



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**LÍLIA BAPTISTA DINIZ GONÇALVES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR  
ABANDONO AFETIVO**

**BRASÍLIA - DF  
2014**

**LÍLIA BAPTISTA DINIZ GONÇALVES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR  
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS – do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

**BRASÍLIA - DF  
2014**

**LÍLIA BAPTISTA DINIZ GONÇALVES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR  
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão de bacharelado em Direito  
da Faculdade de Ciências Jurídicas e  
Sociais – FAJS – do Centro Universitário  
de Brasília – UniCEUB.

Brasília, 29 de maio de 2014.

Banca Examinadora

---

Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira, Dr.  
Orientador

---

Prof. Júlio César Lérias  
Examinador

---

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary  
Examinador

O presente trabalho é dedicado às vítimas do abandono afetivo na filiação – seja do pai, da mãe, ou de ambos – que, privadas de uma convivência familiar plena, tiveram violados seus direitos da personalidade, com reflexos danosos à sua vida, em geral irreparáveis.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela saúde e força adicional nos momentos mais difíceis dessa caminhada.

Aos queridos pais Isabel e Jair, sempre presentes em todos os momentos da minha vida, exemplos de amor e abnegação à nossa numerosa família.

À família que ainda cedo comecei a construir com meu marido Adolpho, formada por nossas filhas Luciana, Patrícia e Mariana, o verdadeiro tesouro e fonte de minha inspiração e existência, hoje estendida aos queridos genros Leonardo, Leonardo e Flávio, e plena, com a chegada dos amados netinhos Cecília e Bernardo.

Aos irmãos, cunhados, sobrinhos, familiares, amigos e colegas, bem como a todos que nessa jornada pontuada de obstáculos contribuíram para esse sonho tardiamente realizado, o meu muito obrigado.

Aos dedicados e queridos professores do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, aos quais tive a honra e alegria de ter sido aluna, meus sinceros agradecimentos. À coordenação e funcionários dessa instituição, com quem convivi durante todos esses anos, obrigado pelo atencioso apoio.

Agradeço também aos professores que integram a banca examinadora deste trabalho, por participar desse momento tão marcante na minha vida.

Finalmente, agradeço em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira, que ainda jovem já é um verdadeiro mestre, e com confiança e afeto me acolheu, cujo exemplo e ensinamentos servirão de perene inspiração.

“Dentre todas as motivações possíveis, a história da família moderna, fundada no sentimento, vai nos mostrar que a única causa que vale a pena, no final, é a da pessoa.”

*(Luc Ferry – Famílias, Amo Vocês)*

## RESUMO

Este trabalho pretendeu demonstrar que, em face do hodierno perfil da família, é possível a responsabilidade civil por abandono afetivo. Para tanto, foram realizados estudos documentais, baseados em artigos, livros e decisões judiciais. O resultado desta pesquisa demonstrou ser plenamente possível tal responsabilidade, desde que devidamente configurados os requisitos da responsabilidade civil subjetiva no âmbito da relação paterno-filial, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

**Palavras-chave:** Família; Afeto; Abandono afetivo; Responsabilidade; Dano moral.

## **ABSTRACT**

This work aimed to demonstrate that, in the face of today's family profile, it is possible civil liability for emotional distance. To do so, documentary studies, based on articles, books and judicial decisions were made. The research result can be fully demonstrated such liability, if properly configured the requirements of subjective liability under the paternal-filial relationship, namely, conduct, damage, causation and fault.

**Key-words:** Family; Affect; Affective abandonment; Responsibility; Moral damage.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI	– Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF	– Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CPC	– Código de Processo Civil
DJ	– Diário da Justiça
ECA	– Estatuto da Criança e do Adolescente
Julg.	– Julgado
MG	– Minas Gerais
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A FILIAÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>A filiação à luz do Código Civil Brasileiro de 1916 .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>A filiação na Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.1</b>	<b>Princípios constitucionais aplicáveis à filiação.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.1.1</b>	<b>Princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.1.2</b>	<b>Princípio da afetividade .....</b>	<b>20</b>
<b>2.2.1.3</b>	<b>Princípio da solidariedade familiar .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.1.4</b>	<b>Princípio da igualdade jurídica entre os filhos .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.1.5</b>	<b>Princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.1.6</b>	<b>Princípio da proteção integral da criança e do adolescente .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.1.7</b>	<b>Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente .....</b>	<b>26</b>
<b>2.3</b>	<b>A filiação no Código Civil de 2002 .....</b>	<b>27</b>
<b>3</b>	<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO.....</b>	<b>30</b>
<b>3.1</b>	<b>Breves considerações sobre a Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1.1</b>	<b>Conceito .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1.2</b>	<b>Pressupostos .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.2.1</b>	<b>Ação.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.2.2</b>	<b>Dano .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1.2.3</b>	<b>Nexo de causalidade.....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.3</b>	<b>Responsabilidade Civil Subjetiva.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2</b>	<b>A responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família.....</b>	<b>39</b>
<b>3.3</b>	<b>A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo: possibilidade e caracterização.....</b>	<b>46</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>53</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Apesar do íntimo liame entre o Direito de Família e a promoção de direitos fundamentais dos cidadãos – componentes da família –, lamentavelmente esse vínculo não vem sendo reconhecido como deveria pelos operadores do Direito de modo geral.

Em especial no tocante à responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos, não obstante o volume considerável de trabalhos publicados a respeito do tema, certo é que, até o momento, a jurisprudência ainda é muito vacilante sobre a questão, ora concedendo o direito à indenização em virtude deste abandono, ora negando-lhe tal direito.

Decerto, essa instabilidade está intimamente relacionada à falta de utilização, pela doutrina e jurisprudência pátrias, de critérios seguros que possam definir com solidez se é devido ou não o pagamento de indenização em tais hipóteses.

Nesse contexto insere-se o presente trabalho, em que se propõe justamente delinear critérios suficientes para apontar em quais casos a indenização por abandono afetivo é realmente devida. Com esta missão, o estudo será dividido em três partes.

No primeiro capítulo será abordada a evolução do tratamento dispensado à filiação, à luz da legislação de regência desde o advento do Código Civil de 1916, passando pela Constituição de 1988 – pontuando-se, na oportunidade, os princípios constitucionais aplicáveis ao estudo da relação entre pais e filhos – e, por fim, pelo Código Civil de 2002.

Nessa oportunidade, avaliando-se o conceito atual de paternidade socioafetiva, procurar-se-á chegar à conclusão de que, se de um lado o exercício da paternidade é muito mais um dever do que um direito para os pais, de outro – e de modo correlato – aos filhos deve ser assegurado o direito de convivência afetiva com seus genitores, como autêntico direito da personalidade.

No segundo capítulo, inicialmente será pontuada a temática da responsabilidade civil de modo geral e sua aplicabilidade ao Direito de Família; em seguida serão abordados os pressupostos indispensáveis à incidência da indenização por dano moral. Na sequência, serão apreciados os direitos da personalidade; afinal de contas, em última instância, o dano moral visa tutelar direitos desta natureza.

Para tanto será traçada a estreita ligação, em tempos hodiernos, entre o direito da personalidade dos filhos a uma relação afetiva com seus pais e o instituto do dano moral, buscando-se concluir que o afeto é centro irradiador das relações jurídicas de família e, em consequência, fonte criadora de direitos e deveres, daí a possibilidade de os filhos serem contemplados (direito) com a indenização por dano moral em caso de abandono afetivo pelos pais (descumprimento de dever).

Em seguida, serão definidos critérios a serem observados para que reste configurada a responsabilidade civil e a possibilidade de indenização por dano moral por abandono afetivo. Esse momento será crucial para a pesquisa e buscará, também, evitar que excessos de indenizações, em todo e qualquer caso, sejam cometidos, o que por vezes ocorre em matéria de dano moral e acabaria por banalizar o instituto.

No terceiro capítulo buscar-se-á, essencialmente, estudar casos práticos e o tratamento da jurisprudência sobre o tema. Assim, de acordo com os critérios delineados na etapa anterior do trabalho, serão ventilados possíveis equívocos ou excessos de julgamento, bem como acertos dos tribunais em situações em que realmente o direito da personalidade merecia ser resguardado.

Caso paradigmático que servirá de baliza para este trabalho, apontando a possibilidade de indenização por dano moral por abandono afetivo, é o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em 24 de abril de 2012, nos autos do Recurso Especial n. 1159242/SP, julgado pela Terceira Turma (DJe 10/05/2012), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Referido julgamento será detalhadamente estudado nessa etapa da pesquisa.

Ao final, espera-se seja prestada uma contribuição à sociedade, reforçando-se ainda mais a concepção afetiva de família engendrada na pós-modernidade, concepção esta que garante o pleno desenvolvimento dos direitos da personalidade dos componentes da entidade familiar, aumentando as chances de alcance da felicidade pessoal, o que, numa perspectiva ainda mais ampla, solidifica o Estado Democrático de Direito, entendido – dentre outras facetas – como instrumento efetivo de garantia e tutela dos direitos fundamentais do cidadão.

## 2 ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A FILIAÇÃO NO BRASIL

### 2.1 A filiação à luz do Código Civil Brasileiro de 1916

O primeiro Código Civil brasileiro foi um sonho iniciado após a independência do país, mas só concretizado em 1916, quando o Projeto de Clóvis Beviláqua, depois de quinze anos de discussão no Congresso, finalmente foi convertido em lei.

Desta forma, o citado *Codex* já nasceu defasado, refletindo os modelos de codificação e os valores típicos do século XIX, conforme sabiamente asseverado por Rodrigues (2004, p.12-13), *in verbis*:

“Seu defeito, se tem algum, é o de ter sido elaborado ao fim do século XIX e representar a cristalização da cultura de uma época, porventura desadaptada à evolução que se seguiu [...] O código Civil brasileiro é um Código elaborado no fim do século passado e cristaliza uma cultura que o tempo, em grande parte, tornou ultrapassada[...].”

À época da promulgação do Código, os valores que permeavam a sociedade eram precipuamente os ideais de liberdade e igualdade apregoados na Revolução Francesa, enfatizados na iniciativa privada e na autonomia da vontade.

No entanto, conforme brilhantemente ponderado por Alves (2007, p. 26):

“Paradoxalmente, tal ideologia fomentava o ter em prejuízo do ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial. O paradigma do capitalismo desse momento definia o sucesso pessoal como sinônimo de acúmulo de bens [...]. Desse modo, o Código regulava essencialmente interesses individuais e até mesmo egoísticos, mas esquecia de tutelar o próprio indivíduo em si. Por isso, pode-se afirmar que quatro eram seus personagens básicos: o marido, o proprietário, o contratante e o testador”.

Diante de tal panorama, o Direito de Família, que deveria ser o mais preocupado com a valorização da pessoa humana, acabou também adquirindo contornos patrimonialistas, sendo a família tratada pelo Código Civil de 1916 tão somente como um instituto produtor de riquezas, que se perpetuariam nas gerações seguintes por meio do Direito das Sucessões.

Dentro dessa visão míope do conceito de família, os únicos filhos reconhecidos pelo Direito eram os oriundos da família “legítima”, ou seja, aquela advinda do casamento.

Importante ressaltar que o casamento, à época, tinha finalidades eminentemente econômicas, a exemplo do estabelecimento do regime de bens, da mútua assistência e do dever de educar e manter a prole, inexistindo maiores preocupações com a felicidade dos membros da família, ante o incontestável desequilíbrio entre os cônjuges, oriundo do modelo patriarcal vigente no período.

O chefe de família era o marido, cujo rol de direitos previstos no Código era extenso, incluindo, por exemplo, a incumbência de representar a família, de fixar o seu respectivo domicílio, de administrar os bens comuns e os particulares da esposa (consoante o regime de bens eleito), além da exclusividade do exercício do pátrio poder sobre os filhos.

De outra banda, à mulher quase só cabiam deveres, restando-lhe cuidar da casa e dos filhos, já que esta era a única ideia de família que existia à época da elaboração do Código Civil de 1916.

O certo é que pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, sendo a sua dignidade um dado meramente secundário. O relevante era a manutenção da paz doméstica e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, em especial da mulher, como bem explanado por Tepedino (2004, p. 351-352), *in verbis*:

“A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge varão -, justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina.

O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal”.

Dentro do cenário narrado, como era conduzida a relação entre pais e filhos?

Inicialmente, conforme já citado, os filhos existentes fora do casamento eram reputados “ilegítimos”, razão pela qual não recebiam os direitos privativos dos nominados “legítimos” (os de pai e mãe casados), vivendo à margem do Direito de Família vigente, demonstrando-se, desta forma, o nítido caráter discriminatório no tratamento dado a filhos advindos ou não do casamento.

Quanto aos filhos reconhecidos, a relação estabelecida com seus pais era de caráter hierárquico, ocupando o pai o papel de senhor absoluto da razão e o filho de mero obediente, já que o patriarca supostamente sabia o que era melhor para a sua família, inexistindo espaço para diálogo e troca de experiências.

Em suma, o genitor do início do século XX tinha como principal papel garantir a manutenção econômica da sua família e isso deveria bastar para que fosse proporcionada a felicidade da sua prole. Logo, a paternidade não era inspirada na proteção da pessoa dos filhos, e sim no patrimônio familiar.

E não sendo a palavra de ordem o afeto, o que muitas vezes acontecia, na prática, eram filhos que não admiravam seus pais, mas acatavam suas decisões por puro temor dos severos castigos, sendo criados em um ambiente de repressão, traumas e brigas que, sem sombra de dúvidas, refletiam no adulto futuro.

Dentro desse contexto, era impossível se travar qualquer discussão no campo jurídico a respeito da responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos seus filhos, haja vista a inexistência de respaldo constitucional, legislativo e até mesmo social para tal nível de debate.

## **2.2 A filiação na Constituição Federal de 1988**

Com o advento da Constituição Brasileira de 05 de outubro de 1988, ocorreu uma releitura do Direito Civil, que deixou de ter um enfoque precipuamente patrimonialista e individualista para ter uma abordagem mais solidária e social, pautada sempre na observância, acima de tudo, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Obviamente tal inovação promoveu substanciais mudanças no conceito de família, conforme pontuam Farias e Rosendal (2008, p. 9), a saber:

“A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade”.

Na mesma linha, esclarece Alves (2010b, p. 98-99) que, com o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] as relações familiares tornam-se muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integra o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O *ser*, finalmente, supera o *ter*, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar [...].

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles”.

Diante desse novo cenário, e para melhor compreensão do tema proposto na presente monografia, importante a análise do impacto do novo texto constitucional no campo da filiação, por meio do estudo dos princípios constitucionais que impactaram na relação entre pais e filhos.

### 2.2.1 Princípios constitucionais aplicáveis à filiação

Os princípios são a base de sustentação de todo um ordenamento jurídico, conferindo-lhe coerência e unidade.

Hodiernamente, é indiscutível que os princípios, ao lado das regras jurídicas, possuem força normativa, superando a falsa crença de que teriam apenas uma dimensão ética ou valorativa.

Dessa forma, os princípios possuem aplicabilidade direta e imediata aos casos concretos, além de servirem como proposições genéricas e abstratas que influenciam na interpretação, integração e aplicação das regras jurídicas, conferindo-lhes novo conteúdo.

Daí se depreende que a violação a um princípio é muito mais grave que a transgressão a uma norma, representando a pior forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa uma agressão a todo o sistema jurídico.

Nessa linha, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma série de princípios e regras até então inexistentes ou somente reconhecidos pelo legislador infraconstitucional ganharam guarida no próprio texto constitucional, exigindo a sua observância por todos os ramos da ciência jurídica, inclusive pelo Direito de Família.

Obviamente não interessa ao presente trabalho discorrer sobre todos os princípios constitucionais reconhecidos e aplicáveis ao Direito de Família, mas é importante a explanação daqueles que serão relevantes para a compreensão do tema proposto. Senão vejamos.

#### **2.2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade é valor intrínseco ao ser humano, existindo desde o seu surgimento até o seu derradeiro dia, razão pela qual cabe à Ciência Jurídica não apenas garantir a vida humana, mas especialmente assegurar ao homem o direito de viver dignamente.

Isto decorre do fato de ser o homem um animal complexo, já que dotado de inúmeras peculiaridades que o diferenciam dos demais seres vivos, em especial o raciocínio, fazendo com que ele deva ser compreendido sempre como um sujeito de direitos, nunca um objeto.

Apesar de a dignidade da pessoa humana ser um ideal um tanto quanto óbvio, sua observância foi precária, quando não inexistente, ao longo da história da humanidade, a exemplo da escravidão, da inquisição, do extermínio de povos indígenas, da exploração do trabalhador, das inúmeras guerras travadas, do nazismo, dentre outros horrendos exemplos.

Infelizmente, tal princípio tardou a ingressar no Brasil, vindo a ser implantado apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o erigiu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III.

E rememorando a ideia de que um princípio constitucional tem o poder de dar unidade e coesão a todo um ordenamento jurídico, é forçoso concluir que a dignidade da pessoa humana é a principal responsável pela personalização do Direito Civil no Brasil.

Isto porque, enquanto o Código Civil de 1916 tratou o homem por inúmeras vezes como objeto de direito, já que era um diploma pautado no patrimonialismo e individualismo próprios das influências da época, a ideia prevalente hoje, com a Carta Magna de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana, é que a felicidade de uma pessoa só pode ser alcançada com uma vida digna, devendo ser esta o foco do Direito Civil contemporâneo.

Mas não só. Tal princípio é de tamanha importância que podemos afirmar que dele se originam todos os demais princípios e regras do sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, esclarece Nunes (2002, p. 45-46), *in verbis*:

“[...] no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais [...].

É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. [...] E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional”.

No entanto, apesar da magnitude do princípio ventilado, muitos pais ainda negligenciam a criação de seus filhos, limitando-a tão somente ao dever de subsistência (quando este também não é descumprido), como se isso fosse o suficiente para a formação de um ser humano digno.

Certamente tal negligência causa a curto, médio e longo, prazos, danos à personalidade dos menores, razão pela qual é preciso se discutir eventuais medidas

jurídicas que possam ser adotadas, visando minimizar tais prejuízos, que é justamente a proposta do presente trabalho.

### **2.2.1.2 Princípio da afetividade**

Conforme já exposto no início deste estudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 restou sepultada a ideia obtusa de que a família juridicamente reconhecida seria apenas aquela oriunda do casamento e composta pelos pais e filhos biológicos, passando-se também a conferir *status* de entidade familiar às pessoas unidas em comunhão de afeto, independentemente do seu sexo, e ainda que não possam ou queiram ter filhos.

A partir de então, a família passou a ser fundada na afetividade, ou seja, na cumplicidade, na solidariedade mútua e no afeto e amor existente entre seus membros.

Malgrado a afetividade não conste como princípio constitucional expreso, pode-se dizer que ela é um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, que atua como vetor de todo o ordenamento jurídico, um verdadeiro megaprincípio.

Logo, a afetividade não é um simples projeto ético ou um conselho a ser seguido, mas sim um verdadeiro princípio constitucional implícito, dotado de força normativa, cuja observância é fundamental à garantia de uma vida digna.

Ao lado da dignidade da pessoa humana, Lôbo (2000) acrescenta outros quatro fundamentos constitucionais dos quais pode ser extraído o princípio da afetividade: 1) a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, §6º, CF/88); 2) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF/88); 3) a dignidade de família sendo constitucionalmente tutelada como comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos (art. 226, §4º, CF/88); 4) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, CF/88).

Do exposto se extrai que, não obstante a filiação derive, na maior parte dos casos, de uma relação biológica, é na convivência pautada em laços de afetividade e de responsabilidade que ela adquire os seus contornos, daí porque é necessário se distinguir o direito da personalidade de conhecimento da origem genética de um lado, do direito à filiação de outro, este nem sempre genético.

Arrematando essa linha de raciocínio, conclui Lôbo (2000) que:

“A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares”.

### **2.2.1.3 Princípio da solidariedade familiar**

A solidariedade social é elencada no inciso I do art. 3º da Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, devendo ser perseguida por todas as pessoas (sejam naturais ou jurídicas) unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo tenha a responsabilidade de apoiar os demais, moral e/ou materialmente.

Conforme já explicitado no corrente trabalho, o advento da Carta Magna de 1988 representou um marco para o Direito como um todo, especialmente para o Direito de Família, que passou por profundas transformações em seus conceitos e institutos.

Neste cenário, a família configura-se a partir da relação de afeto existente entre seus membros, tendo sempre como objetivo a satisfação pessoal de cada um deles e como bússola o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, na medida em que na família encontram-se as mais significativas relações éticas e morais, o Direito de Família tornou-se o *locus* preferencial para a aplicação do princípio da solidariedade social, que determina justamente que tais relações

sejam pautadas no respeito, companheirismo e na assistência mútua, o que inclui não somente o dever da colaboração material, mas também afetiva e psicológica.

É com base nesse princípio, portanto, que devem ser construídas as relações entre pais e filhos, bastando observar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiramente à família e depois à sociedade e ao Estado, o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação, consoante o disposto no *caput* do art. 227 da Constituição Federal.

#### **2.2.1.4 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos**

A Carta Magna de 1988 consagrou, no § 6º do seu artigo 227, o princípio da igualdade substancial entre os filhos, ao dispor que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Consequentemente, banuiu-se do ordenamento jurídico todo e qualquer tipo de tratamento discriminatório perpetrado contra os filhos de pessoas não casadas, ou seja, os filhos não podem mais sofrer diferentes efeitos em razão de terem nascido, ou não, de uma relação matrimonial, desatrelando-se por completo, a filiação da sua origem (se consanguínea ou não) e do tipo de relação familiar existente (ou não) entre os genitores.

Assim, seguindo as lições de Farias e Rosendal (2008, p. 477), é possível afirmar que a filiação hoje, à luz da Constituição Federal de 1988, está:

“I) vocacionada à não discriminação de todo e qualquer tipo de filho (esteja contemplado, ou não, em norma infraconstitucional) e à sua proteção integral, independentemente de sua origem; II) funcionalizada à realização humana, servindo para a dignidade humana; e III) despatrimonializada, tendendo à afirmação de valores existenciais, muito mais do que, simplesmente, voltada para a transmissão de herança”.

#### **2.2.1.5 Princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável**

A Constituição Federal reza, no § 7º do seu artigo 226, que:

“Art. 226, §7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988).

O princípio do planejamento familiar atribui ao casal o direito de escolha quanto ao número de filhos e o desenvolvimento físico e moral dos mesmos, desde que sejam observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Referido princípio resta também consagrado no § 2º do artigo 1.565 do Código Civil de 2002, que estatui:

“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (BRASIL, 2002).

Ademais, sua disciplina específica ficou a cargo da Lei n. 9.263/96, que, em seu artigo 2º, define o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996).

Como bem esclarece Rosenvald (2008, p. 42), “o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.

Complementando o tema, assevera Rizzardo (2011, p. 14-15):

“Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas

atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”.

Já a paternidade responsável (que, por óbvio, inclui as figuras materna e paterna) vai além da ideia de necessidade do citado planejamento familiar, abarcando também os suportes material, moral, espiritual e afetivo que devem ser dispensados ao pleno desenvolvimento dos filhos, a fim de que se tornem adultos dignos e aptos ao convívio social.

É certo que o pagamento das despesas necessárias à sobrevivência dos menores é fundamental, pois sem alimentação, saúde e educação, entre outros tantos elementos, o indivíduo não consegue se desenvolver dignamente.

Esse suporte, contudo, está longe de ser suficiente para garantir o atendimento ao princípio da paternidade responsável, até mesmo porque terceiros (tais como parentes, instituições de caridade e orfanatos) podem assumir essas despesas, quiçá com maior eficiência que os próprios pais.

A esse respeito, muito pertinentes as palavras de Alves (2007, p. 81), que, ao discorrer sobre o papel do pai contemporâneo – entendido aqui no seu gênero –, dispõe:

“É o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo espiritual, o diálogo exercitado cotidianamente, a transferência de maturidade e de lições de vida, a participação efetiva na escolha do colégio, do esporte, da academia de balé, é estar sempre se renovando e se conhecendo para acompanhar as gradativas mudanças dos filhos, enfim, é preparar um ser humano intelectualmente equilibrado e certo dos seus valores para a vida em sociedade que define o verdadeiro papel do pai contemporâneo”.

#### **2.2.1.6 Princípio da proteção integral da criança e do adolescente**

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a ratificação, pelo Congresso Nacional, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (por meio do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990), ingressou no ordenamento jurídico pátrio a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, rompendo com o entendimento anterior, que cuidava apenas dos

menores em situação irregular, ou seja, daqueles que não estavam inseridos em uma família ou que tinham cometido algum ato infracional.

A partir da proteção integral, o menor foi erigido à condição de verdadeiro sujeito de direitos, passando a ser destinatário de um tratamento especial e prioritário por parte da família, da sociedade e do Estado.

Nesse sentido confira-se o disposto no *caput* do artigo 227 da Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

Posteriormente, em 13 de julho de 1990, com o objetivo de consolidar as diretrizes protetivas aclamadas na Lei Maior, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), que consagrou logo em seu primeiro artigo o princípio em comento, ao estabelecer que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

Verifica-se, então que atualmente há, no plano constitucional, o reconhecimento da situação de hipossuficiência da criança e do adolescente, que, conquanto pessoas com a personalidade ainda em formação e, portanto, frágeis e vulneráveis, merecem uma especial tutela jurídica, apta a garantir o bom desenvolvimento de suas potencialidades, para que sejam adultos dignos e com pleno acesso a oportunidades.

É importante ressaltar que essa proteção diferenciada, especializada e global, a ser dispensada aos menores, deve ser assumida primeiramente pela família, e em caráter supletivo pela sociedade e pelo Estado.

Nessa linha, cabe aos pais, no cumprimento de seus deveres perante os filhos, protegê-los de forma integral, o que inclui não privá-los de afeto e cuidados no

exercício da paternidade como gênero, haja vista a indispensabilidade de tais valores para a plena e melhor formação de suas respectivas personalidades.

Por fim, nunca é demais lembrar que o princípio em tela é consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser o objetivo maior a ser alcançado com a proteção integral das crianças e adolescentes.

### **2.2.1.7 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Este princípio tem as suas raízes no antes analisado princípio da proteção integral da criança e do adolescente, razão pela qual também encontra seu fundamento constitucional no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal e na dignidade da pessoa humana.

A preocupação com o melhor interesse dos menores surge a partir das alterações promovidas pela Carta Magna de 1988 no conceito de família, consolidando-a como espaço de afetividade, desenvolvimento e realização dos seus membros, e não mais como uma instituição que por si só deveria ser preservada, de modo a assegurar a paz domiciliar a qualquer custo.

Com essa mudança de paradigmas, o filho menor deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direitos, e como tal passa a ser não só merecedor de integral tutela pelo ordenamento jurídico, mas também de tutela prioritária e especial em relação aos demais membros da sua família, dado o reconhecimento jurídico e social da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ou seja, sendo indiscutível a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente em razão da sua pouca maturidade e, conseqüentemente, inaptidão para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar, além de todos direitos e garantias usuais de que dispõem como seres humanos, de outros direitos especiais, consoante o disposto no artigo 3º do ECA, *in verbis*:

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes

facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL, 1990).

A partir de então, verifica-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente pode ser enquadrado na categoria de preceito a ser observado para garantia do princípio da proteção integral.

E o que podemos entender por “melhor interesse”?

Na lição de Pereira (2006, p. 140), o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser sempre averiguado à luz do caso concreto e das peculiaridades a ele inerentes. Defende ainda o autor que, por se tratar de um princípio, este já traz em seu bojo uma indeterminação que lhe é própria, a saber:

“Enfim, em se tratando de aplicação de princípio, seria impróprio trazer soluções preconcebidas e predeterminadas do que seja o Princípio do Melhor Interesse do Menor. A função da matéria principiológica é exatamente poder pairar sobre interesses maiores, ainda que eles contrariem regras, já que eles são mandados de otimização do direito. São eles que vão autorizar que o direito seja justo acima do legal. É o intérprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor” (PEREIRA, 2006, p. 140).

Desta forma, pelo princípio em análise, em qualquer situação que envolva criança e/ou adolescente, deve-se buscar a melhor solução para o menor no caso concreto, aquela que mais assegure a sua dignidade e o seu desenvolvimento pleno.

### **2.3 A filiação no Código Civil de 2002**

Diante do grande lapso temporal de vinte e sete anos compreendido entre o envio do projeto do novo Código Civil à Câmara dos Deputados em 1975 e a sua respectiva sanção presidencial em 2002, o referido diploma legal já nasceu defasado, principalmente quando se leva em conta que, nos dias atuais, as mudanças se operam em uma velocidade muito maior do que outrora.

Por essa razão é que o Código não disciplinou inúmeras questões hoje corriqueiras no Direito de Família, como por exemplo, o exame de DNA, as técnicas de reprodução assistida e a união civil homoafetiva, situações que acabaram

delegadas à interpretação e aplicação de leis esparsas e da jurisprudência e doutrina pátrias.

Ademais, enquanto o projeto do Código Civil tramitava no Senado, em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com uma série de implicações na redação original do aludido projeto.

Desse modo, o que poderia até ser uma novidade no ordenamento jurídico pátrio foi trazido antecipadamente pela Carta Magna, fazendo com que a codificação civilista apenas repetisse as inovações apresentadas em sede constitucional, em especial no campo do Direito de Família.

Dentro do tema da filiação, e considerando os aspectos que serão de interesse para o presente trabalho, cuidou o novo Código Civil de consolidar, no seu art. 1.596, o princípio constitucional da equiparação entre os filhos, ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

Todavia, inexplicavelmente o legislador manteve uma presunção de paternidade somente para os filhos nascidos de pessoas casadas (art. 1.597), ignorando a existência da pluralidade de núcleos familiares, protegida expressamente pela Constituição Federal.

A esse respeito, pontua Gonçalves (2003, p. 282):

“[...] malgrado a inexistência, por vedação expressa da lei, de diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação, estabelece ela, para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para a sua efetivação”.

O Código Civil de 2002 também substituiu a antiga expressão “pátrio poder” por “poder familiar” (arts. 1.630 e seguintes), estabelecendo que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” – art. 1.630 (BRASIL, 2002). O pátrio

poder, então, deixou de ser visto unicamente como poder, para ser concebido como um poder-dever, concedido aos pais pelo Estado com o intuito de promover a proteção e o amparo (físico, social, afetivo, moral, financeiro etc.) dos filhos menores, compensando a fragilidade e a falta de discernimento próprios da tenra idade.

Na sequência, a igualdade entre os cônjuges, reconhecida constitucionalmente no § 5º do art. 226 da Lei Maior, foi repetida pelos artigos 1.511 e 1.567 a 1.569 do novo *Codex*, razão pela qual o citado poder familiar passa a ser exercido igualmente entre marido e mulher, consoante os termos do art. 1.631 do já mencionado Diploma Legal.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO**

#### **3.1 Breves considerações sobre a Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**

Antes de iniciar o estudo acerca da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, faz-se necessário apresentar um breve panorama doutrinário da responsabilidade civil no Direito Brasileiro, para então dar o tratamento do tema no âmbito do Direito de Família. Senão vejamos.

##### **3.1.1 Conceito**

A definição da responsabilidade civil não é pacífica na doutrina. Deixando de lado as dissensões doutrinárias, a responsabilidade civil pode ser tida como uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento, ou, ainda, consoante ensinamento de Pereira (1999, p. 11):

“A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio responsabilidade civil, que então se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independentemente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil”.

Na lição de Diniz (2004, p. 40):

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Já Cavalieri Filho (2005, p. 24) dispõe que:

[...] Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação

de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. [...]

Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.

### 3.1.2 Pressupostos

Para a configuração da responsabilidade civil é necessária a verificação da existência de alguns pressupostos, quais sejam: a) uma ação/conduita, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) a ocorrência de um dano, certo, moral ou patrimonial; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação. A seguir serão brevemente pontuados os citados pressupostos.

#### 3.1.2.1 Ação

A ação (em sentido lato), enquanto elemento constitutivo (fato gerador) da responsabilidade, é um comportamento humano voluntário – sendo, pois, excluídos do âmbito da responsabilidade os atos praticados sob coação absoluta ou decorrentes de força maior, por exemplo –, que poderá ser comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, produzindo consequências jurídicas.

Ademais, em regra somente responde pelo ato – *lato sensu* – aquele que lhe deu causa (responsabilidade por fato próprio). No entanto, há casos de responsabilização por fato de terceiro a quem o responsável está ligado, ou, ainda, por dano causado por animal ou coisa sob sua guarda, gerando, também nessas hipóteses, o dever de indenizar.

Por outro lado, na lição de Diniz (2004, p. 44), a responsabilidade decorrente de ato ilícito funda-se na ideia de culpa (responsabilidade subjetiva), ao passo que a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco (responsabilidade objetiva), a qual, diga-se, tem alcançado cada vez mais espaço no ordenamento jurídico pátrio, mormente tendo em vista a constatação da insuficiência da culpa para solução de todas as hipóteses de danos a serem reparados.

Desse modo, o dever de reparação proveniente de ato ilícito decorre da culpa, entendida em seu sentido amplo, como a violação de um dever jurídico imputável ao autor em decorrência de conduta intencional (dolo) ou em razão de imperícia, imprudência ou negligência (culpa em sentido estrito).

Além do mais, seja a conduta proveniente de dolo ou culpa *stricto sensu*, para que surja o dever de ressarcimento, o fato gerador do dano deverá ser imputável ao seu autor, que agiu de modo livre e consciente.

Não se pode olvidar, no entanto, como bem pontuado por Tartuce (2011, p. 61), que hodiernamente a conduta culposa, no tocante à responsabilidade civil em geral, deixou de desempenhar papel principal, passado a cumprir papel coadjuvante.

Essa afirmação, contudo, não afastou a constatação de que a responsabilidade civil subjetiva – qualificada pela culpa – continua sendo a regra geral do ordenamento jurídico vigente, ao passo que a responsabilidade civil objetiva – fundada no risco – ainda é tratada como exceção.

Nesse mesmo sentido já se posicionou Hironaka (2005, p. 131), ao afirmar que, a despeito da constatação do declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à configuração da responsabilidade, aquela não desaparecerá do ordenamento jurídico, concluindo pela convivência, no Direito pátrio, das teorias: subjetiva como norma geral e objetiva como preceito especial.

Em momento posterior, ainda neste capítulo, serão tecidas breves considerações sobre a responsabilidade civil subjetiva, e sua aplicabilidade no âmbito do Direito de Família.

### **3.1.2.2 Dano**

No tocante ao pressuposto da ocorrência de dano, segundo leciona Stoco (2004, p. 123), “a doutrina é unânime em afirmar, como não poderia deixar de ser, que não há responsabilidade sem prejuízo”, acrescentando que “o prejuízo causado pelo agente é o ‘dano’”.

E, na lição de Cavalieri Filho (2005, p. 96):

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

Doutrinariamente, têm-se os seguintes requisitos do dano indenizável: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral, pertencente a alguém; b) certeza do dano, sendo necessária, pois, sua demonstração e repercussão/extensão sobre a vítima ou seu patrimônio, salvo nos casos de dano presumido; c) causalidade – relação entre o ato lesivo e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação, de modo que a anterior reparação pelo responsável afasta sua ocorrência; e) legitimidade – a vítima deverá ser titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade – tais como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima (DINIZ, 2004, p. 66-69).

Ademais, encontra-se atualmente superada eventual discussão acerca da abrangência, no conceito de dano, dos prejuízos patrimoniais e morais. A própria Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, incisos V e X, a reparação dos danos patrimoniais, morais e à imagem, *in verbis*:

“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” (BRASIL, 1988).

De igual modo, estabelece o artigo 186 do Código Civil que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Por outro lado, a feição patrimonial ou moral do dano decorre dos efeitos da lesão jurídica, e não da natureza do direito atingido, de modo que a ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material, bem assim o prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode causar dano moral.

De igual sorte, é assente na doutrina e jurisprudência pátrias que os danos morais e materiais, quando oriundos de um mesmo fato lesivo, são cumuláveis, a teor, inclusive, dos enunciados das Súmulas 37 e 387 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que dispõem:

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

“Súmula 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Pois bem, por dano material ou patrimonial entende-se a lesão concreta que atinge o patrimônio presente ou futuro da vítima, e, segundo ensina Diniz (2004, p. 70), estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio efetivamente existente após o prejuízo e aquele que possivelmente existiria se a lesão não tivesse sido produzida.

O dano material pode ser reparado diretamente, mediante restabelecimento do *statu quo ante* – reparação natural ou específica – ou, caso assim não seja possível, será reparado indiretamente, mediante indenização pecuniária.

Além do mais, o dano material abrange o dano emergente (*damnum emergens*) ou positivo, que importa em perda efetiva e imediata do patrimônio em decorrência do dano; e o lucro cessante (*lucrum cessans*), ou negativo, consistente na perda do ganho esperável, na diminuição potencial do patrimônio em função do evento danoso.

O dano moral, por seu turno, pode ser conceituado doutrinariamente sob diversos enfoques. À luz da Carta Magna de 1988, pode ser entendido como a violação do direito constitucional à dignidade humana – essência dos direitos

personalíssimos –, sendo-lhe assegurada a plena reparação, a teor do art. 5º, incisos V e X, da CF/88, antes citados (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 101).

Ainda, o dano moral pode ser tido como aquele que lesiona direitos da personalidade do indivíduo, traduzindo-se em dano efetivo (não patrimonial) que abrange valores internos da pessoa – patrimônio subjetivo –, tais como a intimidade, a honra, a imagem e a vida privada, passíveis, todos eles, de reparação.

A doutrina distingue os danos morais em diretos e indiretos. O dano é direto quando lesiona interesse que busca a satisfação de bem jurídico não patrimonial, contido nos direitos da personalidade ou atributos da pessoa, ao passo que o dano moral indireto deriva de fato lesivo a interesse patrimonial, mas que provoca prejuízo a bem não patrimonial (DINIZ, 2004, p. 93).

Por outro lado, como já dito anteriormente, já não mais se discute a possibilidade de reparação do dano moral, assim como sua cumulabilidade com os danos patrimoniais oriundos de um mesmo fato lesivo. Todavia, a amplitude da dimensão dos danos morais, bem assim a determinação dos critérios para sua quantificação, não é questão assente na doutrina, legislação e jurisprudência pátrias.

Com efeito, a teor do ensinamento de Cavalieri Filho (2005, p. 105):

“[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral [...]. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos”.

De igual modo, Diniz (2004, p. 92) esclarece que o direito não repara qualquer padecimento, aflição ou dor, mas tão somente os estados de espírito que forem decorrentes da privação de bem sobre o qual a vítima teria interesse juridicamente reconhecido.

Além do mais, levando-se em consideração a dificuldade de estimação

pecuniária do dano moral, vários doutrinadores têm proposto critérios objetivos para uma reparação equitativa, que poderiam auxiliar o órgão julgante no arbitramento do *quantum debeatur*. No entanto, foge ao estudo proposto examinar, nesta oportunidade, os critérios comumente apontados nesse sentido.

De qualquer sorte, em última análise entende-se que, na quantificação do dano moral, o operador do direito deverá atuar, inclusive, com bom senso, moderação e prudência, levando em consideração que a reparação pecuniária do dano abrange os aspectos punitivo e compensatório, e ainda o dissuasório.

### **3.1.2.3 Nexo de causalidade**

Finalmente, o nexos de causalidade, também pressuposto indispensável da responsabilidade civil, prevê uma relação necessária entre o fato lesivo e a ação que o produziu, de modo que esta é considerada a causa – ainda que não imediata – daquele.

Assim, para o surgimento do dever de reparar é necessário que o dano sofrido pela vítima tenha sido causado por conduta do agente, em imperativa relação de causa e efeito.

Para a determinação do nexos de causalidade algumas teorias são ventiladas pela doutrina, entre elas a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

No entanto, afigura-se desnecessário para o presente trabalho pormenorizar tais ensinamentos, ainda mais tendo em vista que, conforme preconiza Stoco (2004, p. 147):

“[...] independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexos causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado”.

Por fim, registre-se que, segundo a melhor doutrina são causas excludentes do nexo causal, entre outras, a ocorrência do evento: a) por culpa exclusiva da vítima; b) por fato de terceiro; c) no exercício regular de um direito; d) por caso fortuito ou força maior.

Pontuados, de um modo geral, o conceito e pressupostos da responsabilidade civil, cumpre delinear, em breves linhas, a temática da responsabilidade civil subjetiva.

### 3.1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva

Várias são as espécies de responsabilidade civil. Se levados em consideração seus fundamentos, a responsabilidade poderá ser: 1) subjetiva, quando a conduta lesiva é qualificada pela culpa (em sentido amplo), que, desse modo, é determinante para o dever de reparar; ou 2) objetiva, quando fundada no risco, em que basta a existência de nexo causal entre o dano sofrido e a conduta do agente para que surja o dever de indenizar, sendo, no particular, irrelevante se perquirir a existência de culpa.

Como já mencionado em passagem anterior, em que pese a existência de posicionamentos dissonantes a respeito do tema, no nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral segundo a qual o dever de reparação decorre da reprovabilidade da conduta do agente, ou seja, conduta qualificada pela culpa.

Trata-se, pois, do prestígio da responsabilidade civil subjetiva como regra geral, sendo, assim, a culpa (em sentido amplo) um dos elementos imprescindíveis para a responsabilização, ao lado da conduta, do evento danoso e do nexo causal.

Portanto, quando não verificada a conduta culposa, não haverá, em consequência, o dever de reparar, salvo disposição legal expressa em sentido diverso, como nos casos da supracitada responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, a título de exemplo, rezam os artigos 186 e 927, *caput*, ambos do Código Civil, que assim dispõem:

“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. [...]”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Da leitura conjugada dos citados artigos depreende-se que, quando alguém, mediante conduta culposa (em sentido amplo, abrangendo não só o dolo, mas também a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia), viola direito de outrem e causa-lhe dano, pratica ato ilícito, do qual resulta o dever de indenizar.

É de se ressaltar ainda, no particular, a lição de Stoco (2004, p. 136):

“Na culpa ocorre sempre violação de um dever preexistente; se esse dever se funda num contrato, a culpa é *contratual*; se no preceito geral, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios (*alterum non laedere*), a culpa é *extracontratual* ou *aquilliana*”.

Conclui-se, por conseguinte, que para a caracterização da responsabilidade subjetiva é necessária a existência de uma conduta lesiva (ação ou omissão) qualificada pela existência da culpa (em sentido lato), bem como a ocorrência de um dano (que deve ser certo, moral ou material), e do nexo de causalidade entre o resultado danoso e a conduta do agente.

Contrapondo-se à responsabilidade subjetiva, o ordenamento jurídico pátrio consagra, ainda, a responsabilidade objetiva, fundada no risco, que, na lição de Diniz (2004, p. 56), consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse e sob o controle do agente, sem que haja qualquer indagação sobre seu comportamento, fixando-se no elemento objetivo. Ou seja, a vítima deverá pura e simplesmente demonstrar a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, sem exigência da prova de culpa.

A responsabilidade objetiva é, pois, imposta por lei, e o dever de ressarcimento independe da prática de ato ilícito e da existência de culpa. Essa responsabilidade está expressamente prevista em vários dispositivos legais, entre eles o parágrafo único do citado artigo 927 do Código Civil, ao dispor que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados

em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Registre-se, no entanto, que a análise mais aprofundada da suprarreferida espécie de responsabilidade civil foge da proposta do presente trabalho.

Diante do exposto, cumpre inserir o estudo da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, com especial enfoque na responsabilidade dos pais por abandono afetivo. Senão vejamos.

### **3.2 A responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família**

Para melhor compreender a possibilidade de se aplicar a responsabilidade em relações familiares, é preciso, de início, resgatar algumas ideias até o momento exploradas neste trabalho.

Em primeiro lugar, para se fixar toda e qualquer responsabilidade civil subjetiva, faz-se imprescindível o preenchimento de quatro requisitos, quais sejam: a) uma ação/conduita, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) a ocorrência de um dano, certo, moral ou patrimonial; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação; d) culpa.

Nesse trilhar, reprise-se ainda que o *dano* pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral), o que inclui, portanto, neste último caso, relações pessoais de Direito de Família, as quais são maioria nesta seara.

Dito isso, é preciso averiguar se há a imposição aos pais (gênero) de algum dever em relação a seus filhos, que, se descumprido, poderia caracterizar o primeiro requisito da responsabilidade civil alhures mencionado (*ação/conduita*, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente).

Com efeito, consoante adiante se demonstrará, esse dever resta delineado por meio do afeto. Como já abordado em passagem anterior deste trabalho, o afeto foi um dos principais responsáveis pela mudança do perfil da família. A partir deste elemento, deixou-se de privilegiar uma família institucionalizada, preocupada muitas

vezes com as relações patrimoniais, como se verificava no modelo estampado no Código Civil de 1916, e passou-se a valorizar o ente familiar como local privilegiado para a promoção pessoal dos seus componentes, âmbito de implementação e realização da dignidade da pessoa humana.

Adotando esse raciocínio, Pereira (2006, p. 182-183) assevera:

“A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição -, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição [...].

Por isso, insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros”.

Nessa linha de intelecção, faz-se imperioso distinguir, em termos jurídicos, o afeto do amor. É que o afeto envolve a inter-relação, a ligação entre os componentes da família, podendo receber conotação positiva ou negativa. O afeto positivo mais destacado, sem dúvida alguma, é o amor, ao passo que o negativo é o ódio. Por óbvio, ambas concepções se revelam presentes nas relações familiares.

Nesse contexto, não há dúvidas de que o afeto é um valor jurídico, revelador da mudança de paradigma da entidade familiar. Corroborando com esse entendimento, Pereira (2006, p. 183) preleciona:

“Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade. Além disso, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independente da sua origem e se são biológicos ou não”.

No entanto, ele é muito mais do que isso, caracterizando-se como um verdadeiro princípio jurídico, inclusive de origem constitucional (embora implícito, decorrente de princípios constitucionais expressos, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, dentre outros).

Assim, com base nos ensinamentos de Tartuce (2013),

“[...] não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema”.

E, de fato, o afeto se revela um princípio jurídico, tendo em vista que ele é plenamente capaz de produzir efeitos jurídicos nas relações familiares. A título de ilustração, a afetividade é a principal responsável pelo reconhecimento jurídico, enquanto entidade familiar (e não mera sociedade de fato), da união homoafetiva. Aliás, tal reconhecimento foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento paradigmático da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 05.05.2011, publ. 12.05.2011) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, proferido em 05 de maio de 2011 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 05.05.2011, publ. 12.05.2011).

Em virtude deste reconhecimento, os conviventes desta união têm assegurados direitos típicos de uma relação familiar afetiva, a exemplo de alimentos, sobrenome, meação, etc. Ademais, todas as demandas tendo como objeto a união homoafetiva passam a ser processadas e julgadas no Juízo de Família (e não no Juízo Cível), órgão jurisdicional mais afeito à apreciação de matérias dessa natureza.

Nessa esteira, o afeto enquanto princípio jurídico possui também a prerrogativa de criar direitos e impor deveres aos componentes de qualquer entidade familiar. Exemplo sintomático disso é o fato de que, no casamento, modalidade de família em que, embora haja vínculo formal entre os conviventes, deve também primar pela implementação do afeto enquanto meio para felicidade em comum do casal e desenvolvimento da dignidade humana de cada um dos cônjuges, são estabelecidos por lei (artigo 1.566 do Código Civil) deveres matrimoniais, quais sejam: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

Se, de um lado, pode-se falar em deveres familiares impostos ao componente da família, de outro, por óbvio, verifica-se o surgimento de direitos para quem possuir relação direta com este agente no âmago familiar, os quais são definidos como verdadeiros direitos da personalidade.

Desse modo, restando certo que o afeto enseja a criação de direitos e deveres aos componentes da família, não há dúvidas de que o desrespeito a este instituto e, por consequência, aos próprios deveres familiares, pode resultar em responsabilidade civil.

É que a *ação/conduto*, primeiro requisito da responsabilidade civil, estará devidamente caracterizada a partir do desrespeito ao afeto e dos seus deveres correlatos. Para que se concretize a responsabilidade, basta então apontar a ocorrência do *dano* e, via de consequência, o *nexo de causalidade* entre este e aquela (*ação/conduto*), bem como a *culpa*.

No que diz respeito a estes demais requisitos da responsabilidade civil, quanto ao *dano*, considerando que estará sendo violado elemento não patrimonial das relações familiares (o afeto), tem-se que ele será de ordem moral. Aliás, nada mais natural, tendo em vista que o instituto do dano moral visa, em essência, tutelar direitos da personalidade do indivíduo. Desta forma, atingidos direitos da personalidade do integrante da família a partir do desrespeito ao afeto e dos deveres por ele criados – o que configura o *nexo de causalidade* –, cria-se a possibilidade de proteção de tais direitos através da indenização por dano moral.

Nesse trilhar, esclareça-se que nem sempre o descumprimento de um dever familiar gera o direito de o outro componente da família exigir (até mesmo em juízo) do inadimplente o cumprimento da obrigação imposta por lei. Assim, por exemplo, na família matrimonial, o descumprimento do dever de fidelidade recíproca, por si só, já produz efeitos irreparáveis, não sendo possível a restituição do estado anterior das coisas ou mesmo que se requeira em juízo que, a partir de determinado o evento, o cônjuge passe a cumprir à risca tal dever. Em hipóteses como essa, o caminho lógico e natural será a reparação do dano causado mediante o arbitramento de indenização por dano moral.

Como se vê, é possível estipular a responsabilidade civil entre cônjuges, desde que se aponte o descumprimento de dever matrimonial (*ação/conduta*), bem como a ofensa a direitos da personalidade resultante deste descumprimento (*dano*), sem se descuidar ainda do *nexo de causalidade* entre ambos elementos e a *culpa* do agente.

Ora, como se sabe e já insistentemente reprisado ao longo deste trabalho, o dano moral tem como finalidade principal a tutela dos direitos da personalidade, merecendo destaque o direito à honra, seja no seu aspecto subjetivo (em relação a si mesmo) ou objetivo (em relação ao público em geral). Assim sendo, para que haja indenização por dano moral entre cônjuges não é suficiente que se demonstre apenas a violação de um dever conjugal. Por si só, tal fato não constitui um ato que venha a permitir a aplicação deste instituto. É preciso, portanto, que a conduta de um dos cônjuges cause um dano à honra do seu convivente, configurando-se assim o *nexo de causalidade*.

Para melhor esclarecer essa tênue diferença, e retomando a análise do dever matrimonial da fidelidade recíproca, consideremos a seguinte situação: caso um dos consortes leve a público um adultério por ele praticado com o firme propósito de atingir a honra do seu par (*culpa* em sentido amplo), não seria apenas o ato de infidelidade (*ação/conduta*) que permitiria a indenização por dano moral, mas também (e principalmente) a clara violação da honra objetiva do cônjuge traído (*dano*) dele decorrente (*nexo de causalidade*).

O mesmo ocorreria se o adultério violasse a honra subjetiva do consorte, mas aqui é preciso lembrar a já consagrada lição de que o mero dissabor, a simples dor não autoriza a fixação do dano moral.

Em síntese, desde que estejam devidamente comprovados o *dano* (à honra), a *conduta* do cônjuge (exemplo: traição), o *nexo causal* e a *culpa* (pela prática de conduta ofensiva à honra, dolosamente ou por imprudência, negligência ou imperícia; é o ânimo que levou o cônjuge a violar a honra do seu parceiro), será possível arbitrar uma indenização por dano moral ao consorte ofendido.

A jurisprudência pátria tem idêntico entendimento, ao exigir, para fins de fixação de danos morais entre cônjuges, a violação não apenas de deveres matrimoniais, mas principalmente de direitos da personalidade, consoante os arestos a seguir transcritos:

“Ação de indenização por danos morais - Separação judicial - Preliminar de intempestividade - Desavença entre cônjuges - Ofensas mútuas – Não caracterização de dano de ordem moral. - Ocorrendo a publicação da sentença em dia de feriado, prorroga-se o termo inicial do prazo recursal para o primeiro dia útil subsequente. Processando-se a ação em comarca, na qual se considera que a parte é intimada dois dias úteis após a publicação, o prazo para interposição da apelação só começará a fluir no terceiro dia após aquele subsequente ao feriado. - Se da análise dos elementos de prova contidos nos autos conclui-se que conduta, embora ilícita, não foi capaz de causar dano moral, não há falar na obrigação de indenizar”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 2000000428822-2/000, Relator Desembargador Pedro Bernardes, julg. 25.05.2004, publi. 26.06.2004) – grifo nosso.

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A indenização por danos morais decorrentes da separação judicial não poderá ser concedida apenas pela existência de frustração pelo fim da relação conjugal. 2 - Atritos verbais recíprocos, onde as partes, em seguida, manifestam perdão, não justificam o pedido de indenização por dano moral, diante da inexistência de real prejuízo psíquico. 3 - Apelação não provida”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 1002405899601-8/001, Relator Desembargador Nilson Reis, julg. 06.03.2007, publi. 30.03.2007).

“[...] A jurisprudência mais responsável com a natureza jurídica do dano moral caminha no sentido de que a imposição do dever de reparar tem espaço apenas em casos particulares, quando do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, sendo necessária a repercussão grave nos atributos da personalidade. Ou seja, a infidelidade, por si só, não gera, via de regra, causa de indenizar, apenas configurando dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge. Interpretação de julgados do e. STJ e deste TJDFT [...]”. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 20050111181703, Relator Desembargador J.J. Costa Carvalho, julg. 15.04.2009).

Com esta concepção, importa registrar que a jurisprudência começa a reconhecer também a possibilidade de fixação de dano moral entre cônjuges em virtude de infidelidade virtual, tendo em vista que, na hipótese em testilha, igualmente, ocorreria a violação de direitos da personalidade do cônjuge prejudicado.

A esse respeito, Alves (2010b, p. 241) noticia interessante decisão envolvendo esta matéria proferida pela 2ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF, no bojo do processo n. 2005.01.1.118170-3, conforme passagem a seguir transcrita:

“A autora, ex-esposa do réu, ingressou com pedido de indenização por danos morais, por ofensa à honra subjetiva e violação de seu direito à privacidade, alegando que este a traiu com outra mulher durante a vigência do casamento, traição esta demonstrada por *emails* trocados entre o requerido e a sua amante, nos quais eles compartilhavam fantasias eróticas (*sexo virtual*) e comentários jocosos feitos pelo traidor sobre o desempenho sexual da traída, afirmando inclusive que ela seria uma pessoa “fria” na cama.

Ao final do processo, em 21/05/08, o magistrado singular julgou procedente o pedido e condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)”.

Na sequência, o mesmo autor comenta a referida decisão sob a ótica da violação de direitos da personalidade da vítima dos fatos, a saber:

“De um lado, o juiz sentenciante teve o cuidado de não confundir os conceitos de adultério e de infidelidade, acatando na hipótese em testilha esse segundo conceito, já que não se discutia a existência de relacionamento sexual convencional entre o requerido e sua amante, mas sim de contato virtual com conotações eróticas mantidas entre eles (*sexo virtual*), o que veio a caracterizar a *infidelidade virtual*.

Além disso, em admitindo a infidelidade virtual, o julgador acabou consagrando, mesmo que implicitamente, o hodierno perfil da família (família afetiva ou *eudemonista*), em particular do casamento, no qual deve sempre prevalecer a comunhão do afeto, a mútua assistência em seu sentido existencial, responsável pela redesignação do dever de fidelidade, que não se subsume mais apenas ao sentido sexual, mas, indo muito além, exige dos consortes um respeito, uma cumplicidade, uma consideração recíproca.

De outro lado, verifica-se que o magistrado, ao arbitrar os danos morais, não se ateve apenas à simples quebra do dever de fidelidade, à suposta culpa na separação judicial. Ao contrário, por certo o principal critério norteador do julgado foi a grave violação de direitos da personalidade da autora, em especial a intimidade e a privacidade, pois o réu fez comentários jocosos sobre o desempenho sexual da mesma à sua amante.

A esse respeito, noticie-se que o portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM ([www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br), acesso em 27 de maio de 2008) divulgou o seguinte registro feito pelo juiz deste caso: “Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante” (ALVES, 2010b, p. 247).

À guisa de conclusão, o raciocínio ora abraçado pode ser perfeitamente ampliado para toda e qualquer relação extrapatrimonial de Direito de Família. Para tanto, como já afirmado, basta caracterizar a ocorrência dos quatro requisitos que marcam a responsabilidade civil (ação/conduta; dano; nexo de causalidade; culpa), como foi feito neste tópico, partindo-se do exemplo das relações conjugais, nas quais se verificou a possibilidade de arbitramento de dano moral em casos de violações por parte de um dos cônjuges, de direitos da personalidade do outro.

Em sendo assim, de antemão, já se constata que é possível a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, desde que devidamente configurados e delimitados os requisitos anteriormente expostos, principalmente o nexo de causalidade e a culpa. Aliás, o desafio do tema não é indagar acerca da permissão desta responsabilidade e sim justamente perquirir de que forma e em quais casos ela é admitida, o que passa a ser abordado, em separado, no tópico seguinte.

### **3.3 A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo: possibilidade e caracterização**

Retomando algumas considerações expostas no item anterior, fundamentais para o correto entendimento da matéria que pretende se debater no presente tópico, o afeto é um princípio jurídico de alta relevância para a definição do perfil hodierno da família, sendo responsável pela criação de deveres e direitos (da personalidade) no âmbito familiar, o que resulta em consequências importantes, em especial nas relações paterno-filiais.

Como esclarece Hironaka (2010, p. 220):

“É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto”.

No que mais interessa ao tema objeto do presente trabalho, sem dúvida alguma a consequência mais relevante é o reconhecimento jurídico de efeitos à paternidade socioafetiva.

Conforme explicitado em passagens anteriores desta pesquisa, a partir da Constituição Federal de 1988, a família passa a ser caracterizada como local propício para a implementação da dignidade dos seus componentes, daí porque o liame entre estes não necessariamente é jurídico ou biológico, mas principalmente fático, convivencial, ou, em outros termos, afetivo, o que abre espaço para a concepção da paternidade socioafetiva.

Segundo tal concepção, pai não é necessariamente aquele que procria, mas quem presta cotidianamente o afeto. Nesse trilhar, para fins de definição da paternidade moderna, faz-se imprescindível invocar o critério da posse do estado de filiação: pai é quem confere *nome*, *tratamento* e *fama* ao seu filho.

Desse modo, pai é aquele que confere ao seu filho o seu próprio sobrenome (*nome*), o trata como seu filho, sendo responsável inclusive por sua educação e sustento – e este o trata também como seu pai (*tratamento*) –, bem como a sociedade como um todo reconhece essa relação existente entre eles (*fama*).

Farias e Rosenvald (2008, p. 517) comungam do mesmo entendimento:

“A filiação sócio-afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho [...]”.

Diversos exemplos de aplicação da paternidade socioafetiva podem ser apontados. Assim, a paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga (realizada com material genético de somente um dos genitores, a mulher, ou de terceiros estranhos à relação conjugal), com previsão no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, afinal de contas pai não é quem fornece o material genético e sim quem passa a cuidar do novo ser. Outro exemplo é a “adoção à brasileira”, que se opera quando alguém desenvolve uma relação afetiva com o indivíduo como se seu filho fosse e por conta disso o registra como tal, mesmo sabendo não haver vínculo biológico entre eles.

A respeito do quanto ora esposado, vale a pena transcrever o teor dos Enunciados de números 103 e 108 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e apoiada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Enunciado n. 103. Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”. (BRASIL, 2002).

“Enunciado n. 108. Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”. (BRASIL, 2002).

Ademais, na III Jornada de Direito Civil, igualmente promovida pelo Superior Tribunal de Justiça e realizada em dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado n. 256, com a seguinte redação: “Art. 1.593: A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil” (BRASIL, 2004).

Sendo certo então que o afeto é capaz de reconhecer efeitos jurídicos à relação de paternidade por ele próprio engendrada, não há dúvidas de que este princípio cria nesta relação deveres e direitos (da personalidade).

De um lado, a paternidade, antes de um direito conferido ao pai, é um verdadeiro dever, *munus* a ser cumprido por ele em prol do seu filho. Com efeito, a autoridade parental envolve, por exemplo, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores de idade, conforme exposto por Teixeira (2005, p. 133):

“O mandamento constitucional que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores deve considerar, em primeiro plano, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Essa não se define apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições de saber e não é capaz, pois desprovida de discernimento”.

Aliás, nunca é demais lembrar que o dever anteriormente indicado é constitucionalmente previsto no artigo 229. Por óbvio, o dever de assistir, criar e educar os filhos não envolve apenas o aspecto patrimonial, sendo certo que, no

atual perfil da família, muito mais relevante é o viés afetivo deste dever. A convivência próxima, constante e intensa de um pai com o seu filho é condição indispensável para o completo e sadio desenvolvimento psicossocial deste último.

Por conta disso, como outra face da mesma moeda, surge para o filho um autêntico direito da personalidade em desfrutar de uma relação afetiva com seu pai. Como é cediço, a proximidade, a convivência, o cuidado, a troca de experiências, a segurança, e o conforto que marcam a relação paterno-filial são indispensáveis para a inteira formação da personalidade do indivíduo. A figura paterna torna-se assim referência psicológica ao crescimento do filho. Logo, a não convivência entre ambos pode gerar profundos abalos a direitos da personalidade, o que abre espaço para a responsabilidade civil por danos morais.

Nessa esteira, convém esclarecer que não se quer com isso impor juridicamente o amor, sentimento que, para ser autêntico, deve ser, acima de tudo, voluntário. Quer-se apenas abrir margem para que se permita a construção do afeto, algo somente factível no plano fático, com a convivência entre pai e filho, a qual é construída com o tempo, solidificando-se quase que diariamente. Em outros termos, apenas se quer que o filho tenha o direito de estabelecer a necessária convivência com seu pai, não sendo assim privado, *a priori*, desta relação.

Elucidando com ainda mais eficiência este aspecto, Pereira (2006, p. 188) assevera:

“Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referencia paterna”.

Noutro giro, em caso de abandono afetivo, não há como se impor judicialmente ao pai a obrigação de conviver com seu filho, até porque, repita-se, o afeto é valor que somente será autêntico se voluntário. Assim sendo, afasta-se a via jurídica de determinação judicial de uma obrigação de fazer na hipótese em tela.

Com isso, o caminho natural a que se chega se restar caracterizado o

abandono afetivo é, de fato, a responsabilidade civil por dano moral, verdadeira ferramenta de tutela de direitos da personalidade. Pereira (2006, p. 188), ao comentar uma decisão jurisprudencial em que se permitiu o arbitramento de indenização por dano moral (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 408550-5, 7ª Câmara Cível, Relator Desembargador Unias Silva, julg. 01.04.2004), decisão esta que será detidamente abordada no tópico seguinte deste trabalho:

“Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral. Restou provado, no caso, a flagrante ofensa aos direitos de personalidade do filho, principalmente a tutela da integridade psicofísica, que faz parte do conteúdo da sua dignidade. Por isso, além da decisão ter sido paradigmática, fulcra seu mérito no embasamento principiológico constante de sua fundamentação, que reconhece a afetividade como um relevante princípio do atual ordenamento”.

Para que se fixe a indenização por dano moral por abandono afetivo, faz-se imprescindível investigar de que modo restarão caracterizados os quatro elementos que definem a responsabilidade civil, lembre-se, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

Quanto à conduta, tem-se que ela estará definida a partir do momento em que o genitor, com sua ação ou omissão, se comportar de modo a descumprir deveres impostos à paternidade, tais como os deveres de assistir, criar e educar os filhos, deveres estes entendidos muito mais sob o viés extrapatrimonial, existencial, afetivo, portanto.

Não se quer, com isso, exigir a atuação de um pai absolutamente perfeito, modelo, sem qualquer tipo de defeito. Em se tratando de ser humano, evidentemente falhas vão ocorrer no comportamento do indivíduo como pai. O que se procura evitar, portanto, são condutas que fogem da normalidade, não são esperadas por parte de um pai presente, atencioso, afetivo, enfim, atípicas. É o caso, por exemplo, de um genitor que se divorcia da genitora do seu filho e, após este fato, transfere sua residência para outro município, estado ou até país, deixando de ter qualquer tipo de contato com este último, menor de tenra idade.

No que diz respeito ao dano, como já afirmado em outras passagens, para fins de responsabilidade civil na hipótese em testilha, ele deve se referir a prejuízos atinentes a direitos da personalidade do filho. Assim, a conduta do genitor deve atingir valores do filho como a honra, intimidade, formação psicossocial etc.

Corroborando com essa concepção, tem-se o ensinamento de Hironaka (2010, p. 228):

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

Nesse sentido, como já advertido anteriormente, estando em jogo relações interpessoais, por óbvio, conflitos, divergências, discussões, mágoas, traumas etc., vão surgir na interação entre pai e filho, inclusive mesmo se aquele for intensamente presente na vida deste último. Por conseguinte, o dano também deve ser extraordinário, atingindo esfera do indivíduo que certamente não seria atingida se o pai cumprisse com o seu dever afetivo de convivência com o seu filho. Para melhor compreensão e visualização deste aspecto, faz-se indispensável analisar com cuidado o terceiro elemento da responsabilidade civil, o nexo de causalidade.

Em termos, pois, de nexo de causalidade, a ligação entre o dano a direito da personalidade do filho, o que decerto envolve abalo psicológico, e a conduta comissiva ou omissiva do seu genitor deve ser direta e imediata. É o exemplo de um menor de idade desenvolver o transtorno da síndrome do pânico a partir do momento em que seu genitor se afastou do seu domicílio e passou a não ter qualquer convívio com ele.

Ainda quanto ao nexo de causalidade, para fins da sua caracterização, em juízo, será necessária a produção de provas suficientes a evidenciar que o dano à esfera íntima do indivíduo realmente decorre da conduta do seu genitor, não sendo proveniente de outros obstáculos impostos pela vida, o que é plenamente viável.

Para tanto, pode-se revelar bastante conveniente, por exemplo, a produção de laudo psicossocial, inclusive por equipe multidisciplinar do juízo processante, o qual, expondo o perfil do avaliado, poderá concluir pela delimitação dos elementos até aqui apreciados.

Ademais, dentre outros tantos critérios que devem ser observados para o arbitramento do valor da indenização por dano moral, a precisa definição do nexo de causalidade, realizada inclusive pelo laudo alhures mencionado, também auxiliará o juiz na escolha do patamar correto, nos limites do que for requerido pelo autor da ação na sua exordial.

Como quarto elemento da responsabilidade civil, a culpa restará demonstrada a partir do comportamento intencional (dolo) ou imprudente/negligente/imperito (culpa em sentido estrito) do pai em atingir direito da personalidade do seu filho. Assim, por exemplo, quem abandona seu filho menor de idade, passando a não ter qualquer contato afetivo com ele, sem dúvida alguma é, no mínimo, negligente quanto ao cumprimento do seu dever.

Como aspecto extremamente subjetivo, a culpa (em sentido amplo) deve ser verificada somente a partir da análise de cada caso concreto.

Aliás, em relação a casos concretos, eles serão expostos mais detidamente no próximo tópico deste trabalho, em que se pretende apontar e avaliar decisões jurisprudenciais contrárias e favoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo. Neste espaço, além de se registrar outros exemplos do tema em debate, pretende-se também apontar se estão ou não configurados os quatro requisitos da responsabilidade civil e conseqüentemente se seria cabível ou não o arbitramento dos danos morais. Desta forma, por certo, a matéria será melhor compreendida, inclusive sob o viés prático.

## 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No âmbito da jurisprudência, verifica-se que os tribunais já alternaram significativamente o seu entendimento sobre o cabimento de dano moral por abandono afetivo.

Assim, em julgamento bastante paradigmático, o antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, acolhendo a tese de que o afeto seria levado à categoria de princípio jurídico, determinou a responsabilidade civil de um pai que abandonou seu filho, não obstante este último tenha buscado incessantemente contato com aquele – na infância, adolescência e fase adulta –, não obtendo sucesso por ter sido rejeitado por ele, o qual não cumpriu com sua responsabilidade paterna, ínsita ao poder familiar. Veja-se a seguir a ementa deste julgado:

“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”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 408550-5, 7ª Câmara Cível, Relator Desembargador Unias Silva, julg. 01.04.2004).

Aliás, em relação a este julgamento, vale a pena inclusive transcrever trechos do voto do acórdão, até porque ele demonstra claramente a adoção do afeto como princípio jurídico, bem como de que forma se deu a configuração dos quatro requisitos da responsabilidade civil (conduta, dano, nexo de causalidade e culpa):

“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 [...].

O princípio da afetividade especializa, no campo das relações

familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 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 [...].

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 408550-5, 7ª Câmara Cível, Relator Desembargador Unias Silva, julg. 01.04.2004).

Comentando o teor deste julgado, Pereira (2006, p. 186-189) presta importantes observações a respeito do tema:

“Uma demonstração jurisprudencial de que a afetividade foi levada à categoria de princípio jurídico se encontra num julgado recentemente prolatado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que determinou a responsabilização civil de um pai que abandonou seu filho. Embora este filho tenha buscado pelo pai – tanto na infância, quanto na adolescência e agora, na fase adulta –, este rejeitou-o e não arcou com sua responsabilidade paterna, inerente ao poder familiar. Tal responsabilidade está em estreita consonância com o dever de criar e educar, constitucionalmente previsto no art. 229 [...].

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna. Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral. Restou comprovado, no caso, a flagrante ofensa aos direitos de personalidade do filho, principalmente a tutela da

integridade psicofísica, que faz parte do conteúdo da sua dignidade. Por isso, além da decisão ter sido paradigmática, fulcra seu mérito no embasamento principiológico constante de sua fundamentação, que reconhece a afetividade como um relevante princípio do atual ordenamento.

A fundamentação do acórdão fala por si só, tendo em vista a utilização do Princípio da Afetividade atrelado ao Princípio da Dignidade Humana. Afinal, no âmbito da família eudemonista, que visa a liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, o núcleo familiar não se justificaria sem o afeto”.

Como se vê, os fundamentos do julgado do Tribunal mineiro são exatamente os mesmos defendidos neste trabalho, a saber, o afeto como princípio jurídico e a demonstração dos quatro requisitos da responsabilidade civil por abandono afetivo, quais sejam, a conduta (o abandono reiterado e contínuo do pai), o dano (ofensa à integridade psicossocial do filho, direito da personalidade), o nexo de causalidade (dano decorrente do abandono afetivo) e a culpa (evidenciada pela constante negativa do pai em ter convívio com o seu filho).

Posteriormente, o STJ não admitiu a reparação dos danos morais em decorrência do abandono afetivo, sob o argumento de que não restaria configurada a prática de qualquer ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o seu filho, haja vista que o afeto não poderia ser imposto na aludida relação parental, não se configurando, pois, a existência de um dever jurídico de convivência.

Esse entendimento foi consagrado no acórdão do STJ proferido ainda sob a égide do Código Civil de 1916, com a ementa a seguir transcrita:

“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” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 757411/MG, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julg. 29.11.2005, DJ 27.03.2006).

Pelo que se depreende deste julgamento, o principal fundamento utilizado pelo STJ para não admitir a responsabilidade civil por abandono afetivo foi ter aceito o afeto apenas como valor jurídico e não como princípio jurídico, daí porque ele não

teria o condão de estabelecer deveres jurídicos, dentre eles o dever de convivência. No entanto, conforme exposto e demonstrado ao longo desta pesquisa, o afeto possui o *status* de princípio jurídico nas mais diversas relações jurídicas familiares e, no que se refere às relações paterno-filiais, é o principal responsável pela criação dos deveres impostos aos pais de assistir, criar e educar os filhos, o que inclui, por óbvio, o direito de convivência.

Passando a aceitar este último posicionamento, a jurisprudência do próprio STJ passou a alterar o seu entendimento, permitindo, em caso emblemático, o arbitramento de indenização por danos morais por abandono afetivo, conforme ementa a seguir transcrita:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 24/04/2012, DJ 10/05/2012).

Neste julgado, o STJ deixou bem clara a ideia de que o abandono afetivo configura ato ilícito, eis que o pai descumpre o dever de convivência para com o seu filho, dever este que decorre do princípio jurídico do afeto. Por consequência, estariam configurados os quatro requisitos da responsabilidade civil: a conduta a partir do descumprimento do dever de criação, educação e companhia (decorrente do afeto), o que caracteriza uma conduta omissiva; o dano em virtude da violação de direito da personalidade, resultante em abalo psicológico do filho; o nexo de causalidade por conta do nítido liame entre o dano psicológico e o abandono afetivo; a culpa considerando a deliberada intenção do pai em abandonar afetivamente o seu filho.

Para evidenciar ainda mais o entendimento esposado neste emblemático julgamento do STJ, vale a pena transcrever trechos dos votos de alguns Ministros que participaram do acórdão:

“É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois, nos casos em que os pais se omitem do dever de dirigir a criação e educação dos filhos, a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade dos filhos, ofertando-lhes, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois o sofrimento causado à filha caracteriza o dano *in re ipsa*, traduzindo-se em causa eficiente à compensação.

(VOTO VISTA) (MIN. SIDNEI BENETI)

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, ocorrendo, inclusive, tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, pois a existência do vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão. É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai.

(VOTO VISTA) (MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO)

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai se omitiu do seu dever de cuidado para com sua filha, tendo resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, negado voluntariamente amparo material, deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico e alienado fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em preterição da mencionada filha, pois o genitor descumpriu totalmente seu dever de cuidado e infringiu flagrantemente as mais simples obrigações para com sua filha, ensejando tal situação o excepcional reconhecimento da ocorrência de ato ilícito no âmbito familiar, não configurando eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam indenização por danos supostamente sofridos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 24/04/2012, DJ 10/05/2012).

Comentando o teor deste julgamento paradigmático e externando sua concordância com os fundamentos que autorizam a responsabilidade civil por abandono afetivo, na mesma linha defendida neste trabalho, Tartuce (2013) aduz:

“Em sua relatoria, a Min. Nancy Andrighi ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “amar é faculdade, cuidar é dever”. Apesar do voto contrário do Min. Massami Ueda, na linha do julgado antecedente, a relatoria foi seguida pelos Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino”.

“Essa nova decisão, a qual se filia, demonstra um profundo impacto do reconhecimento do afeto como verdadeiro princípio da nossa ordem. Partindo-se para a análise técnica da questão, pontua-se que o dever de convivência dos pais em relação aos filhos menores é expresso pelo art. 229 da CF/1988 e pelo art. 1.634, incs. I e II do CC/2002. Se a violação desse dever – que se contrapõe a um direito subjetivo equivalente -, causar dano, estarão presentes os requisitos do ato ilícito civil (art. 186 do CC/2002)”.

Em decorrência da solidez dos argumentos apresentados neste julgamento, foi esta a posição que acabou prevalecendo no STJ. Nesse sentido, conforme notícia divulgada recentemente pelo portal G1<sup>1</sup>, em 09/04/2014, a Segunda Seção do STJ manteve, por maioria de votos, a decisão alhures referida, inclusive quanto ao valor da indenização, qual seja, R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), em julgamento de recurso interposto pelo pai. Considerando que este novo acórdão

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html>>.

ainda não se encontra disponível no *site* do STJ e que a notícia veiculada traz importantes detalhes sobre o caso prático decidido pelo tribunal, merecem ser transcritas algumas passagens desta última:

“A mulher entrou com ação contra o pai alegando abandono material e afetivo durante a infância e a adolescência.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou o caso improcedente por entender que “o distanciamento se deveu ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai”.

Depois, em apelação de novembro de 2008, o próprio TJ-SP reformou a decisão por entender que o pai era “abastado e próspero” e fixou indenização por danos morais em R\$ 415 mil.

O pai recorreu ao STJ alegando não ter abandonado a filha e argumentando que, mesmo se isso tivesse ocorrido, não “haveria ilícito indenizável”.

Em 2012, o STJ decidiu manter a condenação do TJ, mas reduziu o valor de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil por considera-lo elevado.

Ao votar, o ministro Marco Buzzi afirmou que não se pode afastar a responsabilidade do pai sobre a filha pelo comportamento da mãe.

“A conduta da mãe não justifica ausência do pai nos fatos da vida da filha”, afirmou. Para ele, os autos mostram que o pai agiu de forma discriminatória com a filha. “O caso trata de evidentes e injustificáveis discriminações, abandono moral, desvio de bens e tratamento vexaminoso”, disse.

O magistrado destacou que “não se trata de compensar danos extrapatrimoniais diante de fatos corriqueiros ou falta de amor”.

“Amor não pode ser cobrado, mas afeto compreende também os deveres dos pais com os filhos. [...] A proteção integral à criança exige afeto, mesmo que pragmático, e impõe dever de cuidar.”

Buzzi completou ainda que dano moral em direito de família é “excepcionalíssimo”, mas que no caso o pai não cumpriu o dever parental.

Ele destacou que diversas leis, como o Código Civil, a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), impõem deveres concretos de cuidado pelos pais.

“Não se trata de uma impossível obrigação de amar, mas de um dever impostergável de cuidar”, disse o ministro”.

Desta forma, pode-se concluir que é este o posicionamento mais recente e consolidado do STJ. Mais importante do que isso, ao menos para os fins desta pesquisa, verifica-se que a tese ora defendida encontra pleno respaldo na jurisprudência nacional da atualidade.

## 5 CONCLUSÃO

Os princípios consagrados na Carta Magna Federal de 1988, sem dúvida alguma, foram responsáveis por redesenhar o perfil da família contemporânea. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a afetividade, dentre outros, passaram a caracterizar o ente familiar como local privilegiado para a implementação dos direitos da personalidade de cada um dos seus membros.

Nesse cenário, o afeto mereceu papel de destaque, entendido como princípio jurídico que, por esta sua natureza, criou deveres e direitos no âmbito das relações familiares.

No que diz respeito às relações paterno-filiais, o afeto gerou para os pais os deveres de criação, educação e companhia, entendidos sob o viés muito mais extrapatrimonial, ao passo que atribuiu aos filhos direito da personalidade de exigir o cumprimento de tais deveres.

Em sendo descumpridos os deveres decorrentes da autoridade parental, surge para os filhos a possibilidade de se obter o arbitramento de indenização por dano moral.

Com efeito, toda e qualquer responsabilidade civil subjetiva exige para a sua caracterização quatro requisitos, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa. Conforme restou demonstrado ao longo deste trabalho, todos esses requisitos podem estar devidamente presentes em relações paterno-filiais. Considerando que o instituto do dano moral é aquele que visa tutelar justamente direitos da personalidade, se realmente configurados os requisitos alhures referidos, o filho prejudicado pode se valer deste instituto para a proteção dos seus interesses.

Nesse trilhar, avaliando a mais recente jurisprudência nacional, constata-se que, em hipóteses em que os requisitos da responsabilidade civil se revelam presentes, se permite plenamente a indenização por dano moral em decorrência de abandono afetivo.

Acatar esse posicionamento é reforçar a concepção afetiva de família engendrada na pós-modernidade, concepção esta que garante o pleno desenvolvimento dos direitos da personalidade dos componentes da entidade familiar, aumentando as chances de alcançarem a sua felicidade pessoal, o que, em uma perspectiva ainda mais ampla, solidifica o Estado Democrático de Direito, entendido – dentre outras facetas – como instrumento efetivo de garantia e tutela dos direitos fundamentais do cidadão, tanto é assim que possui com um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, consoante o art. 3º, inciso IV, do Texto Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010a.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas atuais de direito de família*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010b.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 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: 15 out. 2013.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 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: 15 out. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 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 15 out. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n. 103*. Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. 11 a 13 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n. 108*. Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. 11 a 13 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n. 256*. Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. Dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 24.04.2012, DJ 10.05.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 757411/MG, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julg. 29.11.2005, DJ 27.03.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 mar. 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 387*. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 01 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 05.05.2011, publ. 12.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 05.05.2011, publ. 12.05.2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 7.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 20050111181703, Relator Desembargador J.J. Costa Carvalho, julg. 15.04.2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

G1. *Início*. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.I.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. In: EHRHARD JR., Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias*. Salvador: JusPODIVM, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 07 out. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 408550-5, 7ª Câmara Cível, Relator Desembargador Unias Silva, julg. 01/04/2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 1002405899601-8/001, Relator Desembargador Nilson Reis, julg. 06.03.2007, publi. 30.03.2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 2000000428822-2/000, Relator Desembargador Pedro Bernardes, julg. 25.05.2004, publi. 26.06.2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 28 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em <<http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/246/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.