

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A SUA RELAÇÃO COM A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO DE FILHO*

Victoria Doeler Olea Gonçalves**

RESUMO

O presente trabalho realiza um estudo sobre os fundamentos doutrinários do princípio da afetividade e a sua relação no âmbito da responsabilização civil, no momento em que caracterizados os danos afetivo-familiares em face de abandono afetivo de filho. As técnicas de pesquisa adotadas foram revisão bibliográfica e jurisprudencial e o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Desse modo, procurou-se estabelecer um contexto histórico, analisando-se a evolução do conceito de família desde as sociedades grega e romana até a sociedade pátria atual em que as relações familiares se baseiam na afetividade. Diante disso, objetivou-se defender a ideia de que a afetividade se caracteriza como princípio do direito de família. Sendo assim, verificou-se que a não observância por parte dos pais dos deveres de cuidado por meio da afetividade perante os seus filhos pode gerar a estes profundos danos psicológicos e emocionais que as sanções próprias do direito de família não são suficientes para reparar, fato este que fez com que parte da doutrina passasse a defender a possibilidade da reparação pecuniária por abandono afetivo de filho. Desse modo, analisar o instituto da responsabilidade civil e seus elementos caracterizadores. Por fim, buscou-se determinar a paternidade responsável, defendendo a possibilidade de reparação pecuniária em casos de abandono afetivo do filho e a sua eficácia e analisar a jurisprudência pátria acerca do tema.

Palavras-Chave: Direito de família. Princípio da afetividade. Abandono afetivo. Deveres jurídicos. Responsabilidade civil. Danos morais.

1 INTRODUÇÃO

A família configura-se como instituto basilar de nossa sociedade, sendo o meio onde o indivíduo se desenvolve psíquica e emocionalmente. Referido desenvolvimento é de suma importância, pois influi na formação da personalidade do indivíduo preparando-o, assim, para o convívio em sociedade.

Desse modo, sendo a família o meio onde o indivíduo desenvolve as suas potencialidades e se dedica ao aprendizado, são estabelecidas relações de poder-dever dos pais para com os filhos. Nesse sentido, os vínculos familiares são organizados por tal relação de interdependência e responsabilidade.

O afeto se mostra como elemento fundamental e indispensável do núcleo familiar, sendo necessário para o amplo desenvolvimento da pessoa humana. Nessa senda, a afetividade entre pais e filhos se caracteriza como norteadora das relações familiares em prol

*Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora, composta pela Prof.^a Orientadora, M.^a Maurem Silva Rocha, e pelos Professores Dr. Elias Grossmann e Dr.^a Livia Haygert Pithan em 05 de dezembro de 2018.

**Acadêmica da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: victoria.doeler.olea@gmail.com.

de um desenvolvimento emocional saudável dos filhos. Daí a sua importância.

Diante dessa relevância da família, esta é tutelada pelo nosso ordenamento jurídico em seu texto constitucional o qual estabelece os deveres dos pais de assistir, criar e educar os filhos.

A inobservância dos deveres de cuidado, assistência e afeto por parte dos pais pode gerar profundos danos emocionais ao filho, em decorrência do sofrimento e tristeza do abandono sofrido. Diante disso, o direito de família possui sanções próprias a fim de preservar a integridade psíquica e emocional dos filhos como a perda e suspensão do pátrio poder em caso de abandono, a guarda compartilhada e a regulação de visitas nos casos de divórcio dos pais.

Sobre o tema, atualmente, há relevante discussão doutrinária sobre a real eficácia de tais sanções em casos de danos psíquicos e emocionais gerados ao filho abandonado afetivamente. Desse modo, parte da doutrina defende a aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, reparando-se, assim, pecuniariamente a falta de afeto, cuidado e presença, tendo em vista a gravidade dos danos sofridos pelo filho.

A discussão que se dá nessa seara, jurisprudencialmente, é o que especificamente estaria sendo tutelado a fim de gerar uma reparação pecuniária. O dever legal de cuidado se caracterizaria como um dever material ou, além deste, ter-se-ia um dever jurídico dos pais de demonstrar afeto ao filho?

Sendo assim, o presente trabalho terá três capítulos. O primeiro tratará sobre o princípio da afetividade no direito de família e a sua aceitação por parte da doutrina, realizando-se um estudo sobre a evolução histórica do conceito de família.

O segundo capítulo analisará a responsabilidade civil e seus elementos caracterizadores, tendo em vista a possibilidade de reparação pecuniária diante de abandono afetivo de filho.

Por fim, o terceiro capítulo versará sobre os danos morais decorrentes de abandono afetivo de filho. Nesse sentido, o capítulo em questão buscará tratar sobre paternidade responsável, e a visão do judiciário pátrio sobre a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo do filho e a sua eficácia.

2 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família configura-se como instituto basilar de nossa sociedade, conforme previsto na Constituição Federal no art. 226¹, tendo o seu desenvolvimento acompanhado a evolução das relações interpessoais do ser humano ao longo dos séculos. Assim, o conceito de família foi se modificando ao longo do tempo até os dias atuais em que tem como fundamento a afetividade. Desse modo, o presente capítulo fará um estudo da evolução histórica do conceito de família.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Na sociedade romana a família se submetia à autoridade do *pater familias*. Nesse sentido, caracterizava-se como uma reunião de pessoas e patrimônio submetidos à autoridade de um único chefe. A família caracterizava-se como patriarcal, levando-se em conta apenas o parentesco pelo laço paterno e não pelo materno. Desse modo, o filho não pertencia à família

¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.)

de origem materna. Em contrapartida, existia também a *communi jure* que se caracterizava pelo grupo de pessoas unidas pelo parentesco do pai, não importando se eram descendentes.²

Nesse sentido, estabelece Orlando Gomes:

A família romana assentava no poder incontestável do pater familias, “sacerdote, senhor e magistrado” em sua casa –que exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos [...]. A figura singular do pater familias absorve inteiramente a dos outros membros do grupo. A esposa está *in manu*, perdurando o vínculo conjugal enquanto existe a *affectio maritalis*. Os filhos são incapazes. [...] a família romana traduz o patriarcado na sua expressão mais alta.³

Na sociedade grega a família era uma organização social, política, religiosa e econômica. De igual forma era possível identificar o mando de um único chefe. Este era o ancestral mais velho com poderes absolutos e sacerdotais mantendo a unidade do grupo e dispondo sobre as pessoas e os bens. Aqui, a religião possuía relevância sendo transmitida às novas gerações pelo chefe.⁴

Desse modo, nas sociedades antigas a presença do afeto nas relações familiares não era levada em consideração, tendo com critério preponderante a religiosidade. Nesse sentido, segundo Ricardo Calderón, “[...] nem mesmo o critério biológico era preponderante para a formação da família, pois os elos familiares envolviam, muitas vezes, escravos e pessoas que não possuíam qualquer vínculo consanguíneo.”⁵

A família baseava-se em uma relação de poder. Nesse sentido, as concepções clássicas e antigas de família baseavam-se na autoridade do patriarca justificada pela hierarquização do instituto e da consequente dependência dos subordinados.⁶

Do mesmo modo, a religião seguiu como aspecto central das relações, durante a Idade Média, por meio da Igreja que regia a sociedade a partir de seus dogmas⁷ e, desse modo, as atividades do homem pautavam-se nos padrões impositivos valorativos-morais, caracterizando-se o chamado primitivismo⁸.

Nesse andar, em sede da sociedade feudal, a família preserva o seu caráter econômico, político e, conforme referido, religioso que estabelecia a importância do casamento e limitava a família ao grupo unido por laços sanguíneos. Aqui, entretanto, a autoridade do chefe já não era mais exercida de maneira absoluta.⁹

Com o advento da modernidade, durante os séculos XVI a XVIII¹⁰, e a superação do primitivismo, o ser humano começou a se emancipar no que tange a razão, passando, assim, a autodeterminar as suas ações como sujeito racional e dotado de vontades. Dessa forma, as relações pessoais foram influenciadas por esse ideal de maior liberdade.

Refere Orlando Gomes:

Sob a influência da Escola do Direito Natural, altera-se profundamente a estrutura tradicional da família. Seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram

² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 9.

³ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 19.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p.9.

⁵ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Editora FORENSE, 2017. p. 23.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-33.

⁷ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

⁸ PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39-55, abr./mar. 2015.

⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

¹⁰ PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39-55, abr./mar. 2015.

combatidos, proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de se privá-la de qualquer função política. Negou-se o caráter religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna.¹¹

Entretanto, por meio do Código Napoleônico, pode-se aferir que tal ideal libertário não restou aplicado à família que se configurava como um instituto patriarcal, matrimonial, hierarquizado, biológico e indissolúvel, adotando-se um modelo originário das tradições jurídicas romana e canônicas¹².

Nesse sentido, dispõe Danilo Porfírio:

A justificativa provável é que se entendia que a sociedade não estaria preparada para pluralismo absoluto, podendo colocar em risco a ordem social. A Europa estava rompendo com sua tradição comunitária e sua ordem moral, de natureza religiosa, que eram fortes elementos de agregação coletiva. Uma transição acelerada rumo aos valores da modernidade poderiam acarretar na inviabilização do projeto.¹³

O Código Civil Brasileiro de 1916¹⁴, como código liberal, baseou-se na codificação de Napoleão, e utilizou como modelo a chamada “grande família” que se caracterizava como instituição fundamental da sociedade, de viés patriarcal, patrimonial e que se constituía somente por meio do casamento, reduzindo o grupo familiar somente aos cônjuges e à prole. Dessa forma, configurava-se uma visão discriminatória da família, onde limitava-se somente ao grupo de membros advindos do matrimônio a chamada família legítima.¹⁵

Nesse sentido, a codificação civilista brasileira da época previa um caráter institucional para a família, não revelando preocupação no que se referia a realização individual de seus membros.¹⁶

Segundo, Mauro Fiterman:

Tratava-se do indivíduo, ou dos indivíduos, em prol da família apenas como instituição, uma família patriarcal e hierarquizada, centralizada na pessoa do pai, com função de transitar e dirigir sempre em vista da instituição familiar.¹⁷

Por conseguinte, tendo em vista o caráter liberal do Código Civil de 1916¹⁸, a família tinha como fim a conquista de patrimônio. Desse modo, a finalidade básica da família como instituição era de gerar herdeiros que se caracterizavam como mão de obra, representando força de trabalho em busca de produção.¹⁹

Diante das profundas mudanças de paradigmas ocorridas na sociedade, tendo em vista a passagem da modernidade para a pós-modernidade²⁰, momento em que ocorreram alterações

¹¹GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 41.

¹²BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado dos estados unidos do Brasil**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1973. v. 1. citado por PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 3/2015, p. 39 - 55, abr./mar. 2015.p. 3.

¹³PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3 p. 39 - 55, abr./mar. 2015.p. 3.

¹⁴BRASIL.**Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**.Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

¹⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁶FACHIN, Luis Edson. **Direito de família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 66.

¹⁷FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 34

¹⁸BRASIL. **Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**.Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

¹⁹FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

²⁰SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das**

na estrutura das famílias, fazia-se necessária uma reformulação do conceito de família já ultrapassado.

A instituição família, conforme referido anteriormente, só se caracterizava por meio do matrimônio. Nesse sentido, visto que o poder familiar era exercido exclusivamente pelo homem, na medida em que cabia a ele ser provedor da subsistência material da família, configurava-se uma dependência econômica da mulher com relação ao marido. Diante disso, o homem exercia de maneira ditatorial seu poder perante a mulher e os filhos.²¹

A partir do momento em que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor, tornou-se mais igualitário o exercício do poder no âmbito familiar, visto que a mulher passou a compartilhar do exercício da autoridade parental.²²

Conforme, Solange Regina Matzenbacher:

A dinâmica social exigia mudanças urgentes, pois não se poderia continuar na contramão do contexto social que se apresentava, vivendo sob a égide de uma lei infraconstitucional, como o Código Civil de 1916, reguladora de relações privadas, de maneira ultrapassada, não conseguindo tutelar novas relações sociais.²³

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito passa a reconhecer as variadas formas de sociedades familiares garantindo proteção especial do Estado. Desse modo, a família passa a ser pluralizada, constituindo-se não somente por meio do casamento, mas também por meio da união estável (art. 226, §3º)²⁴ e da chamada família monoparental constituída por qualquer dos pais e seus descendentes.²⁵

Ainda trouxe a Carta Magna em seu texto a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (art. 226, §5º)²⁶ e igualdade entre os filhos (art.227, §6º)²⁷, deixando para trás o conceito de filho legítimo e ilegítimo.

Entretanto, a questão central do texto constitucional de 1988 foi a passagem de um modelo liberal para o de Estado Social. Os direitos da personalidade foram consagrados tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana atribuindo, desse modo, uma maior valorização da pessoa e de seus direitos. Dessa forma, afere-se uma mudança de

sucessões temas atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

²¹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais.** São Paulo: Método, 2009. p. 191-213

²² SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais.** São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

²³ MATZENBACHER, Solange Regina. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai- abandono afetivo. E a família? **Direito & Justiça**, v. 35, n1, p. 61-69, jan./jun. 2009.

²⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

²⁵ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **O direito de família após a constituição federal de 1988.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

²⁶ Art. 226. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

²⁷ 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. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

paradigma no direito privado, que passa a ter como objetivo a proteção da pessoa ao invés do seu patrimônio. Assim sendo, as relações familiares passam a ter como fundamento o dever de respeito e proteção da dignidade dos seus membros.

Refere Paulo Lôbo:

A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.²⁸

Anteriormente à promulgação do texto constitucional a cidadania plena somente se caracterizava no chefe da família negando-se direitos aos demais membros e tolerando-se abusos contra estes. Entretanto, a partir da Constituição de 1988, a finalidade do direito é de garantir a realização existencial de todos os membros do núcleo familiar, afirmando a dignidade destes.²⁹ Nesse sentido, pode ser citado como exemplo o art. 227³⁰ que estabelece o princípio da primazia dos interesses das crianças e dos adolescentes, estabelecendo uma série de deveres da família para com estes.

Assim, o paradigma moderno de família passa a ser pluralizado, igualitário entre homens e mulheres, sendo o pátrio poder substituído pelo poder de família, democrático e biológico ou sócioafetivo.

Este novo paradigma de família adotado pelo direito se fez necessário, diante da evolução do instituto. Nessa senda, fazia-se necessária tal mudança de paradigma, visto que o conceito de família clássico e tradicional, que definia a família como instituto hierárquico e paternalista, já não condizia com a realidade³¹.

Nesse sentido, refere Danilo Porfírio “o novo paradigma de direito de família, portanto, dá fim a uma concepção finalística de família, assumindo um papel de meio, um mecanismo de proteção de seus integrantes.”³²

A família contemporânea passa a ter como fundamento a afetividade.

2.2 RELAÇÕES FAMILIARES NO SÉCULO XXI E A AFETIVIDADE

Conforme referido anteriormente, a família nas sociedades antigas não tinha como fundamento o afeto definindo-se com um instituto hierárquico e paternalista cumprindo uma função política, econômica e religiosa. Desse modo, não se configurava relevante o desenvolvimento individual de cada membro e os laços afetivos que os interligavam.

Durante o decorrer do século XX, os relacionamentos humanos passaram a ter como vetor a subjetividade, permitindo aos indivíduos mais possibilidades a fim de que alcançassem a sua realização pessoal.³³ O aspecto subjetivo nas relações pessoais se tornou transparente, visto que se fez perceptível a individualidade do ser humano, podendo este ter

²⁸LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19. p. 05.

²⁹LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19.

³⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

³¹MATZENBACHER, Solange Regina. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai- abandono afetivo. E a família?. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan./jun. 2009.

³²PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39-55, abr./mar. 2015.p. 4.

³³OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA COELHO, Franciso. **Curso de direito de família**. 4. ed. Coimbra: Coimbra ed. 2008. v.1, p. 101. citado por CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev atual. Rio de Janeiro : Editora FORENSE, 2017.

liberdade para decidir sobre como dar-se-iam os seus relacionamentos familiares, baseando-se em seus interesses particulares.³⁴

A família acompanhou essa mudança de paradigma, na medida em que o fundamento passa a ser o caráter afetivo que une a família como grupo.

A afetividade passa a ser o vetor dos vínculos familiares contemporâneos substituindo o que antes estava a cargo do Estado, do meio social e dos interesses patrimoniais. As relações familiares passam a se fundamentar na conjugação dos elos biológicos, matrimoniais e registrais com o elo afetivo. Em contrapartida, há casos em que os vínculos familiares se baseiam somente na afetividade como, por exemplo, as uniões estáveis e as filiações socioafetivas. Desse modo, agrega-se aos outros vínculos familiares uma dimensão afetiva.³⁵

Diante disso, exigia-se do direito de família o reconhecimento de tal situação, alterando o foco de sua proteção, não se sustentando mais o caráter institucionalizado, hierárquico e autoritário da família devendo o indivíduo, como pessoa, ser a figura central a fim da realização existencial deste. A família passa, assim, a ser um instrumento para a satisfação afetiva e emocional dos indivíduos que a ela pertencem.³⁶

Diante dessa influência dos vínculos afetivos deixando-se de lado os vínculos formais ou consanguíneos, a família caracteriza-se como uma comunidade de afeto, ou seja, um refúgio afetivo onde há a possibilidade de felicidade. Nessa senda, faz-se um ambiente mais tolerante sem diferenças discriminatórias entre seus membros.³⁷

O ideal institucionalizado de família que definia que os direitos decorrentes desta eram imutáveis e indissolúveis e o afeto era secundário não se sustenta mais, na medida em que, como referido, a família assume o papel de meio para a realização do afeto, sendo este o que mantém a união dos membros da família.³⁸

Conforme, Paulo Lôbo:

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 prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.³⁹

Tendo em vista que a família contemporânea é instrumento para a realização pessoal dos indivíduos que a ela pertencem em prol da dignidade destes, a família passa a ser de concepção eudemonista.⁴⁰ Nesse aspecto a família é o meio para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros.⁴¹

³⁴ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev atual. Rio de Janeiro : Editora FORENSE, 2017.

³⁵ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev atual. Rio de Janeiro : Editora FORENSE, 2017.

³⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev atual. Rio de Janeiro : Editora FORENSE, 2017.

³⁷ FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

³⁸ LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19.

³⁹ LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19. p. 13

⁴⁰ PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39-55, abr./mar. 2015.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

2.3 DA AUTORRESPONSABILIDADE NA RELAÇÃO FAMILIAR

A família caracteriza-se como o meio onde o indivíduo desenvolve as suas potencialidades e se dedica ao aprendizado sendo estabelecidas relações de poder-dever dos pais para com os filhos. Nesse sentido, os vínculos familiares são organizados por tal relação de interdependência e responsabilidade.⁴²

Conforme referido anteriormente, os relacionamentos interpessoais contemporâneos baseiam-se nas livres escolhas dos indivíduos que estabelecem o rumo das suas relações. A criação de uma família se constitui por atos deliberatórios e públicos dos indivíduos que optam por essa vinculação e, sendo assim, estes devem assumir a responsabilidade sobre os efeitos e conseqüências da criação de um núcleo familiar. A afetividade, independente de sentimentos, é decorrente dessa autonomia da vontade de constituir um núcleo familiar.⁴³

Os pais, como constituintes da unidade familiar, possuem deveres de assistir, criar e educar os seus filhos. Tais deveres devem ser colocados em prática levando-se em consideração a afetividade, visto que este é o alicerce primordial das relações familiares com o fim de garantir um desenvolvimento emocional saudável dos filhos.

Nessa senda, configura-se uma interdependência afetiva e econômica entre pais e filhos, na medida em que estes dependem daqueles tanto para o seu sustento como para o seu desenvolvimento emocional, influenciando na formação da sua personalidade, preparando-os para o convívio em sociedade.

Dispõe Romualdo Baptista dos Santos:

O poder familiar não envolve apenas o exercício de poder, mas a assunção de responsabilidade pelos pais no que se refere ao adequado desenvolvimento físico e psíquico dos filhos. Os pais têm o dever de preservar a estrutura psíquica – intelectual e afetiva – dos filhos, bem como de alocarem os meios necessários ao seu pleno desenvolvimento, como decorrência da centralização da pessoa humana no ordenamento jurídico (CF, art. 1º, III), do seu dever de assistir, criar e educar os filhos (CF, art. 229) e do poder-dever de dirigir-lhes a criação e a educação (CC, art. 1.634, I).⁴⁴

Dessas responsabilidades atribuídas aos pais advém o poder familiar que é exercido por meio da autoridade parental. O poder familiar é irrenunciável, imprescritível, intransferível e inalienável, sendo em decorrência da paternidade natural e socioafetiva.⁴⁵

2.4 A ACEITAÇÃO DA AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO PELA DOUTRINA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA

A relevância do princípio da afetividade se revela diante dessa inscrição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da ordem social. Dessa maneira foi atribuído às relações de afeto um valor jurídico, visto que o afeto é necessário para o amplo

⁴² SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Metodo, 2009. p. 191-213.

⁴³ PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39 - 55, abr./mar. 2015.

⁴⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Metodo, 2009. p. 191-213. p. 200.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

desenvolvimento da pessoa humana. De acordo com Danilo Porfírio “[...] A família torna-se assim um instrumento a serviço da dignidade da pessoa humana, submetendo-se à autonomia da vontade, **por meio da afetividade**, como condição existencial.”⁴⁶

Diante disso, há uma discussão doutrinária no que tange à adoção do afeto como princípio do direito de família. Duas correntes podem ser verificadas. A primeira defende o caráter principiológico da afetividade alegando que tal princípio estaria implícito no texto constitucional⁴⁷. Os artigos mais citados em prol de tal interpretação são o da convivência familiar (art.227)⁴⁸; da igualdade entre os filhos independentemente de sua origem (art. 227, §6º)⁴⁹; da adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º)⁵⁰ e a definição de família como comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º).⁵¹

Desse modo, tal corrente doutrinária defende que houve a constitucionalização da família como instituição igualitária e eudemonista em que o afeto é o vetor da relação em prol da realização individual de seus integrantes.⁵²

Entretanto, a afetividade, como princípio jurídico, caracteriza-se como um dever imposto aos pais para com os filhos, em que pese haja desafeição entre eles. Assim, o princípio da afetividade não pode ser confundido com o afeto que leva em consideração apenas fatores psicológicos que são inapreensíveis pelo direito.⁵³

Ainda, importante ressaltar que a doutrina diferencia o princípio da afetividade da socioafetividade. Defendem que se tratam de institutos jurídicos distintos, mas que se complementam, na medida em que a sócioafetividade trata-se da publicização da afetividade.⁵⁴

Já a segunda acolhe a afetividade, sustentando a necessidade da sua observância pelo direito reconhecendo-a como um valor relevante, mas não a classifica como princípio do direito de família.⁵⁵

Há ainda parte reduzida da doutrina que nega tanto a simples valoração como o reconhecimento do afeto como princípio pelo nosso sistema jurídico, tendo em vista o caráter subjetivo do afeto e a falta de conceituação jurídica para o mesmo.⁵⁶

⁴⁶ PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39 - 55, abr./mar. 2015.p. 4. Grifo nosso.

⁴⁷ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Editora FORENSE, 2017.

⁴⁸ “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.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.)

⁴⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

⁵⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

⁵¹LÔBO, Paulo. A nova principiológica do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵³LÔBO, Paulo. A nova principiológica do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19.

⁵⁴PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39 - 55, abr./mar. 2015.

⁵⁵CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de Família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2017.

⁵⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de Família**. 2. ed. rev.atual. Rio de Janeiro

Conforme referido anteriormente, é crescente a aceitação jurisprudencial e doutrinária da afetividade como princípio e parte integrante da estrutura familiar. Refere Mariana Campolina Silva e Hemprich. “[...] os tribunais superiores demonstram uma tentativa de fugir de preceitos arcaicos [...] ao conceituar família como laço afetivo, que faz do vínculo sanguíneo uma característica não fundamental.”⁵⁷

Diante dessa relevante aceitação jurisprudencial, atualmente tramita no congresso projeto de lei prevendo expressamente a afetividade como princípio por meio do Estatuto das Famílias (PLS 470/2013 do Senado Federal⁵⁸).⁵⁹

Ocorre que, de fato, a afetividade necessita de conceituação jurídica objetiva afastando o seu caráter subjetivo ligado ao sentimento de afeto. Ricardo Calderón estabelece os conceitos de afeto, afetividade e socioafetividade:

AFETO: sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito); **AFETIVIDADE: atividade exteriorizadora de afeto, conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova);** SOCIOAFETIVIDADE: reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).⁶⁰

Desse modo, o afeto é marcado pela subjetividade e impossibilidade precisa de materialização não podendo, assim, ser imposto ou regulado pelo Direito. De maneira diversa, a afetividade caracteriza-se pela sua objetividade e possibilidade de verificação de seu cumprimento por meio de ações concretas.⁶¹

Dispõe Romualdo Baptista dos Santos:

[...] o Direito não pode exigir que o pai ou a mãe ame os seus filhos, mas pode perfeitamente exigir a prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos. A atenção, o carinho a convivência são comportamentos que possibilitam nascimento e desenvolvimento dos laços afetivos, ainda que não correspondam ao estado afetivo do pai ou da mãe no momento em que são prestados. Diremos que se trata de comportamentos pró-afetivos.⁶²

Dessa forma, resta claro o caráter principiológico da afetividade podendo sim ser regulada pelo Direito. Em primeiro lugar, porque implícita no texto constitucional que consagrou os direitos da personalidade em prol da dignidade da pessoa humana e, no âmbito do direito de família, acompanhou a evolução do instituto, estabelecendo dispositivos de acordo com o conceito contemporâneo de família que possui como fundamento a afetividade.

Ainda, nesse sentido, em que pese a afetividade, como princípio, possua uma dimensão subjetiva, que é inapreensível pelo direito, na medida em que baseada no sentimento de afeto, o princípio em questão também possui uma dimensão objetiva. Tal

: Editora Forense, 2017.

⁵⁷ HEMPRICH, Mariana. Rompimento do Afeto. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 7/2016, p. 63 - 76, jan./mar. 2016.

⁵⁸ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

⁵⁹ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2017.

⁶⁰ CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2017. p. 153. Grifo nosso.

⁶¹ PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39 - 55, abr./mar. 2015.

⁶² SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

dimensão se caracteriza por manifestações concretas da afetividade chamadas pela doutrina de comportamentos pró-afetivos.

Sendo assim, diante desse caráter objetivo do princípio objeto do presente trabalho, os comportamentos pró-afetivos dos pais para com os filhos de cuidado e atenção podem ser impostos pelo Direito.

3 DANOS MORAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A inobservância dos deveres de cuidado, assistência por parte dos pais pode gerar profundos danos emocionais ao filho em decorrência do sofrimento e tristeza do abandono sofrido.

Dessa forma, parte da doutrina e jurisprudência defende a aplicação do instituto da responsabilidade civil a fim de reparar os danos psicológicos causados reparando-se, assim, pecuniariamente a falta de afetividade, cuidado e presença, tendo em vista a gravidade dos danos sofridos pelo filho.

Desse modo, o objeto do presente capítulo será o instituto da responsabilidade civil e os danos morais.

3.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Sergio Cavalieri Filho “[...] responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”⁶³

O Código Civil, em seu art. 186⁶⁴, estabelece os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam a ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo, o nexo causal e o dano.

O primeiro pressuposto caracteriza-se pela ação ou omissão que venha a causar dano a alguém, seja patrimonial ou extrapatrimonial. Nesse sentido, estabelece a doutrina que a responsabilidade civil se fundamenta em uma conduta voluntária que se perfaz pela prática de um ato jurídico seja lícito ou ilícito, ou seja, um ato que venha a violar um dever jurídico.

Ato jurídico, segundo Sérgio Cavalieri Filho, “caracteriza-se pelo fato de ter seus efeitos predeterminados pela lei”⁶⁵. Considera-se o ato jurídico como espécie de fatos jurídicos que são os acontecimentos da vida que tem repercussão no âmbito jurídico.⁶⁶

Sérgio Cavalieri Filho refere:

Quando, no mundo real, ocorre um fato que se ajusta à hipótese prevista na norma (fato jurígeno), a norma incide sobre esse fato, atribuindo-lhes efeitos jurídicos. Eis aí o *fato jurídico*, que, como sabido, é o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo.⁶⁷

⁶³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 24.

⁶⁴“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.”. (BRASIL.**Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 nov. 2018.)

⁶⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

⁶⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4: Responsabilidade Civil.

⁶⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil . 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 28.

A ação que causa o dano pode decorrer tanto de ato lícito como de ilícito sendo este o praticado com infração ao dever legal de não violar e não lesar a outrem.⁶⁸ O ato ilícito pode ser em sentido estrito como em sentido amplo. O ato ilícito em sentido estrito é o conjunto de elementos da obrigação de indenizar, ou seja, da responsabilidade. Em contrapartida, a ação ilícita, em sentido amplo, não faz referência ao elemento subjetivo e, sim, apenas se leva em conta a o seu caráter ilícito contrário ao Direito.⁶⁹

A ação ou omissão do agente deve ser culposa e, tendo em vista a voluntariedade da conduta, caracteriza-se também o dolo. O elemento subjetivo da culpa configura-se pelo ato de infringir a lei que implica na responsabilização civil caso venha a causar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais a outrem.⁷⁰

Dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

Com efeito, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.⁷¹

A culpa, como elemento da responsabilidade civil, configura-se *lato sensu*, pois abrange dolo que se caracteriza na ação voluntária de violar a lei, objetivando-se o desequilíbrio dos relacionamentos humanos. Refere-se que o dolo pode ser direto ou indireto, para o primeiro o agente objetiva os resultados assumindo o risco, e para o segundo o agente tem ciência da possibilidade do prejuízo, mas não o objetiva diretamente.⁷²

Ainda, a culpa também caracteriza-se *stricto sensu*, podendo ser uma conduta imprudente ou negligente, na medida em que um dever legal previsível, de acordo com os padrões de conduta, foi infringido. Desse modo, a culpa *stricto sensu* não possui como requisito o dolo, mas de igual forma o agente não será eximido da sua responsabilidade.⁷³ Segundo Maria Helena Diniz, “[...] não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências.”⁷⁴

Segundo, Carlos Roberto Gonçalves:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado.⁷⁵

A culpa pode ser identificada em diferentes graus tais como, grave, leve ou levíssima. A culpa grave é a não observância crassa dos deveres de diligência exigidos nas atividades diárias comuns, resultando de uma negligência extrema. A leve configura-se em

⁶⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4: Responsabilidade Civil.

⁶⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 28.

⁷⁰RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

⁷¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4: Responsabilidade Civil. p. 33.

⁷²RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

⁷³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4: Responsabilidade Civil.

⁷⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 7. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

⁷⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4: Responsabilidade Civil. p. 316.

situações de falta de atenção, inadvertência e distração. Por fim, a levíssima é a falha no proceder comum de observar as regras no momento do fato.⁷⁶

Ocorre que tal distinção não é aplicada pelo Código Civil para os danos materiais, tendo em vista que a indenização será calculada tendo como base na extensão do dano. Desse modo, ainda que levíssima a culpa do agente, este será obrigado a indenizar.⁷⁷ Importante observar que, com relação aos danos morais, o grau de culpa, no momento do arbitramento da reparação pecuniária, será levado em consideração.

Com relação ao nexos causal entre o fato, o prejuízo e o agente causador, dispõe Arnaldo Rizzardo:

Por outros termos, para ensejar e buscar a responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexos causal: o dano, a antijuricidade e a imputação.⁷⁸

Nesse sentido, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é o da causalidade adequada, estabelecendo que somente a condição que foi mais adequada para produzir o dano diretamente liga-se pelo nexos de imputação a este. Desse modo, nem todas as condições que concorreram para a lesão ao bem jurídico serão consideradas como causas desta.⁷⁹

Por fim, para que se caracterize a responsabilidade civil, é necessária a ocorrência de um dano seja patrimonial ou extrapatrimonial. Patrimonial é aquele que causa um prejuízo ao patrimônio do ofendido e extrapatrimonial é o dano que atinge o ofendido como pessoa, atingindo seus direitos da personalidade.⁸⁰

3.2 DOS DANOS MORAIS OU EXTRAPATRIMONIAIS

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que o ordenamento jurídico pátrio passou a reconhecer amplamente a possibilidade de reparação pecuniária por danos morais ou imateriais. Antes disso somente admitia-se a responsabilização civil decorrente de danos extrapatrimoniais em casos excepcionais previstos em legislação especial.⁸¹

Refere Juliana Orsi de Laurentiz:

A teoria da responsabilidade civil pressupõe a ocorrência de um dano. A Constituição Federal de 1988 findou qualquer dúvida que pairava no ordenamento jurídico brasileiro quanto à possibilidade de reparação civil por dano moral, estatuinto-a nos incs. V e X de seu art. 5.º, bem como na Súmula 37 do STJ, no sentido de que são cumuláveis danos morais e materiais oriundos do mesmo fato, o que vem sendo afirmado por todos os tribunais pátrios.⁸²

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.4. Responsabilidade Civil.

⁷⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 71.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.4: Responsabilidade Civil.

⁸¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

⁸² LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81-100, out./dez. 2014. p.7

Nesse sentido, tendo em vista que o texto constitucional tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, necessário se fez o reconhecimento da tutela dos direitos da personalidade e a possibilidade de pleitear a devida reparação quando afetados.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.⁸³

Direitos de personalidade entendem-se aqueles que integram o patrimônio de valores ideais de natureza extrapatrimonial da pessoa, sendo de titularidade exclusiva desta, indisponíveis e intransmissíveis a terceiros.⁸⁴ Os direitos em questão possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana sendo consequência desta.⁸⁵

Segundo Flaviana Rampazzo Soares:

[...] os direitos fundamentais são essenciais à pessoa, ao seu pleno desenvolvimento, e direitos da personalidade são os atributos que compõe a pessoa.

Os direitos da personalidade de uma pessoa, em que pese a proteção jurídica assegurada em lei, podem ser alvo da ação lesiva alheia, e é por isso que a responsabilidade civil tem a função de restaurar o equilíbrio existente no momento anterior à ofensa.⁸⁶

Os danos morais podem ser classificados em sentido estrito e em sentido amplo. Os primeiros são a violação à dignidade como direito, enquanto que os segundos caracterizam-se pela violação dos direitos de personalidade. Nessa senda, tais direitos podem englobar aspectos da pessoa que não possuem relação com a sua dignidade, abrangendo, desse modo, todas as ofensas à pessoa, considerando sua dimensão individual e social ainda que esta não tenha a sua dignidade lesada.⁸⁷

Importante ressaltar que, tanto a doutrina como a jurisprudência, entendem que meros dissabores decorrentes da normalidade do dia-a-dia não podem ser classificados como dano moral. Desse modo, só se consideram danos extrapatrimoniais que venham a ensejar reparação pecuniária àqueles que, diante da ofensa a um direito da personalidade e à dignidade da pessoa humana, acarretem sofrimento que afete de maneira intensa o psicológico do indivíduo a ponto de causar desequilíbrio grave ao seu bem-estar.⁸⁸

A doutrina define o caráter da indenização por danos morais, observando dois aspectos quais sejam: o punitivo para o agente ofensor e o compensatório para o ofendido. Com relação ao segundo, tem como finalidade atenuar o sofrimento e o abalo psicológico, reparando somente pecuniariamente o ofendido, na medida em que não há como eliminar o dano retornando ao *status quo ante*, tendo em vista que o dano não foi a um bem material. E sobre o primeiro possui caráter sancionador a fim de que o ofensor não repita mais tal conduta lesiva aos direitos de personalidade de outrem.⁸⁹

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 101.

⁸⁴ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

⁸⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

⁸⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 37.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.4: Responsabilidade Civil.

Dispõe Sérgio Cavalieri Filho:

Com efeito, o ressarcimento moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento.⁹⁰

Com relação à prova dos danos morais há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema na doutrina e jurisprudência. Parte defende que é dispensada prova em concreto. Nesse sentido, tendo em vista se tratar de lesão aos direitos da personalidade, o dano moral configura-se *in re ipsa* tratando-se de presunção absoluta da ocorrência do dano⁹¹.

Refere Juliana Orsi de Laurentiz:

O dano moral é percebido pela simples violação a um ou mais direitos da personalidade, de modo que, desnecessária a comprovação atual do abalo psicológico reflexo no âmbito do lesado – o que nem sempre é possível verificar. [...]

Assim, a lesão aos direitos de personalidade faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, sem qualquer necessidade de, para análise da imputação desse dano, se demonstrar a existência atual e latente da dor, sofrimento ou quaisquer prejuízos de características subjetivas e particulares a cada indivíduo.⁹²

Assim, constatados no caso concreto os elementos caracterizadores da responsabilidade civil e a ofensa a direito de personalidade alheio, configura-se o dano moral e o agente causador é obrigado a reparar o ofendido.

Em contrapartida, há aqueles que referem haver situações no caso concreto que necessitam de comprovação dos danos morais.

A reparação dos danos extrapatrimoniais se dará pecuniariamente, na medida em que não há como se retornar ao *status quo ante*. Segundo Arnaldo Rizzardo, o dinheiro, “graças ao seu papel econômico, facilita a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao ofendido uma compensação, em alegrias, por suas angústias e sofrimentos.”⁹³

Os critérios para o arbitramento da reparação pecuniária decorrente de dano extrapatrimonial levam em consideração a extensão, gravidade e repercussão do dano, o grau de culpa e o sofrimento do ofendido. Ainda, fator relevante para o arbitramento da reparação é a situação patrimonial do ofensor.⁹⁴

3.3 DEVERES MORAIS E JURÍDICOS NAS RELAÇÕES HUMANAS

Conforme referido anteriormente, um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil é a ocorrência de um ato ilícito, ou seja, um ato que venha a violar um dever jurídico.

Entretanto, no que tange à possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil em caso de abandono afetivo de filho, há discussão doutrinária sobre a

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 103.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.4: Responsabilidade Civil.

⁹² LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81-100, out./dez. 2014. p. 7.

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 268.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5. Ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.4: Responsabilidade Civil.

natureza do dever violado nesses casos. A discussão que se faz presente é se o dever dos pais de demonstrarem afetividade para com os seus filhos seria um dever moral ou jurídico.

Deveres morais decorrentes das tradições e costumes são cumpridos diante da convicção de cada indivíduo. O indivíduo é convencido da moralidade da norma não bastando apenas que aja de acordo com esta, mas sim que conscientemente venha a aderir o dever imposto pela norma, adequando as suas convicções ao conteúdo da regra moral.⁹⁵ Dispõe Luciana Gemelli Eick que “aquele que pratica um ato consciente da sua moralidade adere ao mandamento que obedece.”⁹⁶

Desse modo, diante desse agir convencido em face de um dever moral, verifica-se que o cumprimento do dever em questão deve ser de maneira voluntária. Sendo assim, não há como impor o cumprimento de deveres morais, uma vez que não cabe ao direito controlar a intenção e a consciência dos indivíduos⁹⁷ em condutas que devem ser espontâneas⁹⁸.

Sobre os deveres jurídicos estes são estabelecidos por lei devendo ser cumpridos pelo indivíduo, mesmo que em desacordo com as suas convicções.⁹⁹ Desse modo, estes poderão ser impostos pelo ordenamento jurídico por meio da coação do Estado.¹⁰⁰

Nesse sentido, refere Luciana Gemelli Eick:

Deveres morais são aqueles que não podem ser impostos coercitivamente, a passo que os jurídicos podem ser. A essencial diferença entre deveres de virtude e deveres de direito reside no fato de que o primeiro apenas poderá ser exercido por meio do livre autoconstrangimento, enquanto o segundo poderá ser exigido por coação externa.¹⁰¹

Diante disso, há parte da doutrina que defende que a demonstração de afetividade dos pais para os seus filhos seria um dever moral, devendo ser espontânea e, sendo assim, não poderia ser imposta pelo Direito.

Entretanto, tendo em vista o caráter principiológico da afetividade, estando a afetividade implícita no texto constitucional, esta caracteriza-se como um dever fundamental e, sendo assim, um dever jurídico passível de ser imposto pelo Estado. Desse modo, diante desse caráter jurídico, os pais têm o dever de demonstrar afetividade aos seus filhos por meio de comportamentos pró-afetivos cuidando, assistindo, criando e convivendo com seus filhos, conforme previsto nos artigos 227 e 229¹⁰² da Constituição Federal.

⁹⁵ BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica**. 8 ed., São Paulo: Editora Letras e Letras, 2002.

⁹⁶ EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

⁹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 37 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

⁹⁸ EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

⁹⁹ BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica**. 8 ed., São Paulo: Editora Letras e Letras, 2002.

¹⁰⁰ EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

¹⁰¹ EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

3.4 DAS SANÇÕES PRÓPRIAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Conforme já referido no capítulo anterior, a família moderna passa a ser um instrumento para a realização individual de seus integrantes considerando como prioridade os seus interesses, não sendo mais um instituto hierárquico, paternalista e autoritário.

Desse modo, o chamado pátrio poder, em consonância com a referida mudança de paradigma, passou a ser denominado pelo Código Civil de poder familiar, sendo exercido de igual forma por homens e mulheres.

Os pais passam a acompanhar o desenvolvimento dos filhos, não exercendo mais um poder sobre eles e, sim, possuindo deveres legais e naturais de protegê-los.¹⁰³

Refere Arnaldo Rizzardo:

[...] pode-se ir além e dizer que se trata de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir a abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. [...] Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e de acompanhamento dos pais.¹⁰⁴

Nesse andar, conforme a legislação pátria, os pais possuem os deveres de criar, educar e assistir os seus filhos de maneira que atenda o melhor interesse destes e não mais ao do pai como chefe de família¹⁰⁵. No âmbito dos deveres decorrentes do poder familiar os pais, além das obrigações alimentares, possuem os deveres fundamentais de manter os filhos sob suas companhias, zelando pela integridade psíquica e moral destes conferindo-lhes o apoio necessário para os seus desenvolvimentos com o objetivo de se tornarem independentes.¹⁰⁶

Conforme Rolf Madaleno:

É dever dos pais ter os filhos sob a sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais [...].¹⁰⁷

Importa ao Estado o bom desempenho do poder familiar, dessa forma a legislação estabelece normas sobre o seu exercício.¹⁰⁸ O correto exercício do poder familiar a fim de proteção e atendimento aos interesses dos filhos é de suma importância para a sociedade, na medida em que formará os cidadãos que nela viverão.

Dispõe Arnaldo Rizzardo:

É natural que a ordem social e o desenvolvimento sadio de um povo dependem em muito do perfeito encaminhamento daqueles que, por não terem atingido a maturidade do corpo e do espírito, necessitam da assistência e da tutela de seus responsáveis.¹⁰⁹

O direito de família possui sanções próprias a fim de preservar a integridade psíquica e emocional dos filhos como a perda e suspensão do poder familiar em caso de abandono

¹⁰³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

¹⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p.537.

¹⁰⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

¹⁰⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

¹⁰⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 681.

¹⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

¹⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 538.

(artigos 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁰ e 1.638, II do Código Civil¹¹¹), a guarda compartilhada e a regulação de visitas nos casos de divórcio dos pais.

Nesse sentido dispõe Maria Berenice Dias:

Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica se crianças e adolescentes, nem que tenha o Poder Público de afastá-los de seus pais.¹¹²

Desse modo, a intervenção estatal se faz necessária a fim de preservar a dignidade dos filhos e o interesse destes, na medida em que, conforme já referido no presente trabalho, a família contemporânea é instrumento para a realização individual de seus membros.

A suspensão do poder familiar é medida menos gravosa se comparada à perda. Sujeita à revisão, vez que sejam superados os fatores causadores e que o retorno à convivência familiar seja em prol do interesse do filho. Aplica-se aos casos de abuso de autoridade previsto no artigo 1637 do Código Civil¹¹³ e pelo descumprimento dos deveres previstos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Refere Romualdo Baptista dos Santos:

O Direito de Família dispõe de mecanismos eficazes para compelir os pais a prestarem condutas tendentes ao desenvolvimento afetivo dos filhos. Porém, em muitos casos, esses mecanismos se mostram insuficientes, mormente porque os danos já se concretizaram e não há possibilidade de correção. É nesse contexto que surge, nos dias atuais, a teoria da responsabilidade civil por abandono afetivo [...].¹¹⁴

Por fim, a perda do poder familiar é decretada por sentença judicial sendo estabelecida, quando verificado no caso concreto, a ocorrência das situações previstas no artigo 1638 do Código Civil.¹¹⁵

4 DANOS MORAIS E O ABANDONO AFETIVO DE FILHO

Há casos em que os danos já se consolidaram de tal maneira que as sanções próprias do direito de família não seriam suficientes para revertê-los como no caso de abandono afetivo. A suspensão ou perda do poder familiar pode se caracterizar, no plano fático, como espécie de prêmio para o pai ausente, tendo em vista que a sanção em questão apresenta-se como forma de isenção do pai de sua responsabilidade.¹¹⁶ Desse modo, se estudará no

¹¹⁰ “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.” (BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.)

¹¹¹ “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...]III - deixar o filho em abandono.” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 nov. 2018.)

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 444.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹⁶ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

presente capítulo a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de filho.

4.1 DO DEVER DE CUIDADO E DE CONVIVÊNCIA

Conforme já referido nos capítulos anteriores, a legislação pátria estabelece os deveres dos pais de cuidado e convivência para com os seus filhos. Nessa senda, podemos citar os artigos 227 e 229 da Constituição Federal¹¹⁷, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁸ e o artigo 1634, I do Código Civil¹¹⁹.

Dessa forma, é direito do filho conviver com os seus genitores e de ser assistido e cuidado por estes, reforçando os vínculos paterno e materno-filial¹²⁰ por meio de comportamentos pró-afetivos, visto que a afetividade é o fundamento das relações familiares contemporâneas.

Refere Juliana Orsi de Laurentiz:

Assim, da mesma forma que o dever de manutenção dos filhos, próprio de direito de família, envolve aspectos de ordem material, objetivo típico das prestações alimentares, o dever de cuidado está intimamente ligado ao amparo e proteção dos direitos de personalidade do menor tutelado, direitos estes de ordem imaterial, na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.¹²¹

Assim, a dignidade da pessoa humana é fundamento dos direitos da personalidade¹²², e a personalidade abrange, em seus aspectos psíquicos, aspectos intelectuais e afetivos. O cerne da questão é que é no ambiente familiar que o indivíduo se desenvolve emocionalmente e psiquicamente, sendo a afetividade indispensável para desenvolvimento saudável da personalidade dos filhos. Portanto, tendo em vista a importância da afetividade no ambiente familiar, os pais devem cumprir os deveres decorrentes do poder familiar cuidando e assistindo os seus filhos por meio da afetividade.¹²³

Dispõe Romualdo Baptista dos Santos:

Nas relações entre pais e filhos, estes são pessoas cujo desenvolvimento depende inteiramente das atitudes tomadas pelos pais. A responsabilidade neste caso se refere não apenas à manutenção da estrutura afetiva existente, mas também ao adequado desenvolvimento da personalidade.¹²⁴

O descumprimento de tais deveres pelos pais no exercício do poder familiar pode gerar danos psicológicos e afetivos graves ao filho, comprometendo o desenvolvimento de sua

¹¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 nov. 2018.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²¹ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014, p. 3.

¹²² SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

¹²³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais.** São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

¹²⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais.** São Paulo: Método, 2009. p. 191-213. p. 203.

personalidade.¹²⁵ A falta ou negligência dos pais pode se dar por meio do rompimento dos vínculos afetivos estabelecidos abalando a relação paterno-filial até então sólida¹²⁶, como, por exemplo, quando ocorre a separação dos pais e um destes deixa de se fazer presente na vida do filho, ou quando nunca foram estabelecidos vínculos, pois um dos genitores abandona o filho antes mesmo de seu nascimento.

Refere Arnaldo Rizzardo:

É direito dos filhos, e impõe-se por reclamo da natureza humana, a convivência com o pai e a mãe. [...]. O pai ou a mãe que não forma a entidade familiar com os filhos está obrigado a buscar a convivência regular em datas previamente combinadas, de modo a manter alguma participação na vida dos mesmos, acompanhando o seu desenvolvimento, participando das necessidades que lhe são inerentes, e dispensando a afetividade, o carinho, o desvelo, a amizade e a autoridade que tanto necessitam para o sadio e normal crescimento.¹²⁷

Os danos causados ao filho abandonado podem ter reflexos permanentes em sua vida, visto que este teve a sua personalidade afetada no momento do seu desenvolvimento, ensejando em deficiências afetivas, traumas que podem evoluir para desajustes comportamentais como desvio de caráter, e até mesmo, para transtornos psíquicos.

4.2 ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Conforme referido, a inobservância dos deveres de cuidado, assistência e afeto por parte dos pais pode gerar profundos danos emocionais ao filho, ocorrendo casos em que os danos já se consolidaram de tal maneira que tais sanções próprias do direito de família não são suficientes para revertê-los como acontece no caso de abandono afetivo.

Nesse sentido, como já referido, a suspensão ou perda do poder familiar, por exemplo, pode se caracterizar, no plano fático, como espécie de prêmio para o pai ausente, na medida em que tais sanções apresentam-se como forma de isenção do pai de sua responsabilidade.¹²⁸

Dessa forma, parte da doutrina e jurisprudência defende a aplicação do instituto da responsabilidade civil a fim de reparar os danos psicológicos causados, reparando-se, assim, pecuniariamente a falta de afeto, cuidado e presença, tendo em vista a gravidade dos danos sofridos pelo filho.

Refere Rolf Madaleno:

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim, padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental [...].¹²⁹

Os pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, como já referido e analisado, são o ato ilícito, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²⁶ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

¹²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 698.

¹²⁸ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

¹²⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.p. 384.

Certos doutrinadores entendem que em casos de abandono afetivo de filho, a responsabilidade teria por fundamento uma conduta culposa, seja comissiva ou omissiva, que se caracterizaria pela inobservância dos deveres legais de assistência e cuidado, que acabam afetando a integridade psíquica dos filhos.¹³⁰

Assim, o abandono afetivo não se configuraria na falta de afeto nas relações paterno-filiais e, sim, pelo descumprimento dos deveres elencados na legislação pátria.¹³¹ Desse modo, restaria configurado o ato ilícito.

Dispõe Juliana Orsi de Laurentiz:

O direito deve assegurar o desenvolvimento do menor, como ente sob a tutela do Estado, e, neste intuito deve garantir o cumprimento de todo e qualquer princípio constitucional, bem como norma infraconstitucional que visam a esse fim, de modo que, qualquer afronta injustificada à tais garantias trata-se de ato ilícito, passível de responsabilização civil, quando observado, no menor, o dano moral decorrente da conduta do genitor/ofensor.¹³²

Em sentido contrário, há aqueles que sustentam que tais deveres de guarda, assistência e educação não guardariam relação com a afetividade, tratando-se de deveres materiais. Referem que o ato ilícito não se caracterizaria pela falta de afeto, visto que os pais poderiam cumprir tais deveres mesmo sem expressar sentimentos de afeto e carinho para com os filhos.¹³³

Refere Luciana Gemelli Eick:

O art. 229 da Constituição Federal e o art. 22 do ECA não impõem o dever de amar. O que em verdade se impõe é o dever de cuidar financeiramente, ou seja, os pais têm o dever de proporcionar, dentro de seu alcance financeiro, os melhores recursos para que seus filhos cresçam da forma mais plena e saudável possível. No entanto, cuidar financeiramente não é o mesmo que cuidar afetivamente. Cuidar financeiramente é, de fato, um dever, mas cuidar afetivamente [...] é sentimento que independe do querer dos envolvidos e, por essa razão não pode ser imposto pelo Direito.¹³⁴

Com relação aos danos afetivos decorrentes do abandono, estes podem produzir danos psíquicos aos filhos, podendo gerar desajustes comportamentais que podem resultar até em desvios de caráter, tendo em vista estarem os filhos em estágio de desenvolvimento.¹³⁵

Sobre a natureza dos danos afetivos decorrentes do abandono afetivo sofrido, tendo em vista se tratarem de lesões aos direitos da personalidade, estes são tratados como danos *in re ipsa*.¹³⁶

¹³⁰SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

¹³¹LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014

¹³²LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014. p. 6.

¹³³MATZENBACHER, Solange Regina. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai- abandono afetivo. E a família?. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan./jun. 2009.

¹³⁴EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 100.

¹³⁵SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213.

¹³⁶LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

Nesse sentido, uma vez constatada a conduta lesiva ao direito alheio, oriundo de ação ou omissão contrárias ao ordenamento jurídico, verifica-se a ocorrência do dano moral. Dessa maneira seria dispensada a prova dos sentimentos oriundos do dano. Entretanto, a vítima não seria exonerada da prova da sua ocorrência, devendo a lesão ser verificada de modo objetivo por meio de análise psicológica da conduta praticada pelo ofensor e as consequências para o ofendido.¹³⁷

Refere Romualdo Baptista dos Santos:

É necessário perceber que a caracterização do dever de reparação requer que os danos estejam minimamente evidenciados, o que pode ser feito por meio de testemunhas, documentos e, em especial, por laudo psicológico. Embora não possam ser quantificados, os danos morais devem ser apreciados em sua extensão qualitativa.¹³⁸

No que tange ao nexo causal, a caracterização deste no caso de dano afetivo decorrente de abandono é tema divergente na doutrina.

Cumprir destacar que, conforme já referido quando da análise dos pressupostos da responsabilidade civil, que a teoria adotada pelo ordenamento pátrio é o da causalidade adequada que estabelece que somente a condição que foi mais adequada para produzir o dano diretamente liga-se, pelo nexo de imputação, a este.¹³⁹

Segundo, Romualdo Baptista dos Santos:

Uma vez estabelecido que a vítima sofreu abalo psíquico significativo, várias causas podem ter contribuído para isso, inclusive sua própria predisposição. Todavia, se a ação ou omissão dos pais foi determinante para a deterioração do psiquismo, essa é a causa adequada.¹⁴⁰

Em contrapartida, há autores que, nos casos de abandono afetivo decorrente de dissolução de sociedade conjugal, referem que não se teria segurança jurídica em estabelecer o nexo causal entre a conduta do genitor e o dano afetivo causado ao filho, pois não se teria certeza na identificação do causador do resultado danoso. Nessa senda, alegam que há casos em que o pai é impedido pela mãe de cumprir com os seus deveres jurídicos de assistência, convivência e cuidado, na medida em que esta obstaculiza a convivência do pai com o filho realizando alienação parental.¹⁴¹

Nessa senda, há doutrinadores que entendem que, tendo em vista as graves consequências psicológicas e emocionais ocasionadas ao filho pelo abandono afetivo de algum de seus genitores, seria evidente a ligação entre a conduta omissiva do genitor e o dano ocasionado. Com relação à constatação do nexo causal entre conduta e dano, também se faz necessária a verificação por profissionais da área da psicologia e psiquiatria a fim de constatarem os sintomas decorrentes do abandono afetivo.¹⁴²

¹³⁷ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

¹³⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213. p. 207.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

¹⁴⁰ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213. p. 208.

¹⁴¹ MATZENBACHER, Solange Regina. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai- abandono afetivo. E a família?. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan./jun. 2009.

¹⁴² LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

4.3 O JUDICIÁRIO PÁTRIO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM CASO DE ABANDONO DE FILHO

Conforme referido, a doutrina e jurisprudência se dividem no que tange à aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de filho. Nesse sentido, a grande maioria dos julgados não reconhecem o direito do filho à indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo com o fundamento de que não teria se caracterizado ato ilícito, tendo em vista que o afeto não se trataria de dever jurídico.

Nesse sentido, referem-se julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE NO QUE TANGE AOS ACORDOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº.s 282 E 235 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente.

2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.

4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o Tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu.

5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato.

6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes legais e regimentais, pois além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, cabia ao recorrente realizar o cotejo analítico, demonstrando-se a identidade das situações fáticas e a interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015)¹⁴³

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS.IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)¹⁴⁴

APELAÇÃO CÍVEL. DANO EXTRAPATRIMONIAL. ABANDONO AFETIVO DE FILHO MENOR DE IDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REPARAÇÃO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. A reparação de alegado dano de natureza extrapatrimonial exige prova da prática de ato ilícito em violação a direito alheio, além do nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do ofensor em relação à vítima, nos termos do que dispõem os arts. 186 e 927 do Código Civil. O aventado abalo psicológico sofrido pelo recorrente em razão da omissão afetiva ou da ausência de convivência com o genitor não restou demonstrado, salientando, ainda, que a carência afetiva não é indenizável diante da impossibilidade de aferição da culpa. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70078273018, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 29/08/2018)¹⁴⁵

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTIMAR VALOR PARA RELAÇÕES AFETIVAS DECORRENTES DA FILIAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA Caso dos autos em que não restou demonstrado que o genitor tenha agido de forma ilícita, ainda que reprovável a sua conduta de não se aproximar do filho. O abandono afetivo, por si só, não constitui dever de pagamento por dano moral, não podendo o Poder Judiciário estimar valor indenizável para relações de afeto entre pais e filhos. Sentença originária que não merece reparos. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70076511807, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 19/07/2018)¹⁴⁶

¹⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1557978**. Rel. Ministro Moura Ribeiro. 03 nov.2015. Brasília, DF, 17 nov. 2015.Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=535+ABANDONO+DISS%CDDIO&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3l>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **REsp 757.411**. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. 29 nov. 2005. Brasília, DF, 27 mar. 2006.Disponível

em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+ABANDONO+MORAL+REPARA%C7%C3O&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁴⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível Nº 70078273018**. Rel. Sandra Brisolará Medeiros. Porto Alegre, RS, 03, set., 2018. Disponível

em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70078273018&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris> Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁴⁶RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Cível). **Apelação Cível Nº.70076511807** Rel. José Antônio Daltoe Cezar. Porto Alegre, RS, 19 jul. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076511807&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris> Acesso em: 07 nov. 2018.

Entretanto, cumpre destacar o julgado precursor no sentido de reconhecer o direito à indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo que foi o REsp 1.159.242/SP. Vejamos:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
 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.
- (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)¹⁴⁷

4.4 DA EFICÁCIA DA PECUNIARIZAÇÃO DO DIREITO AO AFETO

Conforme analisado no subcapítulo anterior, os tribunais pátrios, na grande maioria dos julgados, não reconhecem a aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de filho. Referem que o ato ilícito não se configura no caso concreto ou que não se verifica o nexo causal entre a conduta omissiva do pai e o dano psicológico e emocional causado ao filho.

Entretanto, de acordo com o exposto ao longo do presente trabalho e em consonância com inúmeros doutrinadores referenciados que se posicionam a favor da responsabilização civil do genitor que abandona afetivamente o seu filho, a pecuniarização do direito ao afeto se faz possível e necessária.

Nesse sentido, destaca-se o papel pedagógico e punitivo do instituto da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais.

O poder familiar não mais abrange apenas o exercício da autoridade dos pais para com os filhos e sim o efetivo cumprimento dos deveres de cuidado assistência e guarda. Desse modo, a violação a tais direitos indisponíveis dos filhos deve ser punido pelo Estado a fim de proteger a família e os indivíduos que a ela pertencem.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1159242**. Rel. Nancy Andrighi. 24 abr. 2012. Brasília, DF, 10 mai. 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FAM%CDLIA+ABANDONO+AFETIVO+POSSIBILIDADE&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>> Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁴⁸ LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81 - 100, out./dez. 2014.

Sendo assim, com relação ao genitor ofensor dos direitos do filho, o arbitramento de indenização terá um caráter punitivo no sentido de repreendê-lo por não ter cumprido, por meio de comportamentos pró-afetivos, os deveres de cuidado, assistência, educação e convivência decorrentes do poder familiar. Essa punição se faz necessária, na medida em que o descumprimento do dever jurídico em questão ocasiona a ofensa aos direitos da personalidade do filho, atingindo a sua dignidade e não lhe garantindo um desenvolvimento emocional saudável ocasionando-lhe danos para o resto de sua vida.

Refere Rolf Madaleno:

Contudo, ao filho choca ter transitado pela vida, [...], sem a devida e necessária participação do pai em sua história pessoal e na sua formação moral e psíquica, desconsiderando o descendente no âmbito de suas relações, causando-lhe irreparáveis prejuízos, [...] e que o ressarcimento pecuniário não terá a função de compensar, mas cuidará apenas de certificar no tempo a nefasta existência desse imoral e covarde abandono do pai e, [...], servirá de exemplo e alerta para os próximos abandonos, bem ao sabor da moderna doutrina que trata dos danos punitivos que são concedidos com uma finalidade dissuasória, preventiva e desincentivadora.¹⁴⁹

De outro modo, sustentam os doutrinadores que são contrários à reparação pecuniária pela não prestação do afeto que, a condenação do genitor nesses casos não seria eficaz no sentido de que, segundo Luciana Gemelli Eick, “poderá intensificar as situações de conflito e inviabilizar de vez qualquer espécie de conciliação”.¹⁵⁰

Ocorre que a reparação pecuniária em face do abandono afetivo justifica-se em casos em que não há mais possibilidade de conciliação entre genitor e filho. Sendo assim, o caráter preventivo e punitivo da condenação à reparação pecuniária, conforme refere parte da doutrina, é que torna eficaz a aplicação do instituto da responsabilidade civil em caso de abandono afetivo de filho.

5 CONCLUSÃO

A família contemporânea serve de instrumento para a realização pessoal dos indivíduos que a ela pertencem e possui como fundamento a afetividade. Os sentimentos que os pais nutrem com relação a seus filhos, tendo em vista a sua subjetividade, não há como serem impostos pelo Direito, entretanto, os deveres mínimos de cuidado e convivência, conforme previsto nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal, podem ser regulados, tendo em vista que são essenciais para o desenvolvimento emocional saudável dos filhos.

Desse modo, a afetividade possui um caráter objetivo, configurando-se como princípio do direito de família, sendo dever fundamental e jurídico, podendo ser imposto aos pais que, tendo em vista a paternidade responsável, são responsáveis pelo desenvolvimento de seus filhos e têm o dever de demonstrar a afetividade por meio de comportamentos pró-afetivos.

Conforme referido, os danos causados ao filho abandonado afetivamente são graves, com reflexos permanentes em sua vida. Portanto, as sanções próprias do direito de família, em certos casos, caracterizam-se como prêmio para o pai ausente que será, em definitivo, isento de sua responsabilidade.

Sendo assim, a aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de filho mostra-se como alternativa adequada, tendo em vista o seu papel pedagógico

¹⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.p. 386.

¹⁵⁰ EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 111.

e punitivo. Embora ainda não aceita pela maior parte da jurisprudência, de acordo com os julgados referidos no presente trabalho, visto que a afetividade não está expressa na legislação, parte expressiva da doutrina e o Superior Tribunal de Justiça em julgado paradigmático defendem a reparação pecuniária.

Nesse sentido, estabelecem que os elementos caracterizadores da responsabilidade civil podem ser identificados em caso de abandono afetivo. O ato ilícito se configuraria no descumprimento dos deveres de cuidado e assistência previstos na Constituição Federal que, em consonância com o concluído, não se trata apenas de deveres materiais e, sim, de deveres jurídicos, baseados na afetividade. O dano e o nexo causal entre conduta e dano restariam caracterizados por meio de prova que se baseará em laudo psicológico.

Por fim, a reparação pecuniária diante de abandono afetivo de filho é eficaz tendo em vista o seu caráter punitivo, na medida em que a afetividade no ambiente familiar que se dá por meio de comportamentos pró-afetivos dos pais é direito fundamental do filho em prol do saudável desenvolvimento de sua personalidade.

REFERÊNCIAS

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica**. 8. ed., São Paulo: Editora Letras e Letras, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **REsp 757.411**. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. 29 nov. 2005. Brasília, DF, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+ABANDONO+MORAL+REPARA%C7%C3O&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>> Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1557978**. Rel. Ministro Moura Ribeiro. 03 nov.2015. Brasília, DF, 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=535+ABANDONO+DISS%CDIO&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1159242**. Rel. Nancy Andrighi. 24 abr. 2012. Brasília, DF, 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FAM%CDLIA+ABANDONO+A FETIVO+POSSIBILIDADE&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>> Acesso em: 07 nov. 2018.

CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

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

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **O direito de família após a constituição federal de 1988**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.v. 7: Responsabilidade Civil.

EICK, Luciana Gemelli. **Danos Existenciais e sua Dimensão Afetivo-Familiar: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou Precificação do Afeto?** 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luis Edson. **Direito de família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre:

Livraria do Advogado Editora, 2016.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.v. 4: Responsabilidade Civil.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

HEMPRICH, Mariana. Rompimento do Afeto. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 7/2016, p. 63-76, jan./mar. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-33.

LAURENTIZ, Juliana de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 2, p. 81-100, out./dez. 2014.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 02-19.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MATZENBACHER, Solange Regina. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai- abandono afetivo. E a família?. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan./jun. 2009.

PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3, p. 39-55, abr./mar. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (8ª Câmara Cível). **Apelação Cível Nº.70076511807** Rel. José Antônio Daltoe Cezar. Porto Alegre, RS, 19 jul. 2018. Disponível em:
 <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076511807&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 07 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível Nº 70078273018**. Rel. Sandra Brisolará Medeiros. Porto Alegre, RS, 03, set., 2018. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70078273018&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 07 nov. 2018.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 191-213

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.