foi deslocado o enfoque apenas na culpa para a quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano. Mudança profunda passou a sofrer a teoria da responsabilidade civil a partir do último quartel do século XIX, acentuando-se ao

<sup>70</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 3. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

<sup>71</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 4.5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 24-25.

<sup>72</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 21.

<sup>73</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. IV, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

<sup>74</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 3. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

<sup>75</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. III, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 223.

longo do século XX, em consequência da disseminação do uso de máquinas no processo industrial e no cotidiano das pessoas. A vida em conglomerados urbanos acarretou a multiplicação dos acidentes. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma “culpa” na origem do dano e, por vezes, era difícil identificar o próprio causador do dano<sup>76</sup>.

Operou-se, assim, sob o aspecto objetivo, uma revisão por parte da doutrina de conceitos até então considerados dogmas, como o da necessidade de uma culpa para justificar o dever de reparar os danos causados por alguém. Difundiram-se, a partir daí, as teorias do risco, descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Nesse prisma paralelo, afastou-se a pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano<sup>77</sup>.

A teoria do risco inicialmente foi utilizada naquelas situações em que era justo que quem recolhesse as vantagens, de uma empresa, indenizasse aqueles que, sem poder esperar os mesmos proveitos, fossem vítimas de acidentes; posteriormente espalhou-se para outros campos da responsabilidade civil, sendo aplicável sempre que criado um risco potencial de dano à esfera jurídica de outra pessoa<sup>78</sup>.

Já o princípio genérico da responsabilidade civil começou a se desenvolver somente no século XVII, e posteriormente serviu de base à redação do artigo 1.382 do Código Civil francês, ficando consagrado ali, em termos claros, que “todo e qualquer fato do homem que causa dano a outrem obriga o culpado a repará-lo”. Ou seja, ficou consagrado o princípio da atipicidade da responsabilidade civil, mediante cláusula geral instituidora de uma responsabilidade subjetiva<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 22.

<sup>77</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 23.

<sup>78</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 22.

<sup>79</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 21-22.

Do Código de Napoleão, o direito brasileiro recebeu a ideia fundamental de que a responsabilidade escora-se e encontra supedâneo na culpa. O antigo Código Civil, apesar de presumir a culpa do lesante em algumas poucas situações, era filiado à teoria subjetiva, exigindo-se, para a reparação do dano, prova de culpa ou dolo do causador. A responsabilidade subjetiva mantém-se como regra geral no atual Código<sup>80</sup>.

### 3.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Houve tempos em que todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial<sup>81</sup>, se esta se delineasse unicamente como sofrimento, era considerado contrário à moral e, por conseguinte, ao Direito. O que se denomina *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica com exceção dos casos expressamente previstos pelo legislador civil. Além disso, observou-se a dificuldade em se verificar a existência e a extensão do dano sofrido quanto à mensuração dos sentimentos de alguém. Nem era possível determinar a quantidade de vítimas do evento danoso, pois todo aquele que sofrera estaria, em princípio, legitimado. A conclusão era a de que aquilo que não se pode medir não se pode indenizar<sup>82</sup>.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 cortou qualquer dúvida que havia a respeito da reparabilidade do dano moral ao estatuir no seu art. 5º, inciso V, ser *assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem*, além de estabelecer, no inciso X, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo plano material ou moral decorrente da

---

<sup>80</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156.

<sup>81</sup> Sobre a utilização dos termos “dano moral” e “dano extrapatrimonial” como sinônimos, entende-se correta tal aplicação, na medida em que no direito brasileiro vigem cláusulas gerais sobre o assunto (artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal). Sobre o assunto: MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001, p. 187-191.

<sup>82</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 143.

violação. O remate das dissensões doutrinárias e jurisprudenciais remanescentes ocorreu com a edição da n.º 37 pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>83</sup>, prevendo a possibilidade de cumulação dos danos moral e material quando advindos do mesmo fato<sup>84</sup>. Em verdade, a doutrina já apontava nesse sentido, com poucas dissidências, enquanto que, na jurisprudência, a possibilidade de reparação do dano moral encontrava seu maior obstáculo<sup>85</sup>.

Exemplificativamente, Caio Mario da Silva Pereira já ensinava, na década de 1970, que o causador da ofensa ou violação do direito alheio, segundo a lei, responde com seus bens pela reparação do dano causado, estando o agente do ato ilícito sujeito à indenização, quer se trate de dano de natureza patrimonial, quer de dano moral<sup>86</sup>.

Antes disso, a Lei nº 5.250 (Lei de Imprensa), de 09 de fevereiro de 1967, houvera sido clássico exemplo ao prever a possibilidade de cumulação de ações de reparação do dano moral e do material<sup>87</sup>.

Posteriormente a 1988, novas normas alusivas à reparação civil pelo dano moral começaram a surgir, como, por exemplo, sucedeu com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em diversas passagens do Estatuto está consignada a proteção imaterial do menor. Exemplos disso estão nos artigos 3º e 5º, que mencionam que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como instrumentos de desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade – art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo qualquer criança ou adolescente ser objeto de alguma forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punida qualquer dessas atividades ilícitas atentatórias aos direitos fundamentais – art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também nesse

<sup>83</sup> STJ Súmula nº 37 - 12/03/1992 - DJ 17.03.1992

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

<sup>84</sup> Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

<sup>85</sup> CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3ª Ed., revista, ampliada e atualizada conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

<sup>86</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 500-501.

<sup>87</sup> Art. 56 da Lei n. 5.250/1967. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa. (...)

contexto, o art. 17 é expresso em proteger o respeito à integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, nela abarcada a preservação de sua imagem, a coibir seu uso abusivo e protegendo o menor da curiosidade alheia.

Entretanto, por longo período, mesmo após o advento do novo Código Civil, ainda pairaram dúvidas e dissensos doutrinários quanto à aplicabilidade do dano moral no direito familiar. Inclusive, um Projeto de Lei, o de nº 6.960<sup>88</sup>, de 2002, de autoria do deputado Ricardo Fiuza, pretendia acrescentar um segundo parágrafo ao artigo 927 do Código Civil referindo que os princípios da responsabilidade aplicar-se-iam também às relações de família.

Na atualidade, porém, precedentes doutrinários e jurisprudenciais eliminaram a ideia de não serem reparados os danos causados entre os integrantes da família, pois os princípios clássicos da responsabilidade civil sofreram uma sensível evolução, avançando a concepção contemporânea do direito de família escorado nos princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana e na igualdade dos cônjuges<sup>89</sup>. Além disso, o Direito de Família pertence a um sistema legal, devendo ser aplicado e interpretado em conjunto com as demais ramificações do Direito.

Para Rolf Madaleno, o Direito de Família evoluiu de maneira a não existir qualquer prerrogativa doméstica que permita a um membro da família causar dano doloso ou culposamente a outro membro da família e se eximir de responder em virtude do vínculo familiar, até porque a pessoa não responde em virtude do vínculo familiar, mas em função do dano, também passível de ter sido causado por um parente e, muito especialmente, no âmbito das relações conjugais e afetivas.<sup>90</sup>

O direito de família não está em uma posição separada dos demais ramos do ordenamento jurídico. Sendo genérica a obrigação indenizatória, deve ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos. Não fica, pois, o agente exonerado da reparação dos prejuízos que causar; embora falte previsão genérica

---

<sup>88</sup> <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>, consulta em 08.11.2014.

<sup>89</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 347-348.

<sup>90</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 345.

para o direito de família, nada impede a incidência de regras do instituto da responsabilidade civil, além das específicas<sup>91</sup>.

### 3.3 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nesta subseção analisarei o conceito de responsabilidade civil, seus elementos caracterizadores e se eles conformam a responsabilidade civil por abandono socioafetivo. A análise será voltada à responsabilidade extracontratual, gênero do qual são espécie os danos à pessoa, assim como à responsabilidade subjetiva. O tema está sujeito a constantes transformações em razão das mudanças da própria sociedade.

A responsabilidade extracontratual caracteriza-se quando surge um dever em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que preexista um vínculo obrigacional, sem que haja uma relação jurídica preexistente entre ofensor e vítima. A obrigação de indenizar tem por fonte um dever jurídico imposto pela lei. Já a responsabilidade subjetiva está relacionada à presença de culpa *lato sensu*, abarcando, assim, a culpa *stricto sensu* e o dolo<sup>92</sup>.

O princípio *neminem laedere* – oriundo do Direito Romano e que significa não lesar ninguém – está positivado no artigo 186 e dá a exata dimensão do sentido de responsabilidade. A ninguém se permite lesar sem a imposição do dever de, sequencialmente, reparar, assegurando-se ao lesado a reconstituição de seu patrimônio material e/ou moral, a *restitutio in integrum*<sup>93</sup>.

Para alcançar esse objetivo, a ordem jurídica, conforme a natureza do direito a que corresponde, estabelece direitos que podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, portanto, de *dever jurídico* imposto, que cria obrigações, por exigência da convivência social. A violação de um

---

<sup>91</sup> ROSADO, Rui Aguiar Junior. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, nº 2, p. 39-43, fev. 2005.

<sup>92</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 16-18.

<sup>93</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 157.

dever jurídico imposto configura o *ilícito*, que pode acarretar um dano, o qual leva a um novo dever jurídico, o de reparar o dano<sup>94</sup>.

De acordo com o art. 186 do Código Civil, *todo aquele que violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito*. Em complementação, o art. 927 do mesmo diploma legal dispõe que *aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*. Nesse contexto, faz-se necessário destacar que o ato ilícito só assume relevância jurídica quando ocorre um dano, prejuízo ou detrimento à vítima, momento em que a obrigação de indenizar assume cogência.

O instituto da responsabilidade civil é para o qual ocorrem os prejudicados por comportamentos dos outros para assegurar direitos. É, portanto, um dever jurídico sucessivo, ou seja, uma consequência de reparar a obrigação originalmente violada<sup>95</sup>.

### 3.3.1 Ato Ilícito

O homem deve responder por seus atos, uma vez que é livre para escolher e tem discernimento. O contraponto da liberdade e da racionalidade que possui é a responsabilidade, no âmbito do direito, por suas ações ou omissões, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e racionalidade<sup>96</sup>. O agente que atingiu a esfera jurídica de outrem pode ser compelido pelo prejudicado a reparar o dano, restaurando o equilíbrio que sua ação rompeu<sup>97</sup>.

Rui Stoco destaca, ainda, a imputabilidade como pressuposto da responsabilidade, ou melhor, da responsabilização. Sem a consciência de sua conduta, o agente, como regra (o artigo 928 comporta a exceção), não pode ser

---

<sup>94</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-2.

<sup>95</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 155.

<sup>96</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas*, in *Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali, 2ª edição, São Paulo : Saraiva, 1988, p. 93-95.

<sup>97</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 175.

responsabilizado. Dois elementos compõem a imputabilidade: a maturidade (desenvolvimento mental completo) e a sanidade mental (capacidade de entender o caráter ilícito de seu comportamento e de determinar-se de acordo com esse entendimento), sem os quais não é possível responsabilizar o autor do dano, conforme ensina o doutrinador<sup>98</sup>. Desse forma, o ato ilícito tem conteúdo não apenas formal (contrariedade ao direito), mas também material (imputabilidade e culpabilidade)<sup>99</sup>.

Nesse contexto, a ação que interessa à teoria da responsabilidade civil é aquela contrária à ordem jurídica e que seja resultante de ação consciente, momento em que a antijuridicidade se junta à subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa *lato sensu* continua sendo, nesse caso, o fundamento da responsabilidade<sup>100</sup>.

Dessa forma, entende-se serem quatro os elementos que compõem o denominado ato ilícito: a existência de uma ação que é contrária à ordem jurídica; imputabilidade do agente; e a intervenção na esfera jurídica de outrem<sup>101</sup>. Cabe se destacar que a responsabilidade pode advir de uma ação ou omissão, sendo que, para configurar-se a por omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato e que se demonstre que com sua prática o dano poderia ter sido evitado<sup>102</sup>.

O núcleo fundamental da ideia de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente com discernimento necessário para ter consciência do que faz<sup>103</sup>. A exigência de o fato causador de dano ser voluntário exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados

---

<sup>98</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156-157.

<sup>99</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro*. Revista CEJ, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 28, Brasília, jan.-mar./2005, p. 5-14.

<sup>100</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 175.

<sup>101</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 175.

<sup>102</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 4.5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 59.

<sup>103</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 3. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73-74.

por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um incapaz. Essencial é que se observe que a ação ou omissão seja possível de ser controlada pela vontade humana<sup>104</sup>.

Acerca da discussão sobre a culpa ser elemento integrante do ato ilícito, Cavalieri Filho contorna a situação explanando que a ilicitude do ato deve ser vista por um duplo aspecto, o objetivo e o subjetivo. Sob o ponto de vista do aspecto objetivo, leva-se em conta a conduta em si mesma, sua materialidade em desconformidade com o Direito, ainda que não tenha origem em vontade livre e consciente; sob o ponto de vista do subjetivo, a qualificação da conduta implica fazer um juízo de valor a seu respeito, sendo necessário que o ato seja imputável ao agente (ato voluntário) que agiu culposamente<sup>105</sup>.

O abandono afetivo se configura a partir da omissão de deveres jurídicos por parte de pais para com seus filhos, ou de um deles, pelo menos, relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo<sup>106</sup>. Trata-se da omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de ter o filho em sua companhia.

O abandono afetivo pode ser então entendido como a atitude omissiva do genitor no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole. É a ausência de comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho.

Cabe referir, contudo, que não há consenso sobre o tema na doutrina. Em grande parte isso decorre exatamente do fato de que a noção do que seja dano passível de ressarcimento é dinâmica, evoluindo e sofisticando-se ao longo do tempo e em cada sociedade, na proporção em que também é ampliada a tutela dos direitos da pessoa.

---

<sup>104</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 4.5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 58.

<sup>105</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10-11.

<sup>106</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 4. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

### No entendimento de Nelson Rosenvald:

(...) o afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. Isso por conta de seu inescindível caráter de sentimento humano espontâneo. Nessa levada, temos que a afetividade, embora merecedora da atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos jurídicos na órbita do Direito<sup>107</sup>.

Ocorre que não se discorda da impossibilidade de se exigir o sentimento de afeto – na acepção da palavra significando amor – de um pai, uma vez que se trata de um sentimento e, como tal, nasce da espontaneidade. O que se está a defender é que a omissão do genitor em cumprir os deveres inerentes à condição de genitor é fato que pode trazer severas sequelas psicológicas. O abandono parental deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse juridicamente tutelado, causa da omissão do genitor no cumprimento do exercício do poder familiar, configurando-se, pois, em um ato ilícito, passível, portanto, de indenização.

Judith Martins-Costa aponta a necessidade de se estabelecer criticamente critérios para desenhar a noção de dano moral, a fim de se alcançar uma noção de dano extrapatrimonial racionalmente apreensível e democraticamente controlável. Nesse sentido, entende que atualmente os juízes estão abarcando dentro da expressão “dano moral”, inclusive de forma divorciada do ordenamento legal, infindável número de hipóteses, transformando a expressão em um “conceito passaporte”, que permite ao juiz ajustar e reajustar as soluções conforme entenda necessário, oportuno, ou conveniente. Discorda, pois, da *“falta de afeto” reclamado por filhos privados do convívio paterno*<sup>108</sup>.

Embora respeitoso, diverge-se do entendimento de Judith Martins-Costa no sentido de que, ausentes critérios para delimitação da noção de dano moral, estes devem ser buscados nas demais fontes do Direito. No mais, tendo em vista que a tipologia usada no direito brasileiro para delimitar o conceito de dano moral é de modelo aberto, o conteúdo deve ser preenchido jurisprudencialmente.

<sup>107</sup> ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: famílias*. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

<sup>108</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Dano Moral à Brasileira*, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, Ano 3 (2014), nº 9, p. 7077-7081.

Conceituado o ato ilícito, passa-se aos pressupostos da responsabilidade subjetiva, conduta culposa do agente, nexos causal e dano.

### 3.3.2 Conduta Culposa

O Código Civil de 2002 prevê uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva no seu artigo 927, a qual expressa que todo aquele que praticar ato ilícito fica obrigado a repará-lo. Combinando-se o referido artigo com o 186, obtém-se a definição de ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, *comete ato ilícito*”.

Esse artigo constitui cláusula geral e não tipológica, artifício propositalmente utilizado pelo atual Código Civil para que diferentes comportamentos se subsumam ao seu conteúdo por meio da aplicação de princípios valorativos. Acerca do tema, ensina Judith Martins-Costa:

Essas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de normas abertas: são as chamadas cláusulas gerais.<sup>109</sup>

Entende-se, pois, que tal disposição normativa, caracterizada pela ampla extensão do seu corpo semântico, dirige-se ao juiz de modo a conferir-lhe competência para que, diante do caso concreto, estabeleça pontes entre os corpos normativos e os vincule aos princípios e regras constitucionais<sup>110</sup>. Cláusula geral

---

<sup>109</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 286.

<sup>110</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285-301.

aberta sempre exigirá um juízo de valor, pois em cada caso é preciso verificar se houve previsibilidade, se houve um comportamento adequado, etc<sup>111</sup>.

O direito brasileiro, não desprezando a teoria do risco, funda a responsabilidade civil primordialmente na noção de culpa, eis porque se faz necessário conceitua-la. A doutrina costuma fazer uma distinção entre delito e quase-delito para definir o que é o dolo e o que é a culpa *stricto sensu*. Delito é o fato danoso e ilícito, ainda que não previsto na lei penal, e cometido com a intenção de prejudicar alguém, e quase-delito é o fato danoso ilícito de omissão ou comissão não prevista pela lei penal, que causa a outrem um prejuízo, mas que aconteceu sem a intenção de causar dano<sup>112</sup>.

Tanto no caso de dolo, como no de culpa, há o fator de não cumprimento de um dever. Na culpa, porém, está despido de consciência da violação. No que diz respeito à materialidade do ato gerador das consequências danosas, a ação é voluntária, mas, ao contrário do que ocorre em relação ao dolo, o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, nem procede com a consciência da infração<sup>113</sup>.

O ponto inicial é a violação de uma norma preexistente. A conduta contraveniente pode ser voluntária ou involuntária. Cabe ressaltar que a voluntariedade pressuposta na culpa é a consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade, de maneira que, procedendo voluntariamente em ofensa a direito alheio, surge o procedimento culposo<sup>114</sup>.

Na prática, entretanto, tal distinção é pouco importante, na medida em que, conforme a culpa *lato sensu* abarque também a ofensa dolosa, entende-se que basta a prova da possibilidade de conhecer as consequências prejudiciais do ato para que nasça a obrigação de indenizar o dano que com ele tenha sido causado<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 36.

<sup>112</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 90-91.

<sup>113</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II. 25ª Edição, revisada e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 274.

<sup>114</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 97.

<sup>115</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 91.

Dessa forma, não é necessário ânimo de prejudicar para que se configure o dolo, bastando que haja consciência do resultado.

Em busca de uma generalização, é possível relacionar o dever ressarcitório com o descumprimento de uma obrigação. O não cumprimento de um dever (legal ou contratual) provoca um desequilíbrio, cujos princípios para o restabelecimento competem à ordem jurídica<sup>116</sup>.

Para que se configure a responsabilidade por abandono afetivo, faz-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente<sup>117</sup>. Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva. Desta forma, na conduta omissiva do pai ou da mãe (não-guardião) estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar.

Trata-se de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos, cabendo mencionar que durante muito tempo muitos genitores deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia, o que permitiu que os filhos se adequassem socialmente<sup>118</sup>.

Quando configurada a negligência paterna, justifica-se, inclusive a perda do poder familiar, por configuração do abandono afetivo, conforme o artigo 1.638, inciso

---

<sup>116</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 92.

<sup>117</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 8. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

<sup>118</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 3. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

II, do Código Civil<sup>119</sup>. Contudo, conforme aponta Maria Berenice Dias, essa punição não basta, uma vez que a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se em uma bonificação pelo abandono àquele genitor que deixou conviver com o filho e não uma pena<sup>120</sup>. Além disso, a perda do pátrio poder não suprime o dever de compensar, mediante indenização, o dano causado, uma vez que o objetivo da referida penalidade é resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do abandono sofrido pelos filhos.

Ressalta-se, entretanto, que há casos em que não se configura a culpa do não-guardião. Isso ocorre quando se apresentam, por exemplo, fatores que o impedem de conviver com o filho, como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas<sup>121</sup>. Também não há culpa na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, como é o caso, por exemplo, do genitor ser portador de uma grave doença infectocontagiosa, alcoolismo mórbido, drogadição, doença mental etc.

Outro exemplo de exclusão da culpa pode acontecer quando se configura a hipótese de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor guardião, quando este, por exemplo, confunde os papéis paternos com os conjugais, acabando por afastar o genitor não-guardião do convívio para com os filhos. Exemplo usual é a hipótese em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai ou mãe exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.

---

<sup>119</sup> 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. (grifou-se)

<sup>120</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9a ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 470.

<sup>121</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 9. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

Por fim, a hipótese de alienação parental pode e deve ser alegada como excludente da culpa, assim como a hipótese do filho que não conheceu o genitor em razão deste não conhecer a existência daquele<sup>122</sup>.

Cabe ao juiz, dessa forma, ponderar no caso concreto se a justificativa levantada pelo genitor é razoável, devendo-se levar em conta quando dessa análise os direitos mínimos atinentes à criança e ao adolescente.

### 3.3.3 Dano

O dever de reparar pressupõe o dano. Sem uma lesão concreta ao patrimônio econômico ou moral de outrem não há indenização devida. Sem dano não há o que reparar, cabendo o ônus da prova ao autor da ação de indenização<sup>123</sup>. Havendo

<sup>122</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPROCEDÊNCIA.

1.A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional.

2.Na espécie, o Réu descobriu a existência de seu filho apenas 20 anos após o nascimento deste, sendo que aquele morava na Rússia em razão de serviço público.

3.A conduta do genitor apta a dar azo à "reparação" de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do desprezo com relação a sua pessoa.

4.Não se vislumbram tais requisitos se o pai, tanto por desconhecimento desta condição, quanto por contingências profissionais, aceitou a paternidade sem contestar, mas não pôde ter contato mais próximo com seu filho, mormente tendo em vista jamais ter a genitora o procurado para exigir participação na criação da criança ou ao menos dizer que estava grávida.

5.Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.498712, 20090110114820APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/04/2011, Publicado no DJE: 27/04/2011. Pág.: 75)

<sup>123</sup> No sentido de não conceder a indenização por dano moral ante a ausência de prova do dano havido, os seguintes julgados:

Indenização por dano moral. Abandono afetivo. Descumprimento de deveres dos pais. Ausência de prova do fato alegado na inicial. Ação improcedente. Recurso improvido" (TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, Apel. 0120239-58.2008.8.26.0000. j. 27.5.2008)

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abando paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais. (TJMG - Apelação Cível 1.0479.06.112320-0/001, Relator(a): Des.(a) Unias Silva, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/03/2008, publicação da súmula em 05/04/2008)

indenização, importaria enriquecimento ilícito; seria uma pena para quem pagasse e enriquecimento sem causa para quem recebesse<sup>124</sup>.

Tradicionalmente, define-se dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso, descrição que converteu o dano a uma dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável<sup>125</sup>. Entretanto, o dano deve ser entendido como a diminuição de um bem jurídico, seja qual for sua natureza (bem patrimonial ou bem integrante da própria personalidade da vítima).

O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, reside cada vez mais no imperativo de indenizar ou compensar o dano injustamente sofrido, abandonando-se a preocupação com a censura do seu responsável. Cabe ao Direito Penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deve ser criminalmente responsabilizado. Ao Direito Civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima<sup>126</sup>.

Em breves linhas, o dano material é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, estando abarcado nesta conceituação o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. O dano envolve a diminuição do patrimônio<sup>127</sup>.

O dano de ordem patrimonial pode se traduzir em danos emergentes, ou seja, tudo aquilo que efetivamente se perdeu, e em lucros cessantes, isto é, aquilo que se deixou de ganhar, com reflexos futuros do ato sobre o patrimônio da vítima<sup>128</sup>. Em outras palavras, o dano pode consistir em diminuição do patrimônio no momento do fato que o causou ou em impedimento de elevação do patrimônio; ali, o dano é

---

<sup>124</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista a ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

<sup>125</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 143.

<sup>126</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 26.

<sup>127</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista a ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77-78.

<sup>128</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 177.

emergente, *damnum emergens*; aqui, lucro cessante, *lucrum cessans*, sendo mister destacar que um e outro derivam do que ocorreu<sup>129</sup>.

Já a conceituação do dano moral, de extrema importância para este trabalho, é tema mais delicado. Partindo-se de um critério negativo, o dano moral pode ser definido como aquele que não tem caráter patrimonial. A partir de um conceito positivo, o dano moral estaria relacionado à dor, sofrimento, humilhação<sup>130</sup>.

Deslocando-se o foco de atenção da pessoa apenas como sujeito titular de um patrimônio para a pessoa humana, irredutível em sua subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e, por isto mesmo, titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente, volta-se o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial. Encontra-se, então, a responsabilidade extrapatrimonial<sup>131</sup>.

Na essência de todos os valores morais está a dignidade da pessoa humana, positivada na Constituição Federal<sup>132</sup> no seu art. 1º, inciso III<sup>133</sup>, fundamento do Estado Democrático de Direito. Os direitos de personalidade – à honra, ao nome, à privacidade e à liberdade fazem parte do direito à dignidade. Dessa forma, o dano moral pode ser conceituado, em sentido estrito, como a violação do direito à dignidade<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2ª reimpressão. 1984, §5.503, p. 124.

<sup>130</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

<sup>131</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001, p. 181-182.

<sup>132</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 dez 2014.

<sup>133</sup> 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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifou-se)

<sup>134</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

Judith Martins-Costa sintetiza a noção de dano moral em nosso sistema jurídico da seguinte forma:

Trata-se de dano produzido em virtude de ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja como agravo a direito da personalidade, seja como efeito extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial, em certos casos como a negativa indevida de cobertura de seguro saúde em situações graves. Quando se tratar de dano à personalidade, forçoso é reconhecer que, embora certa elasticidade no âmbito de situações apreendidas sob essa categoria – que é, historicamente, uma categoria “em construção” – os bens de personalidade não significam “qualquer coisa”, mas correspondem a aspectos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes e suscetíveis de serem desfrutados pela própria pessoa.<sup>135</sup>

Da mesma maneira, o dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada<sup>136</sup>.

Segundo Pontes de Miranda, a obrigação de indenizar pode resultar de omissão. A omissão nem sempre constitui culpa. Não há, fora das relações jurídicas negociais, a obrigação de evitar dano a outros; o que há é a de não lesar. A simples omissão danosa não produz a obrigação de reparar. Só a produz se há seguimento de atos que resulte prejuízo a outrem.<sup>137</sup>

Quando injustificada a ausência do pai, origina-se, corriqueiramente, evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, em decorrência não só da falta de afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, em especial quando entre eles já se

---

<sup>135</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira, in Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), Ano 3 (2014), nº 9, p. 7092.

<sup>136</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 7. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

<sup>137</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2ª reimpressão. 1984, §5.503, p. 89-92.

estabeleceu um vínculo de afetividade<sup>138</sup>. Com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. A prova do dano, em casos tais, deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.

A criança e o adolescente são sujeitos merecedores de uma proteção especial. Assim, como titulares de direitos de personalidade, podem sofrer dano moral. A aceitabilidade da indenização moral como consequência a um dano causado a algum direito da personalidade busca proteger os direitos inatos aos ser humano que o acompanham desde o nascimento até sua morte, erigidos a nível constitucional. Assim, mensura-se não a dor, mas o dano efetivamente causado. Não se busca o preço da dor, mas uma compensação pelos prejuízos morais suportados<sup>139</sup>. Ressalta-se que outras funções também podem ser desempenhadas pelo instituto, dentre as quais avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória<sup>140</sup>.

Ainda que a mãe ou o pai não-guardiões se afastem do convívio com o filho quando este ainda é recém-nascido, pode ser possível configurar o dano decorrente do abandono em si. A ausência prolongada deste pai ou desta mãe pode acarretar transtornos à conformação psíquica da criança, com possíveis consequências em suas relações sociais. Dessa forma, produz-se não só a sensação de abandono, mas também, e principalmente, a sensação de rejeição de um pai ou de uma mãe que não lhe foi dado conhecer, muito embora possa se manter entre eles, um contato patrimonial, na medida em que o genitor ausente cumpra, a contento, o dever de sustento, por exemplo<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17 nov 14.

<sup>139</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Dano Moral e os direitos da criança e do adolescente*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, v.118, abr.jun.1993, disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176144/000476795.pdf?sequence=3>>, p.461-462

<sup>140</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010, p. 28.

<sup>141</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 8. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

É preciso destacar, entretanto, que, tratando-se do dever de educação, cuidado e convívio dos genitores para com seus descendentes infantes ou juvenis, a possibilidade de configuração de dano passível de indenização não se estende a filhos já adultos, na medida em que estes já teriam sua personalidade totalmente conformada. Só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos genitores pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade<sup>142</sup>.

Embora o dano moral não possa ter seu equivalente em dinheiro, há que se buscar repará-lo, no sentido de que dinheiro pode trazer, senão prazer, algum conforto, servindo como lenitivo para os males da alma<sup>143</sup>.

### 3.3.4 Nexo Causal

Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita e que a vítima tenha sofrido um dano. É necessário que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, existindo entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato.<sup>144</sup> É imprescindível que esteja certo que, sem aquele fato, o dano não teria acontecido.<sup>145</sup>

Sempre que se perquire acerca de um problema jurídico a sua causa, desponta a sua complexidade maior. Além de compreender o aspecto filosófico, surgem também as dificuldades de ordem prática, cabendo ao jurista verificar se entre o fato danoso e o dano existe um vínculo de causalidade suficiente.<sup>146</sup> Extrai-se do artigo 186 do Código Civil essa proposição de que o dever ressarcitório somente ocorrerá quando o prejuízo decorrer da ação antijurídica. Cuida-se então

<sup>142</sup> COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indenizá-lo?* in Revista Magister – Direito civil e processual civil. Porto Alegre, n. 5, p. 58-75, 2005, p. 68.

<sup>143</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 50.

<sup>144</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

<sup>145</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 106.

<sup>146</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 106-107.

de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente e qual a relação que deve existir entre o dano e o fato para que este possa ser considerado causa daquele.

Não se pode, todavia, confundir nexos causal e imputabilidade. A relação de causalidade consiste na determinação de elementos objetivos, externos, consistente na atividade ou inatividade do sujeito, atentatórios do direito alheio. É uma *quaestio facti*, ou uma *imputatio facti*. A imputabilidade diz respeito a um elemento subjetivo, interno, que se resumiria na *imputatio iuris*. Por serem conceitos distintos, pode haver imputabilidade sem a ocorrência de nexos causal.<sup>147</sup>

Enquanto na esfera penal a teoria da equivalência das condições predomina, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, conforme ocorre no caso da responsabilidade penal, mas somente a que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. É preciso verificar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento e se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva, desconsiderando-se as demais<sup>148</sup>.

Há ainda que se destacar a possibilidade de existência de concausas. Concausa é a sobreposição de causas que interferiram para a eclosão de um resultado no mundo físico, ou seja, é outra causa que, juntando-se à principal, também contribuiu para a ocorrência desse resultado; É, portanto, uma causa concomitante, consubstanciada em um comportamento humano (ação ou omissão), ou em um fato da natureza que contribuiu para a eclosão do resultado<sup>149</sup>. Quer dizer

<sup>147</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 106.

<sup>148</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

<sup>149</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 208.

que, se várias concorrem para o fato danoso, uma deve, *in concreto*, ser a que impõe o dever de ressarcimento<sup>150</sup>.

A concausa não inicia nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal. Em outras palavras, concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não tem a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si só, produzir dano. A obrigação de indenizar não excede nunca os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não exige, necessariamente, que o ato do responsável seja causa única e exclusiva do prejuízo. O dano surge da coincidência de várias circunstâncias e decorre, portanto, de causas diversas. Basta que o autor seja responsável por uma delas, sempre que desta provenha o dano, estabelecida a sua relação com as demais.<sup>151</sup>

Eventual configuração prejudicial produzida em razão de abandono afetivo ao filho é de difícil constatação e delimitação probatória. A dificuldade da prova do nexos causal é questão que vem subordinado ao aforisma *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*, segundo o qual, ao autor incumbe a prova do que alega. Ajuizando a ação indenizatória, propõe-se o autor a provar os requisitos da responsabilidade civil. Cabe-lhe provar o vínculo necessário entre o fato e a pretensa consequência.<sup>152</sup>

Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexos de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado. Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao

---

<sup>150</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 112.

<sup>151</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62.

<sup>152</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 108.

genitor um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse cotidiano<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, p. 9. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

## 4 CONCLUSÃO

A partir da nova ordem constitucional, passaram a ganhar destaque os direitos das crianças e dos adolescentes, assim como o valor constitucional garantido à família. A dignidade humana passou a ser o fundamento central do Estado Democrático de Direito, com previsão expressa no artigo 1º, inciso III<sup>154</sup>, do Texto Constitucional.

Nesse contexto, propôs-se investigar a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo paterno a partir do exame dos fundamentos normativos nos quais se funda o direito subjetivo à afetividade, bem como dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

O valor constitucional garantido à família claramente se traduz em promoção ao princípio da dignidade humana, na medida em que a família passou a servir à formação da personalidade de seres humanos psicologicamente melhor estruturados.

O Princípio da Afetividade nada mais é do que a especialização, no campo das relações familiares, do princípio da dignidade da pessoa humana, que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. Apesar da difícil conceituação, buscou-se uma delimitação do referido princípio. Nesse prisma, é preciso esclarecer, primeiramente, que a palavra *afeto* não pode ser entendida unicamente como sinônimo de amor, nem tampouco é o afeto fruto apenas da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar.

Buscou-se também o conteúdo do Princípio da Proteção Integral às Crianças, Jovens e Adolescentes na pesquisa do problema. Este princípio se destina a proteger tais seres, por estarem em condição peculiar de desenvolvimento físico e mental, merecendo, por isso, uma proteção especial.

Da conjugação do conteúdo interpretativo dos referidos princípios com o conteúdo normativo relativo ao poder familiar, chegou-se à conclusão de que,

---

<sup>154</sup> 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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifou-se)

embora não haja como se exigir que o genitor sinta afeto, é seu dever atuar no sentido do desenvolvimento sadio dos filhos em todos os aspectos, físicos e psicológicos, resguardando a sua integridade moral e psicológica, e não apenas fornecendo amparo material. Aos genitores incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Eles têm o dever de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, fazendo-se presentes, sempre que possível, quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. No caso de a guarda ser unilateral, ao pai ou à mãe não guardião cabe o direito-dever de visitação, assim como o dever de fiscalizar a sua manutenção e educação e, ainda, de supervisionar se os interesses do filho estão sendo atendidos.

A conclusão à análise jurisprudencial é de que os critérios utilizados para se aferir a existência de dano moral indenizável decorrente do abandono afetivo são variáveis. Diante do caso concreto, o aplicador do Direito deve se pautar pela sistematicidade do ordenamento, valendo-se da multidisciplinariedade quando necessária à averiguação da extensão do dano.

Sequencialmente verificou-se que a existência de vínculo de natureza familiar não elide a possibilidade de reparação quando causados danos entre os integrantes da família. Além disso, não havendo restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil (e o conseqüente dever de indenizar) no Direito de Família, bem como inexistindo regras específicas no âmbito deste, possível indenização por dano moral ocorrido no âmbito das relações familiares regula-se pelas cláusulas gerais atinentes à responsabilidade civil extrapatrimonial, artigos 1º, inciso III<sup>155</sup>, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, e artigos 186 e 927 do Código Civil.

Verificou-se que, para que se caracterize direito à indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, devem estar presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano, culpa e nexó causal. Menciona-se a título de contraponto o entendimento doutrinário no sentido de não ser o afeto um

---

<sup>155</sup> 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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifou-se)

direito subjetivo e não poder existir exigência ao amor. Entretanto, não discordando da impossibilidade de se exigir amor, conclui-se neste trabalho que se constitui *ato ilícito* a omissão, por parte de pais para com seus filhos, de deveres jurídicos inerentes ao poder familiar e à própria paternidade. Tal omissão é, pois, passível de indenização, se existentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Outrossim, há *culpa* do genitor quando se comprova ter ele se ocultado à convivência com o filho e, deliberadamente, se negado a participar da sua educação e do desenvolvimento de sua personalidade. O abandono afetivo pode trazer danos psíquicos de difícil reparação, interferindo, inclusive, na formação da personalidade do filho, cabendo referir que é comum que a falta de estrutura familiar os torne adultos desajustados socialmente. A configuração prejudicial eventualmente produzida ao filho é de difícil constatação e delimitação probatória. A prova do dano, em casos tais, deve ser feita por perícia técnica, no intuito de se analisar o dano real, sua efetiva extensão e o nexos causal existente.

A busca é, portanto, por uma compensação pelos morais suportados, referindo que atuam, nesses casos, outras funções também desempenhadas pelo instituto, dentre as quais avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória.

Refere-se, por fim, que a perda do pátrio poder não suprime o dever de compensar, mediante indenização, o dano causado, uma vez que o objetivo da referida penalidade é resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do abandono sofrido pelos filhos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37.* Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_\\_0037.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1159242/SP , 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.04.12. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 514350/SP. Relator: Fernando Gonçalves. julgado em 29/11/2005. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&sg\\_classe=REs\\_p&num\\_processo=757411](http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&sg_classe=REs_p&num_processo=757411)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 757411/MG. Relator: Aldir Passarinho Jr. julgado em 28/04/2009. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200300209553>> Acesso em: 07 dez. 2014.

CAPÃO DA CANOA. Comarca da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul. *Processo n. ° 141/1.03.0012032-0. Julgador: Mario Romano Maggioni. Julgado em: 15 set 2003.* Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&as\\_qj=%22aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%22+e+%22abandonamento+afetivo%22&ulang=pt-BR&ip=189.6.236.2,10.202.24.80&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=%22aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%22%20e%20%22abandonamento%22&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=proc](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&as_qj=%22aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%22+e+%22abandonamento+afetivo%22&ulang=pt-BR&ip=189.6.236.2,10.202.24.80&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=%22aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%22%20e%20%22abandonamento%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=proc)>. Acesso em: 07 dez 2014.

DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20090110114820APC. Relator: J.J. Costa Carvalho. 2ª Turma Cível. Julgado em: 13/04/2011. Disponível em:*  
<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?pesquisa=pesquisar&NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20090110114820&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

MINAS GERAIS *Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000. Relator Unias Silva, julgado em 01 abr 2004. Disponível em:*  
<[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5F199CD1CD8833AAC2BECDB69324AB79.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=4085505-54.2000.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5F199CD1CD8833AAC2BECDB69324AB79.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=4085505-54.2000.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)> Acesso em: 07 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0479.06.112320-0/001. Relator: Unias Silva, Julgado em: 18 mar 2008. Disponível em:*  
<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=6&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=%22Rela%E7%E3o%20paterno-filial%2522%20e%20%2522aus%EAncia%20de%20prova%2522&pesquisarPor=em-enta&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na>>

20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquis  
aPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 07 dez. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961.* Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>> Acesso em: 07 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0007035-34.2006.8.19.0054. Relator: Ana Maria Oliveira, Julgado em: 20 out 200. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900141668>> Acesso em: 07 dez. 2014.*

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0120239-58.2008.8.26.0000. Relator: Beretta da Silveira. 3ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 25 mai 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2629134&cdForo=0>>. Acesso em: 07 dez. 2014.*

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro*. Revista CEJ, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 28, Brasília, jan.-mar./2005.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, nº 2, fev. 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. III, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 12 ed. Ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas*, in *Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª Ed., revista, ampliada e atualizada conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indenizá-lo?* in Revista Magister – Direito civil e processual civil. Porto Alegre, n. 5, p. 58-75, 2005.

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

FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 3. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. IV, 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. *O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento das personalidades*, in Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 17.11.14.

LISBOA, Roberto Senise. *Dano Moral e os direitos da criança e do adolescente*, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, v.118, abr.-jun.1993.

LÔBO, Paulo. *Código Civil comentado*. Famílias. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Dano Moral à Brasileira*, in Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), Ano 3 (2014), nº 9.

\_\_\_\_\_. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março/2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2ª reimpressão. 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?* 2002. Disponível em <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>> visualizado em 28.11.2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.  
RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSENVOLD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. Tomo I. 9ª Edição, revista, atualizada e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flavio. *O princípio da afetividade no direito de família. Breves considerações*. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br./index2.php?sec=artigos>. Visualizado em 29.11.2014.

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