

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARIA LUIZA SILVA VALÉRIO

A REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS  
FILHOS: UMA PERSPECTIVA ACERCA DO FUTURO DA PARENTALIDADE NO  
DIREITO BRASILEIRO

FLORIANÓPOLIS  
2012

MARIA LUIZA SILVA VALÉRIO

A REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS  
FILHOS: UMA PERSPECTIVA ACERCA DO FUTURO DA PARENTALIDADE NO  
DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina,  
como requisito parcial para a obtenção  
de grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Renata Raupp Gomes

FLORIANÓPOLIS

2012

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da professora orientadora, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de reparação dos danos morais pelo abandono afetivo dos filhos e fazer uma perspectiva acerca do tema no futuro. Dessa forma, a fim de conceituar o fenômeno do abandono afetivo como ato ilícito, são estudados os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade familiar, da parentalidade consciente e responsável e da igualdade entre os filhos, além da doutrina da proteção integral da criança e do princípio do melhor interesse da criança. Ademais, pesquisou-se acerca da responsabilidade civil, especialmente no que tange ao dano moral e seus pressupostos: conduta do agente, dano, nexo causal, culpa e lesão a um bem juridicamente protegido. Ainda, discorreu-se sobre o caráter do dano moral e a dificuldade de sua valoração e, além disso, relacionou-se todos estes conceitos com os princípios e legislações aplicáveis à hipótese do abandono, no intuito de esclarecer melhor o assunto. Por fim, através da análise jurisprudencial ao longo de aproximadamente sete anos e da revisão de dois projetos de leis propostos no Congresso Nacional, tentou-se fazer uma perspectiva para o futuro, o qual aparenta estar se consolidando de modo favorável ao tema proposto.

**Palavras-chave:** Abandono afetivo. Relação paterno-filial. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Projeto de lei n. 700/2007. Projeto de lei n. 4.294/2008.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 CONCEITO E ALCANCE DE ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS</b> .....	10
1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	12
1.2 Princípio da afetividade no direito de família .....	14
1.2.1 Solidariedade Familiar.....	17
1.3 Doutrina da proteção integral da criança e do adolescente .....	18
1.3.1 Princípio do melhor interesse da criança.....	23
1.4 Princípio da parentalidade consciente e responsável.....	24
1.4.1 Dever de educação .....	28
1.4.2 Princípio da convivência familiar e o dever de convivência ou visitação .....	29
1.5 Princípio da igualdade entre os filhos.....	32
<b>2 ADMISIBILIDADE DA REPARAÇÃO MORAL APLICADO � HIPOTESE DO ABANDONO AFETIVO</b> .....	34
2.1 Pressupostos da responsabilidade civil e a possibilidade de indenizar moralmente .....	34
2.1.1 A�o ou omissão.....	36
2.1.2 Culpa .....	37
2.1.3 Nexo causal.....	39
2.1.4 Dano.....	40
2.1.4.1 Dano moral.....	40
2.1.5 Lesão a um bem jurídico protegido .....	42
2.2 Caráter do dano moral e sua quantifica�o.....	43
2.3 Aplicabilidade dos pressupostos da responsabilidade civil e das características do dano moral na hipótese do abandono afetivo.....	46

<b>3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS PELO ABANDONO AFETIVO: PROPOSIÇÕES PARA O FUTURO DA PARENTALIDADE.....</b>	<b>52</b>
3.1 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de indenização moral por abandono afetivo dos filhos menores e evolução jurisprudencial .....	52
3.2 Projeto de Lei n.700 de 2007 .....	62
3.2.1 Tramitação .....	64
3.3 Projeto de Lei n. 4.294 de 2008 .....	64
3.3.1 Tramitação .....	65
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## INTRODUÇÃO

O direito de família, assim como todo o ordenamento jurídico, vive em constante mudança. Diversos institutos que antes não eram tutelados pelo direito e portanto deveriam ser resolvidos apenas no seio da família, hoje são atendidos pelo judiciário.

O princípio da afetividade ganhou destaque no direito atual, tendo em vista a nova concepção de família que vem sendo construída. E, nesse contexto, abriu-se espaço para demandas em razão do abandono afetivo.

Sendo assim, o tema central deste trabalho é o abandono afetivo e a possibilidade de sua indenização. Todavia, em razão da sua extensão, será abordado somente o que tange aos filhos menores de idade, estando os idosos, por exemplo, excluídos. Dessa forma, o abandono ao que vamos nos referir, é aquele realizado em detrimento de pessoas com até dezoito anos de idade.

Isso posto, ter-se-á por objetivo principal a análise do ordenamento jurídico a fim de caracterizar o abandono como conduta ilícita. Ao mesmo tempo, analisar-se-á os pressupostos para configuração de dano moral.

O problema que se busca dirimir envolve de um lado os filhos que crescem sem amparo dos genitores e na falta de direitos assegurados inclusive constitucionalmente e, de outro, a (im)possibilidade de condenar civilmente um genitor por não se fazer presente, não conviver, não educar. É possível e eficaz obrigar os pais a indenizar moralmente os filhos em decorrência do abandono afetivo? A resposta afirmativa para essa indagação é o que embasa a construção dos três capítulos que se seguem.

Ante o exposto, cumpre ao primeiro capítulo – denominado “conceito e alcance de abandono afetivo dos filhos” – abordar, inicialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, seguido dos princípios da afetividade e solidariedade familiar. Na sequência, tratar-se-á da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, momento em que também analisar-se-á o princípio do melhor interesse da criança. Será, ainda, estudado o princípio da parentalidade consciente e responsável, enfatizando-se o dever da educação e da convivência familiar. Por fim, conceituar-se-á o princípio da

igualdade entre os filhos. Neste capítulo serão analisadas diversas leis e convenções objetivando-se encontrar o papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e as garantias destes. A finalidade maior deste capítulo é demonstrar que o abandono cometido pelos pais está previsto implicitamente como conduta ilícita em diversas normas.

Destarte, algumas vezes será adotada a abreviação ECA, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de evitar demasiadas repetições.

Ressalta-se, ademais, que apesar de diversos doutrinadores fazerem distinção entre o papel materno e paterno - objetivando caracterizar funções propriamente conhecidas como da mãe e outras do pai, a fim de apontar as faltas que podem ocorrer a um filho na falta de um ou de outro-, neste trabalho optou-se pela não diferenciação de funções em consideração ao princípio da igualdade.

Por sua vez, o segundo capítulo – chamado “admissibilidade da reparação moral aplicado à hipótese do abandono afetivo” – tratará das questões da responsabilidade civil. A primeira seção tem como finalidade conceituar a responsabilidade civil objetiva e subjetiva e examinar seus pressupostos para responsabilizar civilmente. Assim sendo, examinar-se-á o conceito de dano moral e os seus pressupostos, quais sejam: conduta do agente, dano, nexos causal, culpa e lesão a um bem juridicamente protegido – este último proposto por Fernando Noronha. Ademais, abordar-se-á o caráter punitivo, o ressarcitório e o preventivo do dano. Por fim, a terceira sessão buscará relacionar todos esses conceitos de responsabilidade estudados no segundo capítulo com os princípios e legislações abarcados no capítulo primeiro, a fim de analisar o dano moral e os seus pressupostos na hipótese do abandono.

No terceiro e último capítulo – intitulado “Evolução jurisprudencial sobre a reparação dos danos morais pelo abandono afetivo: proposições para o futuro da parentalidade” – buscar-se-á, primeiramente, analisar decisões dos principais tribunais do país acerca do abandono afetivo, dando-se preferência àquelas que admitiram a possibilidade do dano moral, ainda que em parte. Ademais, será possível constatar a mudança de posicionamento que vem ocorrendo recentemente, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, o qual neste ano proferiu a primeira decisão favorável ao tema em foco. Nas sessões seguintes, finalmente, serão abordados dois projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, os quais visam



alterar legislações já existentes inserindo dispositivos que tutelarão expressamente o direito dos filhos de obter reparação em casos de abandono afetivo pelos pais.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo e o método de procedimento, o monográfico. A temática será desenvolvida utilizando-se a técnica de documentação indireta, realizada a partir da pesquisa bibliográfica.

## 1 CONCEITO E ALCANCE DE ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS

Abandono afetivo é a “omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo”. (HIRONAKA, 2007a).

O ser humano tem necessidade do outro, principalmente na infância, que é o período de formação da personalidade. Maria Isabel Pereira da Costa (2008) afirma que os autores, quando buscam classificar o grupo familiar entre os grupos constituídos nas sociedades humanas, o colocam entre aqueles indispensáveis à sobrevivência da espécie, inserindo a família ora como grupo natural, ora espontâneo, ora biológico, mas sempre como algo indispensável pois o indivíduo não pode viver fora desse grupo nos primeiros anos de sua vida.

Claudia Maria da Silva compartilha deste mesmo entendimento ao afirmar que a família é referência fundamental para que a criança se desenvolva, aprenda, incorpore valores éticos e experiências afetivas. Ademais, a autora acrescenta que a formação da personalidade dos filhos depende do modo como os pais exercem seus papéis e estabelecem a convivência familiar. “A partir de um ambiente familiar em que recebam confiança, amor, atenção, enfim, dos vínculos firmados com os entes familiares é que os filhos demonstrarão capacidade para formar novas relações humanas” (SILVA, 2004, p. 132).

Destarte, condutas agressivas, insegurança, e reflexos em diversos outros setores da vida da criança são relatados como consequência do abandono por um dos pais. A delinquência juvenil, inclusive, pode ser acarretada – claro que não exclusivamente - por filhos que têm uma visão distorcida do significado de família e não tiveram a presença dos genitores para se tornarem cidadãos responsáveis e comprometidos com o próximo (PEREIRA, 2000, p. 582).

“A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada e abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade” (SILVA, 2004, p. 132).

Contudo, o abandono afetivo ainda não foi expressamente vedado pelo legislador e, por conseguinte, tampouco foi conceituado na lei. Ou seja, não há uma norma expressa caracterizando o abandono como ato ilícito.

Entretanto, embora não exista expressamente um dispositivo legal objetivando responsabilizar civilmente os pais por abandono dos filhos, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e diversos princípios norteadores do ordenamento jurídico como o princípio da dignidade humana e os princípios da afetividade e o da solidariedade familiar, abarcam o tema e devem ser interpretados harmonicamente.

Nesse sentido:

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. (DIAS, 2009, p. 416).

Ademais, em assembleia Geral das nações Unidas, realizada em 1989, os Estados partes reconheceram que a criança deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma, foi adotada a Convenção Sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 7.1 determina: “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora com as legislações já citadas para estabelecer deveres dos pais em relação aos seus filhos menores (art. 2), como a convivência, a educação, o cuidado, entre outros. E, além disso, assegura o direito de crianças e adolescentes ao desenvolvimento moral, em condições de dignidade, respeito e convivência familiar:

Art. 2: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos

referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O enfoque proposto, então, parte do estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade familiar, da parentalidade consciente e responsável e da igualdade entre os filhos, além da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a fim de buscar situar e conceituar melhor o fenômeno do abandono afetivo, tendo em vista estar abordado somente de forma implícita no texto legal.

### 1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é conhecido como o princípio dos princípios e, devido a sua importância, está assegurado já no primeiro artigo, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

**III - a dignidade da pessoa humana;**

[...].

Em face da dificuldade que encontram os doutrinadores para conceituá-lo, busca-se uma definição, primeiramente, a partir da sua origem etimológica:

Faz-se necessário, inicialmente, a conceituação dos termos dignidade e pessoa para que se possa chegar ao entendimento de sua significação na linguagem jurídica. O substantivo *dignitas*, origem etimológica latina da palavra *dignidade*, significava mérito, prestígio, consideração, excelência, enfim, qualificava o que era digno e que merecia respeito ou reverência. Indicava também cargo honorífico no Estado. Tinha sempre conotação positiva. Para se buscar o significado de dignidade humana, necessário se faz posicionar-se sobre a essência do ser humano, o ser como pessoa.

A origem etimologia da palavra pessoa vem da expressão latina *personare*, que se referia à máscara teatral utilizada para amplificar a voz dos atores, passando depois a servir para designar a própria personagem representada. A palavra pessoa acabou por ser incorporada na linguagem jurídica, designando cada um dos seres da espécie humana (GARCIA, 2003, p. 34).

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 61), a dignidade da pessoa humana “é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

A dignidade da pessoa humana, consoante Sarlet *apud* Cunha Júnior, consiste em:

[...] uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET *apud* CUNHA JUNIOR, 2010, p.529-530).

Dignidade, de acordo com Andréa Rodrigues Amin (2011, pag. 60), é a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.

É um macrop princípio porque serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico. Como está intimamente ligado aos direitos humanos, é de difícil definição e mensuração.

No direito de família não é diferente. A Carta Constitucional assegura o direito à dignidade na família e principalmente à criança e ao adolescente no artigo 226, § 7º e no artigo 227, *caput*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

[...]

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. (grifo nosso).

Ensina Maria Berenice Dias que “o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos **direitos humanos**, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, **versão axiológica** da natureza humana” (2009, p. 62, grifo no original).

Corroborar esse entendimento Rolf Madaleno, ao explanar sobre a dignidade humana no direito de família:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional [...].

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar. (MADALENO, 2011, p. 42).

Paulo Lobo, por sua vez, ensina que “viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto” (2009, p.3).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ademais, no seu art. 15, reforça o direito à dignidade da pessoa humana assegurado constitucionalmente:

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

Novamente, no art. 18, o ECA se preocupa com a dignidade: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Por fim, conclui-se que cabe primordialmente à família velar pela dignidade humana de seus membros, em consonância com o princípio da afetividade e da solidariedade familiar.

## **1.2 Princípio da afetividade no direito de família**

Atualmente, as famílias se constituem por laços de afeto. Consubstanciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto transcende o vínculo da consanguinidade e deixa de ser apenas um sentimento passando a ter valor jurídico na esfera das relações familiares:

Com a repersonificação da família, é adequado concluir-se que a célula *mater* da sociedade, modernamente, passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma

pluralidade de formas decorrentes das variadas origens e que possui como elemento nuclear o afeto (MACIEL, 2011, p. 88).

O princípio jurídico da afetividade, no dizer de Paulo Lôbo (2009, p. 9) pode ser concebido da seguinte forma:

[...] fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.

Ainda, o caráter jurídico do afeto nas relações de filiação e a sua importância no respeito aos direitos fundamentais e no sentimento de solidariedade entre seus membros pode ser auferido dos ensinamentos de Maria Berenice:

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. (DIAS, 2009, p. 69).

Sabe-se que a personalidade humana começa a se desenvolver no seio de sua família, com os ensinamentos que lhe são prestados, a educação, os valores éticos e morais e, principalmente a afetividade que lhe é dispensada. Sobre o tema, ensina também Maria Berenice Dias (2009, p. 43):

[...] faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade.

A palavra afeto não está expressa na nossa constituição, todavia, são vários os fundamentos que consagram o princípio da afetividade, segundo Paulo Lôbo (2009, p. 10):

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, [...]: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Os institutos da adoção - onde não existe qualquer ligação biológica, mas amor e carinho que efetivam a constituição da família - e da união estável comprovam que o afeto é protegido pela legislação constitucional e infraconstitucional. Outros exemplos são a igualdade entre os filhos, independente da origem, e o direito à convivência familiar como direito absoluto da criança e do adolescente.

Ademais, acerca do assunto leciona Dias:

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (LMP, art. 5, III<sup>1</sup>) qualquer relação de afeto. Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito (DIAS, 2009, p. 41).

Assim, o exercício materno-paterno deve ser acentuado nas funções afetivas do ambiente familiar. Ambos os genitores devem ser companheiros e amigos dos filhos, externando confiança e amabilidade para que a criança ou o adolescente sinta-se seguro diante de qualquer adversidade que possa surgir.

A ausência da afetividade pode gerar problemas psíquicos e crises de identidade em crianças que conhecem seus pais e sabem que eles não as procuram porque – apesar de terem todas as condições - simplesmente não tem interesse. O afeto é fundamental para uma convivência familiar saudável, que permita o desenvolvimento da personalidade dos filhos - que são os vulneráveis das relações familiares -, pois necessitam de motivação, incentivo e apoio para se sentirem seguros e conscientes do seu papel na vida da família e da comunidade. Nesse sentido ensina Dias:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade, em cada família, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (2009, p. 70).

De acordo com Rolf Madaleno (2011, p. 95), “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo

---

<sup>1</sup> Art. 5, III da Lei Maria da Penha: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.



amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Na sequência, o autor fala das demandas que estão surgindo baseadas na ausência do afeto: “A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto”.

No princípio da afetividade familiar incluem-se conceitos da solidariedade familiar. Isto porque, a solidariedade familiar refere-se não somente ao amparo material, mas também ao apoio moral e afetivo.

### **1.2.1 Solidariedade Familiar**

“Solidariedade é o que cada um deve ao outro” (DIAS, 2009, p. 66).

A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tendo em vista que em seu preâmbulo a Carta Magna assegura uma sociedade fraterna. Ademais, em seu art. 229<sup>2</sup>, o princípio da solidariedade é reafirmado na imposição aos pais de prestar assistência aos filhos.

Sendo assim, o princípio da solidariedade familiar está ligado aos conceitos de reciprocidade e fraternidade. Os laços que unem os integrantes da entidade familiar são afetivos e, portanto, não precisam ser também genéticos para que existam.

Constata-se a aplicação desse princípio, por exemplo, no amparo aos idosos e na assistência aos filhos menores. No que tange ao amparo material, Maria Berenice Dias (2009, p. 66) leciona que:

Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigi-la daquele a quem se negou a prestar auxílio. Vem a calhar o exemplo do pai que deixa de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, não provendo a subsistência dos filhos. Tal postura subtrai a possibilidade de ele posteriormente buscar alimentos frente aos filhos, uma vez que desatendeu ao princípio da solidariedade familiar.

Contudo, o princípio da solidariedade abrange não somente o auxílio material aos membros da família, mas também o afeto e o apoio moral.

---

<sup>2</sup> CF, Art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

“Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade” (DIAS, 2009, p. 66).

Rolf Madaleno (2011, p. 90) nos ensina que: “a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”.

E, ademais, Madaleno com base nos ensinamentos de Maria Berenice Dias, conclui:

Em se tratando de crianças e adolescentes, esse dever de solidariedade, que pode ser traduzido com um dever de socorro espiritual e de assistência material, é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, por primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação e tampouco o Estado, mesmo porque vale lembrar ser a família a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado. Seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o princípio da solidariedade (MADALENO, 2011, P. 90).

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da solidariedade é consequência da superação do modo de se pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais.

### **1.3 Doutrina da proteção integral da criança e do adolescente**

A doutrina da proteção integral insculpida no artigo 227<sup>3</sup> da Constituição da República de 1988 - em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - substituiu a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, mas de fato já implícita no Código Mello Matos, de 1927 (AMIN, 2011, p. 13).

---

<sup>3</sup> 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.

Trata-se de uma mudança de paradigmas.

A doutrina da situação irregular não era garantista, tendo em vista que não enunciava direitos, somente determinava uma atuação de resultados, através de situações previamente definidas. Sendo assim, agia-se apenas na consequência e não na causa do problema. O menor<sup>4</sup> era visto como objeto de proteção, todavia, não era sujeito de direitos:

Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público a construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram, em princípio, passíveis de tutela jurídica” (AMIN, 2011, p. 13).

Nesse contexto, em 1979, a Organização das Nações Unidas, atenta aos avanços e anseios sociais, montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução n. 44 (AMIN, 2011, p. 12).

Amin (2011, p.13) ensina que a doutrina da proteção integral foi fundada em três pilares:

- 1) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem com pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial;
- 2) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar;
- 3) as Nações subscritas obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

A doutrina da proteção integral, por sua vez, é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada através de normas interdependentes que reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

A prioridade absoluta, a que se refere o item 3 supra citado, está presente no artigo 227 da Constituição Federal, já mencionado no subcapítulo anterior, cumulado com o art. 4 da Lei 8.069/90<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Ressalta-se que a expressão “menor” não deve mais ser utilizada para designar criança e adolescente como era amplamente feito no passado, tendo em vista o cunho pejorativo.

<sup>5</sup> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à

“Ressalte-se que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais”, estes, enumerados nos artigos citados no parágrafo anterior (AMIN, 2011, p. 23).

O termo “proteção” pressupõe basicamente uma desigualdade, um ser humano que precisa de outro ser humano. A doutrina da proteção integral veio assegurar, entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, juntamente com o convívio familiar.

A doutrina da proteção integral preconiza que os direitos das crianças e adolescentes têm características especiais, em razão da situação de constante modificação e desenvolvimento dessas pessoas. Afinal, é interesse de todos, pais, sociedade e Estado que crianças e adolescentes se tornem adultos plenos, conscientes de suas responsabilidades e aptos a atuarem com plenitude em suas vidas (FRAGOSO, 2009).

Maria Berenice Dias e Paulo Lobo explicam que a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 5º dispositivo que pode ser relacionado ao abandono afetivo. Ademais, o artigo 6º do mesmo diploma tem em vista essa fase de desenvolvimento em que os menores se encontram:

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

---

educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A negligência emocional ou afetiva é caracterizada pelo descuido, desatenção e falta de zelo, por não se propiciar ao filho carinho e atenção.

Ainda, no artigo 6º fica expressa a necessidade de levar-se em conta a condição peculiar das crianças e adolescentes para que as experiências adquiridas no seio familiar e comunitário influenciem positivamente na sua formação e no desenvolvimento da sua personalidade.

Destaca-se nessa linha, também, o “cuidado”, que assumiu valor jurídico, uma vez que é explicitamente mencionado em vários diplomas normativos, como a Convenção Internacional da Criança e do Adolescente, que tem *status* de norma constitucional, e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

O cuidado tem previsão na redação dos artigos 3<sup>6</sup>, 7<sup>7</sup>, 9<sup>8</sup> e 18<sup>9</sup> da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança.

---

<sup>6</sup>Art.3

- 1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.
- 2 – Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
- 3 – Os Estados Partes certificar-se-ão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

<sup>7</sup>Art.7

- 1 – A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.
- 2 – Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com a legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança tornar-se-ia apátrida.

<sup>8</sup>Art.9

- 1 – Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos

Kátia Regina F. L. A. Maciel afirma que além dos referidos artigos da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, podemos localizar o cuidado como princípio na interpretação do próprio significado conferido pelo legislador constitucional ao vocábulo “proteção”. “A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante proteção à família (art. 226, § 8º) e a seus participantes (art. 227 e §§ 3º, 229 e 230)” (2011, p. 90).

Maria Helena Diniz (p. 632) frisa que o direito à liberdade reservado pelo artigo 16 do ECA assegura a participação da vida familiar e comunitária, conforme seu item “V”<sup>10</sup>.

---

específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

- 2 – Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente Artigo, todas as Partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.
- 3 – Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.
- 4 – Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem estar da criança. Os Estados Partes certificar-se-ão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

<sup>9</sup>Art.18

1 – Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e pelo desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança, e assegurarão a criação de instituições e serviços para o cuidado das crianças.

- 2 – A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança, e assegurarão a criação de instituições e serviços para o cuidado das crianças.
- 3 – Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

<sup>10</sup> Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

Ademais, imperioso mencionar o “respeito” que é um dos direitos mais básicos assegurados à pessoa. O ECA visa manter essa integridade principalmente à criança e ao adolescente:

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

Amin (2011, p. 81), no tocante ao direito à cultura, ao esporte e ao lazer, afirma que “a família deve buscar, de acordo com a sua classe social, ofertar às suas crianças e jovens a possibilidade de frequentar teatros, shows, assistir filmes ou, simplesmente, brincar”.

Outro princípio que complementa o arcabouço normativo é o melhor interesse da criança. Segundo ele, em qualquer decisão que envolva interesses infanto-juvenis, o tomador da decisão - seja ele juiz, pais, médicos, autoridades públicas, etc - deve tomar como ponto primordial o benefício da criança.

### **1.3.1 Princípio do melhor interesse da criança**

Acerca do princípio do melhor interesse da criança, afirma Amin (2011, p. 34) que se trata de princípio que orienta o legislador e o interpretador - no que tange aos critérios de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras – acerca da primazia das necessidades da criança e do adolescente.

O melhor interesse da criança está inserido no art. 3<sup>11</sup> da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de setembro de 1989, na

---

<sup>11</sup> **Artigo 3.º:**

1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização.

Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil através do decreto n. 99.710/90.

Andréa Regina Amin relata o espaço que vem ganhando o princípio do melhor interesse:

Na vigência do Código de Menores, a aplicação do melhor interesse limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular. Agora, com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infanto-juvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar (AMIN, 2011, p. 33).

Finalmente, estudados os direitos das crianças e adolescentes, é imprescindível analisar os deveres dos pais em relação aos filhos, deveres estes todos permeados pelo princípio da parentalidade consciente e responsável.

#### **1.4 Princípio da parentalidade consciente e responsável**

O princípio da parentalidade consciente e responsável prevê pais comprometidos com o dever de buscar o cumprimento da função social da família e esta consubstanciado no artigo 226, parágrafo 7<sup>12</sup> da Constituição Federal, cumulado com o artigo 3<sup>13</sup> da Lei 8.069/90.

Faz-se necessária a conscientização da população para a preservação da infância e da adolescência, sob um contexto social e cultural adequado para serem plenamente vividas e respeitadas. Ademais, deve-se observar o fato de que crianças e adolescentes são diferentes dos adultos e ter o conhecimento de que cabe aos adultos, principalmente aos pais, a indeclinável responsabilidade pelo crescimento e desenvolvimento das crianças e adolescentes, servindo os melhores interesses destes.

---

<sup>12</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

<sup>13</sup> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.



Acerca da importância dos pais na formação dos filhos:

“A participação dos pais na assistência moral e intelectual aos filhos é especialmente importante na infância, fase de formação dos principais traços de nossa personalidade, não obstante deva estar presente desde a concepção até o pleno desenvolvimento do filho” (BRANCO, 2006, p. 195).

O Código Civil brasileiro determina no artigo 1.634 os deveres dos pais quanto aos filhos menores de idade:

**Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:**

**I - dirigir-lhes a criação e educação;**

**II - tê-los em sua companhia e guarda;**

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

(grifo nosso).

Acerca do inciso I do referido artigo, Sílvio de Salvo Venosa elucida que cabe aos pais, em primeiro lugar, dirigir a criação e a educação dos filhos para garantir-lhes a sobrevivência, tornando-os úteis à sociedade. “Sob certas condições o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua numa indenização. A matéria, contudo, ainda é nova” (VENOSA, 2010, P. 310).

Maria Helena Diniz (2007, p. 519), por sua vez, pronuncia-se acerca do referido inciso e ensina que a criação e a educação dos filhos deve se dar no intuito de prepará-los para a vida, sendo devido, ainda, dirigi-los espiritual, moral e religiosamente:

Provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes ainda dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (ECA, arts. 1, 3, 4 e 15).

No que tange à forma de educação, a autora afirma que tal matéria é inerente à relação familiar, ao bom senso e aos laços afetivos:

A norma jurídica prescreve que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, respeitando seus direitos da personalidade, garantindo sua dignidade como seres humanos em desenvolvimento físico-psíquico, mas nada dispõem sobre o modo como devem criá-los e muito menos como devem executar os encargos parentais. Isto é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, pela convivência familiar (CF art. 227, 2 parte) e pela conveniência das decisões tomadas.

Ressalta-se que a autora (2007, p. 519) prevê as sanções em caso de descumprimento do disposto neste inciso I, inclusive a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo:

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (CC, art. 1.638, II<sup>14</sup>), sofrerão as sanções previstas no Código Penal (arts. 244<sup>15</sup> e 246<sup>16</sup>) para o crime de abandono material e intelectual dos menores, e, ainda, arcarão com a responsabilidade civil pelo dano moral causado aos filhos, relativamente aos seus direitos da personalidade.

Acerca do abandono moral, ensina Rodrigues (1991, p. 373) que “o abandono, não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade”.

Tocante ao inciso II, Maria Helena Diniz (2007, p. 520) leciona que o direito de guarda é concomitantemente um poder-dever dos titulares do poder familiar:

Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação a terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

---

<sup>14</sup> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

<sup>15</sup> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

<sup>16</sup> Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

No mais, a autora afirma que o poder de guarda traz implícito o dever de vigilância: “Como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor” (2007, p. 520).

No que se refere ao inciso VII, Venosa (2010, p. 311) resalta que o respeito deve ser recíproco. Não há subordinação hierárquica e a falta de respeito ao menos pode causar a perda do pátrio poder.

Acerca da concepção antiga de que havia hierarquia nas relações familiares, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka leciona que:

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal do pátrio poder (2002, p. 31).

Aprofundando a ideia da responsabilidade-tarefa, Cláudia Stein Vieira (2001, p. 47) entende que:

[...] devem os genitores, solteiros, casados, separados, divorciados ou viúvos, ter a exata consciência de seu mister como pais e educadores de cidadãos do futuro, sendo certo que atos por ele praticados poderão gerar graves prejuízos em face desses filhos. Nesse sentido, a tão debatida questão acerca dos genitores que não visitam seus filhos, a ele negando a mínima atenção. Há que se desvincular a imagem do douto genitor, por vezes fonte de dissabores, e ter ciência que as crianças e adolescentes não podem padecer em virtude de sentimentos menores de adultos que têm a obrigação de estar preparados para exercer a paternidade/maternidade ou de encontrar meios para fazê-lo.

Em relação à responsabilidade dos pais, Hironaka comunga do mesmo entendimento de Diniz, no que tange à possibilidade dos filhos buscarem indenização, caso os pais mantenham conduta imprópria:

Em conjugação com a responsabilidade há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria a violação dos direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave (HIRONAKA, 2007).

Ante todo o exposto, devido à importância do dever de educação e do dever de convivência no tema do abandono afetivo, principalmente no papel de caracterizar a conduta ilícita do genitor que deixa de cumprir com suas obrigações, passa-se a uma análise mais aprofundada desses pontos.

### 1.4.1 Dever de educação

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz o dever de educação em seu artigo 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Rolf Madaleno (2011, p. 185) afirma que “é obrigação dos pais manter a guarda e a educação da sua prole”, e ensina que o poder familiar de ambos os pais segue íntegro e em igualdade de condições, mesmo após a separação – caso em que os filhos ficam sob a custódia de apenas um dos cônjuges.

O Juiz Mario Romano Maggione, em processo n. 141/1030012032-0 de Capão da Canoa - RS, afirmou que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir a parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.

No que tange à educação como dever dos pais, Sílvio Rodrigues ensina que:

Esse é o dever principal que incumbe aos pais, pois quem põe os filhos no mundo deve provê-los com elementos materiais e morais para a sua sobrevivência, bem como fornecer-lhes educação de acordo com seus recursos, capaz de propiciar ao filho, quando adulto, um meio de ganhar a vida e ser elemento útil à sociedade. (RODRIGUES, 1991, p. 362).

Ademais, sobre o tema:

Os pais ou responsáveis, participando do processo pedagógico ou proposta educacionais, terão o dever de matriculá-lo em escola pública ou particular, onde lhe será assegurado o direito de ser respeitado por seus educadores, de contestar critérios avaliativos, de organizar e participar em entidades estudantis (arts. 55<sup>17</sup>, 53, I a V e parágrafo único; 54 e parágrafos 1 a 3, 57 e 59 do ECA). (DINIZ, 2007, p. 633).

Segundo os ensinamentos de HIRONAKA (2007a), o dever de educação tem a finalidade de garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Desta forma, deve ser desempenhado o papel de educador e de autoridade familiar nos cuidados do dia-a-dia, por exemplo: da preparação e planejamento das

---

<sup>17</sup> Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

refeições; da higiene; do ensino de boas maneiras; das regras de disciplina e da educação religiosa, moral, social e cultural.

O direito à educação, segundo Amin (2011, p. 62), “é direito fundamental que permite a instrumentalização dos demais, pois sem conhecimento não há o implemento universal e de fato dos demais direitos”:

A ignorância leva a uma passividade generalizada que impede questionamentos, assegura a manutenção de velhos sistemas violadores das normas que valorizam o ser humano e impede o crescimento do homem e o conseqüente amadurecimento da nação.

Importante ressaltar que o dever de educação deve ser prezado por ambos os pais, independente de quem detenha a guarda. Mesmo em casos de separação, em que um dos genitores não compartilhe do mesmo lar que o filho, pai e mãe devem estar atentos a este dever, até mesmo porque tampouco devem deixar de conviver e de visitar a prole.

#### **1.4.2 Princípio da convivência familiar e o dever de convivência ou visitação**

Além dos princípios já mencionados, outro de extrema importância e norteador do direito de família e da infância é o da Convivência Familiar. Este se manifesta na relação de afeto corriqueira ou diuturna e fundamental entre os componentes do ambiente familiar.

Segundo Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação. (2011, p. 97)

Ainda, segundo Silva (2004, p. 132):

Do nascimento à fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da autoestima, do senso de moralidade, responsabilidade, empatia e de outros tantos aspectos ligados à formação da personalidade. É por isso que a cautela em torna da convivência familiar nasce com o indivíduo, uma vez que são determinantes para sua personalidade a forma e o contexto familiar quando de seu ingresso à vida.

O direito à convivência familiar é assegurado no art. 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Nas lições de Paulo Luiz Netto Lôbo, evidencia-se que:

[...] a convivência familiar, que o art. 227 da Constituição considera integrante do melhor interesse da criança e do adolescente, é fato entretido em relações sociais duradouras, com objetivo de constituição de família, o que as distingue de outras relações sociais. A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real. (LOBO, 2008).

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz assegurada a participação na vida familiar nos seus artigos 16 e 19:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - **participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;**

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. (grifo nosso)

[...]

Art. 19. **Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família** e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar e comunitária**, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (grifo nosso).

Maria Berenice Dias comenta o dever dos pais de conviver com os filhos, sob a ótica da maternidade-paternidade responsável:

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em **paternidade responsável**. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é dever. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. (DIAS, 2009, p. 415, grifo no original).

O direito do filho à convivência com o genitor que não lhe detém a guarda é pressuposto necessário para que o vínculo afetivo não seja rompido, afinal a separação ocorreu entre os pais e não entre estes e os filhos.

Em seu artigo intitulado “Direito Fundamental à Convivência Familiar”, Kátia Regina F. L. A. Maciel (2011, p. 136) afirma que o ideal desejado é que ambos

os pais possam exercer a autoridade parental, cada qual devendo participar ativamente das decisões sobre o filho menor. “Somente o equilíbrio e a harmonia dos papéis dos genitores, [...], trará ao filho de pais separados um desenvolvimento físico e mental adequado, minorando os efeitos [...] da fragmentação da família”.

Segundo a autora, o objetivo das visitas é incentivar e consolidar o vínculo da criança ou do adolescente com o genitor com quem não convive diariamente, proporcionando a manutenção da natural comunicação.

A autora coloca que podem ser utilizados meios coercitivos para impor o dever de visitação, dentre os quais reafirma-se a possibilidade de propor ação de indenização:

Quer isso dizer que, se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não quiserem cumpri-lo, inclusive através de advertência (Art. 129, VII, do ECA<sup>18</sup>), representação por infração administrativa (art 249 do ECA<sup>19</sup>), imposição de multa diária com valor expressivo (astreintes), ou, ainda, mediante ação de indenização por dano moral, se for o caso. (2011, p. 1367).

Por fim, elucida a autora que durante os encontros, o pai-mãe visitante deve cuidar para que o(a) filho(a) visitado(a) cumpra com suas tarefas sociais e escolares, zelar para que desfrute de toda a assistência material e imaterial de que necessitar, assim como fiscalizar a sua manutenção e educação. (2011, p.142).

Conclui-se, portanto, que não há necessidade de matrimônio ou qualquer outra relação entre os pais para que os filhos tenham o direito de conviver com ambos. E sendo assim, esse direito não deveria cessar com a separação. O que ocorre - e deve ser evitado – é que como consequência da separação, muitas vezes os genitores constituem novas famílias, e o genitor não detentor da guarda acaba por distanciar-se do filho advindo da relação anterior. Nesse contexto, aponta-se outro problema: a desigualdade de tratamento entre os filhos.

---

<sup>18</sup> Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

VII - advertência;

<sup>19</sup> Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

## 1.5 Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade entre os filhos está previsto no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal:

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.

O Código Civil, no seu art. 1.596 repete, nas mesmas palavras, o texto do referido parágrafo<sup>20</sup>. O mesmo acontece no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destes artigos, entende-se que não pode haver nenhuma distinção na condução da educação e da formação bio-psico-social dos filhos, e sendo assim, deve-se dar oportunidades iguais a eles, independente da detenção da guarda.

Por oportunidades iguais compreende-se não só o acesso aos bens materiais, como também à convivência familiar – incluindo-se tios, primos, avós, etc.- lazer e acompanhamento aos eventos sociais.

No que tange à filiação havida fora do casamento:

Os filhos não podem ser discriminados por terem nascido de uma relação matrimonial ou não. Há uma desvinculação, um desatrelamento entre a filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores. [...] Dos diversos avanços tecnológicos e científicos, decorrem, naturalmente, alterações nas concepções do sistema filiatório, descortinando uma passagem aberta para outra dimensão jurídica, na qual o reconhecimento da filiação deve ser um elemento de garantia da dignidade do homem. E, por conseguinte, advém a eliminação de fronteiras arquetizadas pelo sistema filiatório clássico, abrindo espaço para um direito de família contemporâneo, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo a necessidade universal de garantir o desenvolvimento da personalidade humana, independentemente de regimes familiares formais ou não (FARIAS, 2008).

Maria Helena Diniz afirma que não deve haver distinção entre os filhos havidos ou não fora do casamento e que a única classificação que se poderia fazer seria didaticamente:

---

<sup>20</sup> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.



Consagrado pelo nosso direito positivo, que (a) nenhuma distinção faz entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido (DINIZ, 2007, p.21).

Fazer distinção entre os filhos não significa abandonar afetivamente, entretanto, a diferença no tratamento entre eles pode ser uma forma de constatação.

Pode-se concluir, ante todo o exposto, que deixar um filho em abandono afetivo significa não se fazer presente, diariamente ou exercendo seu poder-dever de visita. Ademais, abandona afetivamente um filho quem descumpra com seu dever de educação – esta no seu sentido mais amplo – e ainda com os outros deveres inerentes dos pais, tais como a guarda e a criação.

Destaca-se nesse estudo que as crianças e os adolescentes possuem direito ao respeito, ao cuidado, à liberdade, à prioridade; e pais que adotam conduta não condizente com estes direitos deixam de assistir moralmente seus filhos.

O princípio da solidariedade familiar só reafirma esse dever de prestar assistência aos demais entes familiares, e o princípio da afetividade nada mais é do que o ensinamento de que as famílias atuais são constituídas justamente por laços de afeto. Como pode, então, um pai (uma mãe) deixar de cuidar do seu filho(a)? A dignidade humana entra em questão exatamente porque esse filho abandonado afetivamente, apesar de ter um pai ou uma mãe reconhecidos no papel e possivelmente na questão material, não tem qualquer amparo psicológico e moral por parte de um de seus genitores. Dessa forma, seus direitos da personalidade são afetados.

Sendo assim, o descaso por parte de um ou de ambos os pais pelo filho que colocou no mundo pode e deve ser caracterizado como descumprimento de todos os conceitos e legislações apontados neste capítulo. Princípios estes que devem ser interpretados pelo aplicador da norma de forma sistêmica e, desse modo, não há falar em abandono afetivo como conduta não prevista como ato ilícito.

Para a caracterização do dano moral, entretanto, mister estudar os conceitos da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo.

## **2 ADMISIBILIDADE DA REPARAÇÃO MORAL APLICADO À HIPÓTESE DO ABANDONO AFETIVO**

### **2.1 Pressupostos da responsabilidade civil e a possibilidade de indenizar<sup>21</sup> moralmente**

A doutrina dividiu a responsabilidade civil em duas teorias: a objetiva e a subjetiva.

A responsabilidade subjetiva se funda na culpa. Desta forma, RIZZARDO (2011 p. 31) aponta os seguintes passos da responsabilidade subjetiva: a ação ou omissão do agente; conduta culposa; o nexo causal e o dano.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva, segundo o autor, segue os mesmos pressupostos, excluindo-se apenas a culpa. “Está-se diante da teoria do risco, ou da teoria do risco criado, comum em profissões perigosas e que está implícita na sua execução a probabilidade do dano”. A culpa, portanto, não é necessária. “Os demais elementos – ação ou omissão, relação de causalidade e dano – devem estar presentes”.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 65) explica os pressupostos da responsabilidade civil citando o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O autor analisa o artigo 186 supracitado e evidencia que “quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima”.

---

<sup>21</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2011 p. 632) ensina que alguns autores estabelecem distinções entre as expressões ‘ressarcimento’, ‘reparação’ e indenização’. Ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Reparação é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a indenização é reservada para a compensação do dano decorrente de ato ilícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações. A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art. 5, V e X, indenização por dano material e moral.

No que tange à culpa, GONÇALVES (2011, p.66) esclarece que em alguns casos o nosso direito positivo admite a responsabilidade sem culpa. O autor está se referindo a teoria da responsabilidade objetiva “com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida”. Desta forma, compartilha do entendimento de Rizzardo.

Outro autor renomado acerca do assunto é Sérgio Cavalieri Filho, quem aponta apenas três pressupostos, de acordo com a sua interpretação do artigo 186 do Código Civil. Segundo este autor (2008, p. 18), a responsabilidade civil subjetiva pressupõe: a conduta culposa do agente; o nexo causal e o dano.

O referido autor concorda com os demais acerca da responsabilidade objetiva, sem culpa e baseada na teoria do risco e relembra que ela foi adotada pelo Código Civil em seus artigos 927, parágrafo único<sup>22</sup> e 931<sup>23</sup>.

Fernando Noronha, entretanto, confirma os quatro pressupostos já citados, apesar de dar a alguns deles outra nomenclatura. Segundo este autor os pressupostos seriam então: fato antijurídico, nexo de imputação, dano, nexo de causalidade – e acrescenta mais um: a lesão a um bem protegido:

Podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil de forma mais didática dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou não suas consequências); b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato o fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A esses quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido (NORONHA, 2010, p.491).

---

<sup>22</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>23</sup> Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Noronha, explica que este último requisito não é tão importante atualmente, tendo em vista que praticamente todos os danos são tutelados, sejam danos à pessoa ou a coisas, patrimoniais ou extrapatrimoniais, individuais ou coletivos. (2010, p. 491).

Tratar-se-á, a seguir, acerca de cada um desses pressupostos e verificaremos a ocorrência deles na hipótese do abandono afetivo dos filhos menores. Adotaremos a classificação citada pelos dois primeiros autores pelo fato de serem mais difundidas, contudo, analisaremos também o quinto pressuposto proposto por Noronha, qual seja, a lesão a um bem jurídico protegido, a fim de esgotar todo o assunto em discussão e tendo em vista ser bastante aplicável ao caso em tela.

### **2.1.1 Ação ou omissão**

Também conhecida como conduta do agente, é o primeiro pressuposto e se dá pela ação ou omissão voluntária de determinada pessoa, ou seja, analisar-se-á algo que ela fez ou deixou de fazer a fim de buscar reparação. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 24), “a ação é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo”.

Gonçalves (2011, p. 70) ensina que em matéria de culpa contratual o dever jurídico consiste na obediência do acordado. Já na culpa extracontratual, em cumprimento de lei ou regulamento. Sendo assim, podemos concluir que toda ação ou omissão deve ocorrer de acordo com o pactuado entre as partes ou de acordo com o ordenamento, caso contrário, existe a possibilidade da parte lesada buscar reparação. Ademais, o autor esclarece que, caso a questão não esteja disciplinada por lei ou regulamento, existe o dever de não lesar a ninguém que pode ser inferido do artigo 186 do CC.

Sobre a configuração da responsabilidade por ação ou omissão, leciona Gonçalves (2011, p. 71):

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo artigo 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de

convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Rizzardo (2011, p. 31) explica que o pressuposto da ação e omissão ocorre quando o agente investe contra alguém, ou deixa de atuar, ferindo direito ou patrimônio alheio. O autor exemplifica citando as situações em que o agente ataca uma pessoa ou destrói seus bens, ou investe contra sua honra, ou descumpre uma obrigação de proteção.

Cavaliere Filho (2008, p. 25) descreve a omissão como a inatividade, a abstenção de alguma conduta devida. Segundo ele, a omissão adquire relevância jurídica quando o omitente “tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado (...)”.

Logo, toda ação ou omissão que contrarie norma pré estabelecida ou pactuada entre as partes e que venha a causar danos insere-se nesse pressuposto.

### **2.1.2 Culpa**

Para que exista a responsabilidade de indenizar a conduta do agente deve ser culposa. A culpa é, portanto, o segundo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva:

Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilícitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo (GONÇALVES, 2011, p. 571).

Sergio Cavaliere Filho (2008, p. 35) conceitua culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. O autor ensina que existem dois critérios de aferição da previsibilidade, os quais devem ser conjugados em prol de uma solução justa:

Há dois critérios de aferição de previsibilidade: o objetivo e o subjetivo. O primeiro tem em vista o homem médio, diligente e cauteloso. Previsível é um resultando quando a previsão do seu advento pode ser exigida do homem comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias. Pelo critério subjetivo a previsibilidade deve ser aferida tendo em vista as condições pessoais do sujeito, como idade, sexo, grau de cultura, etc.

A culpa pode ser conceituada como a "inobservância das disposições regulamentares, das regras comuns seguidas na praxe e que orientam a ordem e a disciplina impostas pelas circunstâncias" (RIZZARDO, 2011, p. 4).

A doutrina faz uma distinção entre dolo e culpa. Cavalieri Filho (2008, p. 31) esclarece que "no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado". No mesmo sentido, a explicação de Rizzardo:

Já o dolo corresponde à prática voluntária de uma infração à lei. Age a pessoa deliberadamente no rompimento da ordem natural das coisas ou do equilíbrio no relacionamento humano. A infração é pretendida, repercutindo maior gravidade nas consequências e no combate pela Lei (RIZZARDO, 2011, p. 2).

Entretanto, apesar dessa diferença conceitual doutrinária, o Código Civil não faz distinção entre dolo e culpa para fins de reparação do dano. "Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano e não pelo grau de culpa" (GONÇALVES, 2011, p. 572).

Os elementos da culpa, de acordo com o artigo 186 do CC, são a negligência e a imprudência do agente causador do dano. Entretanto, a doutrina aponta a imperícia como outro elemento e também podemos falar do descuido, da distração, da leviandade, da indolência, etc (RIZZARDO, 2011, p.3).

Os conceitos desses elementos se entrelaçam, contudo, podemos conceituar imperícia como a "falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos" (RIZZARDO, 2011 p.3). "Já negligência consiste na ausência da diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana". E por fim, a imprudência "revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos".

Ao classificar os tipos de culpa, Rizzardo fala sobre a culpa *in omitendo*, que ocorre quando "o agente tinha a obrigação de intervir em uma atividade, mas

nada faz. Depara-se o culpado com a responsabilidade dada a sua falta de iniciativa. Há um socorro a prestar, mas queda-se inativa a pessoa” (2011, p. 5).

Neste estudo a culpa é fator necessário, tendo em vista se tratar de responsabilidade subjetiva.

### **2.1.3 Nexo causal**

O nexo causal, nas palavras de Rizzardo (2011 p. 67), é “a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador”. Segundo este autor, o nexo causal poderia ser resumido em três palavras: “o dano, a antijuridicidade e a imputação”.

Rizzardo explica que para a configuração da responsabilidade civil não é suficiente um fato ilícito. Em muitos casos o agente pode violar a lei ou agir com erro de conduta, mas acaba por não ofender direito ou trazer consequência negativa para alguém. Exemplificando, o autor apresenta uma pessoa que transgredir as leis de trânsito, porém, não traz nenhum prejuízo a terceiro com seu ato. Por outro lado, caso haja dano é necessário apurar a individualidade de seu autor causador. Dessa forma, o autor ensina que a responsabilidade se dá pela ligação entre o fato, a lesão e o causador ou autor. Essa é a chamada relação de causalidade ou vínculo causal (2011, p. 68).

Acerca do assunto:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 46).

Sendo assim, segundo Gonçalves (2011, p. 619), encontrar um critério que poderemos utilizar para chegar à conclusão de que, no concurso de várias circunstâncias, uma dentre elas é que foi o fator determinante do prejuízo, é um dos problemas mais debatidos no direito.

“É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar” (GONÇALVES, 2011, p. 619).

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007a) pontifica a importância da perícia para que se constate além do dano, a sua causa. É

imperioso, portanto, que seja feita uma análise em caráter retrospectivo a fim de identificar a época de início da ocorrência do dano.

Existem diversas teorias doutrinárias acerca do nexo causal, contudo, a maioria dos autores adota a teoria da causalidade adequada para explicar o nexo de causalidade no Direito Civil (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

De acordo com o autor, segundo essa teoria, quando diversas condições concorrem para determinado resultado, “nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”.

Cavaliere Filho leciona que é preciso se ater ao fato concreto e utilizar de bom-senso e ponderação a fim de encontrar a mais adequada entre todas as condições. Ademais:

Deverá o agente julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir seu juízo sobre a idoneidade de cada condição (2008, p. 48).

Face o exposto, ressalta-se que é necessário haver esse elo entre a conduta do agente e o dano causado, chamado nexo de causalidade.

#### **2.1.4 Dano**

Carlos Roberto Gonçalves (2011 p. 628) cita Agostinho Alvim para conceituar dano em sentido amplo como “lesão de qualquer bem jurídico”.

O autor explica que:

Enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma ‘diminuição do patrimônio’, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um ‘bem jurídico’, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.

Para ser indenizável, o dano deve ser certo e atual. Segundo Gonçalves, o requisito da certeza afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético, e atual é o dano que existe no momento da ação de reparabilidade, não podendo-se prever dano futuro.

O Dano é dividido em dano moral e dano patrimonial. Neste trabalho estudar-se-á apenas o dano moral.

##### **2.1.4.1 Dano moral**



Dano moral, ou não patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, é aquele que atinge a honra, a paz, a reputação, a tranquilidade de espírito e o indivíduo como ser humano, sem atingir a esfera patrimonial, os bens do indivíduo ou sua integridade física. Evidencia-se na dor, na angústia, no sofrimento, no desprestígio, no descrédito, no desequilíbrio da normalidade psíquica, na depressão, etc (RIZZARDO, 2011, p. 232).

Rizzardo explica que “além do prejuízo patrimonial ou econômico, há o sofrimento psíquico ou moral, isto é, as dores, os sentimentos, a tristeza, a frustração, etc” (RIZZARDO, 2011, p. 232).

A indenização por dano moral é assegurada pela Constituição Federal no seu art. 5, incisos V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ademais, em várias passagens o Código Civil reconhece o ressarcimento do dano moral, por exemplo: nos artigos 948<sup>24</sup>, 949<sup>25</sup>, parágrafo único do art. 952<sup>26</sup> e 954<sup>27</sup> (RIZZARDO, 2011, p. 231).

---

<sup>24</sup> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

<sup>25</sup> Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

<sup>26</sup> Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

Acerca da comprovação do dano moral, Cavalieri Filho ensina que não é necessário prová-lo, pois ele está inserido na própria ofensa:

Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 86).

Desta forma, extrai-se do excerto que o autor em comento não vê ser necessária a presença de laudos psicológicos auferindo a gravidade do dano ao lesado.

### 2.1.5 Lesão a um bem jurídico protegido

Esse pressuposto, apontado por Noronha, justifica-se pelo fato de que não é qualquer conduta que venha a causar danos que acarreta reparação civil. É necessário, para tanto, que o dano advenha de lesão de um bem protegido pelo ordenamento jurídico, isto é, que tenha cabimento no âmbito de proteção, ou escopo, da norma violada:

Será o exame da norma jurídica violada, será sua *ratio legis* que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger. A ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela norma. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na teoria, do escopo da norma violada, ou da relatividade aquiliana.

Sendo assim, para que se possa falar em reparação civil por determinado dano, deve haver ao menos uma norma que tutele determinado bem ou direito. Pode haver normas que tutele apenas danos morais ou apenas materiais. Ademais, uma norma pode proteger apenas determinadas pessoas. A teoria do escopo da norma trata desta delimitação.

---

<sup>27</sup> Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Tendo em vista os pressupostos da responsabilidade civil, passa-se ao estudo do caráter do dano moral e de como se dá a sua valoração para que, finalmente, analise-se os conceitos na hipótese do abandono afetivo.

## 2.2 Caráter do dano moral e sua quantificação

Rizzardo adota o posicionamento de que no dano moral não há o ressarcimento ou a indenização, e sim a reparação:

O valor que se paga tem o caráter de satisfação, de reparação, justamente porque é desnecessária a prova do prejuízo, de desfalque patrimonial. Talvez admissível o prejuízo moral, a perda de sentimentos ou sensação de bem-estar, de alegria, de autoestima, advindo a dor, a lágrima, a frustração (RIZZARDO, 2011, p. 237).

Entretanto, a reparação por dano moral para o autor (2011, p. 237), revela caráter punitivo e ressarcitório. O caráter punitivo existe no sentido de que o causador do dano seja castigado pela ofensa que praticou. O caráter ressarcitório visa proporcionar à vítima prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Para Gonçalves, “indenizar” significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo* anterior, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como isto não é possível na maioria dos casos, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária (2011, p. 628).

A doutrina é controversa a respeito da natureza jurídica da reparação do dano moral. Gonçalves (2011, p. 670), no entanto, concorda com Rizzardo (2011, p. 237) ao falar em caráter compensatório – equivalente ao ressarcitório - e punitivo:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Tem-se entendido, hoje, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem (GONÇALVES, 2011, p. 657).

Noronha (2010, p. 460), entretanto, apresenta três funções da responsabilidade civil que podem ser aplicáveis ao dano moral: a função reparatória

- equivalente à compensatória ou ressarcitória e até mesmo indenizatória dos outros doutrinadores -, a sancionatória – equivalente à punitiva dos outros autores - e a preventiva ou dissuasora.

Quanto à função reparatória no dano moral, o autor ensina que a finalidade é a de minorar o sofrimento infligido ou de compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem (NORONHA, 2010, p. 460).

A função sancionatória de Noronha é característica da responsabilidade criminal e atua de três formas. Primeiramente, tem finalidade retributiva, porquanto visa retribuir o ilícito com a imposição de um castigo proporcional ao infrator. A segunda forma de atuação é a prevenção geral, pois visa dissuadir outras pessoas da prática de atos similares. E, por fim, a terceira forma de atuação é a prevenção especial no que tange à prática de novos crimes pelo próprio criminoso em questão (NORONHA, 2010, p. 461).

Por último, a função preventiva, na classificação de Noronha, tem cunho educativo, pois visa coibir comportamentos danosos (2010, p. 464).

Analisadas as possíveis funções do dano moral, passa-se ao exame da dificuldade de valoração.

É pacífico entre os autores a dificuldade de se estabelecer um critério seguro para valorar o montante justo e coerente no dano moral. Rizzardo (2011, p. 233) aponta que não é possível fundar-se na intensidade ou qualidade da dor.

Sendo assim, Rizzardo leciona sobre os vários critérios que devem ser levados em consideração na valoração:

Domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato. Devem ponderar, ainda, as situações especiais que envolvem o caso, e assim a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a posição social das partes, a condição econômica dos envolvidos, a vida pregressa da pessoa que tem o título protestado ou o nome negativado (RIZZARDO, 2011, p. 247).

Ademais, o autor discorre sobre a finalidade da compensação de auxiliar a pessoa lesada no sentido de ter uma motivação para superar os fatos ocorridos:

Na verdade, a reparação não passa de uma compensação que se faz em face da dor, da tristeza, do sentimento de ausência, do vexame sofrido, da humilhação, do descrédito resultante de informes inverídicos divulgados, do abalo do ânimo que determinados fatos trazem às pessoas. Não existe um *minus* patrimonial, mas a sensação da credibilidade, o abalo da disposição, e outros estados anímicos, que se procura não afastar, nem substituir, e sim

colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência ou sensação, para que se desfaça a situação criada ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível. (RIZZARDO, 2011, p. 254).

Ressalte-se, entretanto, que o grande problema consiste no fato de não existir uma regulamentação específica, ou um critério que imponha tarifas, montantes, valores. Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não é necessário que a parte faça o pedido especificando a quantia:

Processo civil. Danos morais. Os danos morais são arbitrados pelo juiz segundo as circunstâncias do caso concreto, e por isso a petição inicial da respectiva ação de indenização não precisa quantificar o pedido – até porque, se isso fosse feito, o autor corre o risco de sucumbir em parte, suportando, nessa medida, os honorários de advogado do réu com o consequente desvio de finalidade da demanda (REsp. n. 134.197/SP, da 3 Turma, j. em 07.11.2000, DJU de 18.12.2000, rel. Min. Ari Pargendler).

Sobre o valor da indenização, ensina Gonçalves:

Cabe ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente (arts. 125 e s.), dos parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias fáticas e fixar a indenização adequada aos valores em causa (GONÇALVES, 2011, p. 675).

O autor sustenta que, em casos de dano moral, o grau de culpa deve ser levado em consideração ao medir-se a indenização, inclusive como fator de atenuação:

Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor (GONÇALVES, 2011, p. 676).

Apesar de toda a dificuldade, não é justificável deixar de conceder a indenização através do argumento da impossibilidade de valorar sentimentos. Esse é o entendimento de Giselle Groeninga (2005, p. 416):

[...] a condenação pecuniária tem por um de seus fundamentos justamente o fato de recompor o dano que não é passível de reparação em espécie; além disso, várias decisões jurisprudenciais, num primeiro momento, foram razoavelmente aferida pelos magistrados a ponto de se chegar a um montante aceitável, é o caso do que ocorre, por exemplo, nas indenizações por acidente de trabalho, nas reparações que tem por objeto uma coisa de valor somente afetivo, etc...

Portanto, conclui-se que a fixação da quantia indenizatória requer prudência, pois serve para recurar o *status quo ante*, quando possível e, além disso, tem função pedagógica e compensatória. A indenização deve ser fixada não apenas

pela capacidade econômica do agente, mas também pelo vínculo entre a ação ou omissão do réu, pelo grau de culpa e pelo dano ocasionado à vítima.

### **2.3 Aplicabilidade dos pressupostos da responsabilidade civil e das características do dano moral na hipótese do abandono afetivo**

Havendo violação dos direitos da personalidade, inclusive no direito de família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral. Essa é a ideia defendida por Bernardo Castelo Branco que também cita Roberto Senise Lisboa ao ensinar que:

[...] a criança e o adolescente são sujeitos de uma proteção especial, na qual se incluiu de forma específica aquela conferida aos direitos da personalidade compreendidos, em todas as suas dimensões, estejam eles ligados aos aspectos de seu desenvolvimento moral, físico e social, resultando daí a tutela à sua integridade física, psíquica e moral, no âmbito da qual se insere também, entre outros instrumentos, o direito à reparação pelo dano extrapatrimonial. (BRANCO, 2006, p.117).

Ante todo o exposto, no que tange ao pressuposto conduta do agente, conclui-se que em relação ao abandono afetivo dos filhos, a ação ou omissão faz-se presente no comportamento e conduta adotados pelos pais que deliberadamente deixam por descumprir os deveres inerentes ao exercício do poder familiar, seja pela negligência na criação, educação e formação dos mesmos, seja por descumprimento ao direito-dever da convivência familiar.

Nesse contexto, o abandono afetivo dos filhos pode ocorrer em diversas relações familiares como em casos de pais separados, pais presentes e pais desconhecidos. Sendo assim, mister salientar que somente em alguns casos existirá o dever de reparação, devendo ser feita uma análise minuciosa de cada caso concreto.

A primeira delas, e a mais comum, é o caso de pais separados ou divorciados – ou até mesmo aqueles que nunca chegaram a se casar ou ter um relacionamento concreto –, na qual um deles, que não possui a guarda, deixa de assistir moralmente o filho. Alguns dos fatores que contribuem para o abandono são: o intuito de evitar contato com o ex-cônjuge e, em muitas situações, a constituição de um novo relacionamento amoroso e familiar.

Esses fatores, no entanto, não podem ser usados como desculpas, pois, como já visto, a convivência é um dever dos pais e deve ser buscado o melhor interesse da criança. Apesar de no ordenamento brasileiro não existir sanção expressa para o descumprimento de visita, há construção doutrinária pela configuração do crime de desobediência.

Por outro lado, existem casos em que o genitor não guardião pode se afastar para não colocar em risco a sua prole, como em casos de ser detentor de doença infectocontagiosa, alcoolismo, entre outras hipóteses.

Outrossim, existem casos em que o filho e o guardião passam a residir em local distante, impossibilitando a aproximação e contato do genitor desprovido de dinheiro para se locomover com frequência (HIRONAKA, 2007a).

Essas são situações que exemplificam a importância dos pressupostos da responsabilidade civil serem analisados em conjunto, em cada caso concreto. Se ficar constatado a impossibilidade de aproximação, após tentativas do genitor ausente, mesmo o dano estando presente, estariam os pais eximidos de culpa.

A segunda hipótese de abandono é a de pais presentes fisicamente embora não desempenhem de forma satisfatória suas funções e obrigações. É possível a sua ocorrência pois morar sob o mesmo teto não significa conviver. Como vimos no primeiro capítulo, são diversos os deveres de um pai e residir juntos muitas vezes não significa a atenção, o cuidado, o afeto e a educação que deveriam ser despendidos. Contudo, este é o de mais difícil constatação e comprovação, até mesmo porque é difícil conceber que um filho busque indenização por abandono se depende financeiramente do genitor e ainda resida no mesmo local que ele (HIRONAKA, 2007a).

A terceira situação, por fim, é a de pai que desconhece a prole. Ora, se a pessoa não sabe da sua condição de ascendente como poderia ter prestado afeto ao filho? Logo, nesse contexto não há falar em indenização, até mesmo porque não houve ruptura do vínculo afetivo que, na verdade, nunca se concretizou (HIRONAKA, 2007a).

Em relação à culpa, por sua vez, importante verificar se o abandono afetivo se deu por culpa exclusiva do genitor que está sendo acusado. Como já exemplificado, pode acontecer de o genitor detentor da guarda passar a residir com

a criança em estado distante ou até mesmo em outro país. Em uma circunstância como essa, evidente que o genitor não guardião, e não possuidor de muitos recursos, teria dificuldades de entrar em contato e se fazer presente constantemente na vida do filho. Ademais, temos o fenômeno da alienação parental<sup>28</sup>, de forma que o genitor não pode ser condenado por abandono afetivo se este foi acarretado pelo outro responsável, em detrimento da vontade e esforços da mãe ou pai ausente.

Nesse sentido, expõe a jurispiscanalista Giselle Câmara Groeninga:

[...] não é suficiente a falta de figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna (2005, p. 416).

Relativamente a este trabalho, o nexos causal seria, então, a relação entre o abandono, o dano sofrido pelo filho e a atitude causadora do genitor. Deve-se restar clara essa relação.

Uma ação de indenização por abandono interessante ocorreu no Rio Grande do Sul. No caso, a autora alegou abalo emocional pela ausência da mãe. Entretanto, a ação foi movida em face da tia, visto que foi criada por ela, quem constava indevidamente como mãe na certidão de nascimento. Na decisão, já em apelação cível, restou assinalado:

No caso em exame está bem claro, pela própria narrativa dos constantes na peça exordial, a ré não praticou a violação a direito algum da parte autora. E a eventual falta de atenção da mãe em relação à filha, que foi referida na exordial, decorreu claramente do fato de não ser a recorrida a sua mãe biológica, mas apenas tia, conforme restou cabalmente comprovado através do exame de DNA [...].

E se a autora sofreu com o abandono noticiado, é preciso ter em mira que, quem a abandonou, foi a sua própria mãe, que a entregou para que outra pessoa a criasse, e não a recorrida, que é sua tia e que indevidamente constou como sua mãe na certidão de nascimento, pois não foi ela quem procedeu o registro. (Apelação Cível n. 70035087097, de Caxias do Sul – RS. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. J. em 14.09.2011).

---

<sup>28</sup> Alienação parental, Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 418), é “uma ‘lavagem cerebral’ feita pelo genitor alienador no filho, de modo a denegrir a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando à nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado”.



Sendo assim, este é um exemplo de ação que não prosperou tendo em vista não preencher o requisito do nexu causal, pois o dano sofrido pela vítima não foi ocasionado pelo abandono perpetrado pela tia. Embora os princípios da solidariedade, da afetividade familiar e da dignidade da pessoa humana pudessem abarcar também a responsabilidade da tia pela criação da menina, o legislador colocou o cuidado, a educação e a convivência como dever dos pais e, portanto, os magistrados entenderam que não ocorreu ato ilícito.

Quanto à comprovação do dano à luz do abandono afetivo, pode ser aferido por laudos psicológicos e psiquiátricos, na medida em que determinará o tamanho do comprometimento psicológico e físico da criança e do adolescente causado pela ausência de um dos genitores.

No seu artigo sobre abandono afetivo no Brasil e na Argentina, Ionete de Magalhães Souza (2011) aborda que:

As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: psicólogos, assistentes sociais, entre outros; prova documental, como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do juiz competente.

Contudo, há os que defendam a desnecessidade de prova pericial para constatar o dano moral por poder ser auferido por bom-senso geral, como já salientado por Cavalieri Filho em sessão anterior.

A privação de um dos pais acarreta privação da própria história, de sua cultura e de seus valores. Ademais, segundo Rizzardo, gera uma grande carga de carências e frustrações de ordem emotiva, sentimental e afetiva:

É direito dos filhos, e impõem-se por reclamo da natureza humana, a convivência com o pai e a mãe. Não interessa a separação destes últimos, ou a completa incompatibilidade de um em relação ao outro. 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 seu desenvolvimento, participando das necessidades que lhes são inerentes, e dispensando a afetividade, o carinho, o desvelo, a amizade e a autoridade que tanto necessitam para o sadio e normal crescimento (2011p. 688).

Ainda, segundo o autor, o direito à reparação por abandono pode ser comparado ao direito de um filho de ser reparado, face à sensação de ausência, pela morte de um pai:

Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas

de medo e outras afecções. Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade (2011, p. 688).

O último pressuposto a ser analisado é a lesão a um bem juridicamente protegido e tal restou comprovado no primeiro capítulo deste trabalho. Tanto a Constituição Federal, como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais convenções e leis esparsas garantem direitos aos filhos menores de idade, dentre os quais inclui-se a convivência familiar, o afeto, o direito a educação, entre tantos outros já abordados.

Ainda, Claudia Maria da Silva, ao analisar o artigo 98, parágrafo II, do ECA<sup>29</sup>, conclui que quando um ato comissivo do pai ou responsável causa danos ao desenvolvimento do filho; ou uma omissão, negligente, viola dever legal, inexecuta comportamento exigido pelo legislador para o bem-estar do filho; ou ainda um abuso de direito propriamente dito ocorre, deve-se aplicar medidas de proteção à criança e ao adolescente.

No que tange ao caráter do dano moral estudado na seção anterior – punitivo, educativo e ressarcitório -, Bernardo Castelo Branco defende a ideia de que a indenização por danos morais em relação à filiação, como fator de proteção à dignidade da pessoa, não visa ao enriquecimento, mas ao elemento educativo e preventivo, não funcionando por fim como elemento capaz de promover a desestruturação da instituição familiar:

A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial e, benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo. (BRANCO, 2006, p.116)

No mesmo sentido, dissertando sobre a indenização dos danos morais na investigatória de paternidade, assinala Rolf Madaleno que:

a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da

---

<sup>29</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

ofensa, mas, sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular aos demais integrantes da comunidade [...] a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.

Quer-se a recomposição dos danos causados pelos distúrbios de ordem psicológica causados a um indivíduo que não se desenvolveu plenamente por decisão voluntária de seu genitor, que ao se furtar do seu dever institucional no bojo de uma entidade familiar, encontrava-se consciente de que estava deixando de contribuir para a formação e educação do seu filho.

A doutrina contrária à indenização por abandono afetivo argumenta que não se pode dar preço ao amor. Acerca do assunto, Claudia Maria da Silva rebate:

Não se trata, pois, de 'dar preço ao amor'- como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave (2004, p.141).

Em relação às críticas acaloradas feitas a este tema, no que concerne a monetarização do afeto, Bernardo Castelo Branco (2006, p.120) assevera que:

Não se propugna a aplicação da responsabilidade civil a tais relações, como uma fonte para obtenção de vantagens econômicas por parte do lesado, o que somente contribuiria para a efetiva desagregação da família, porquanto seria inconcebível que a instituição familiar ficasse resumida a vínculos puramente patrimoniais. O que se busca, ao contrário, é uma análise mais profunda, a partir da ordem normativa já existente, relativamente aos mecanismos capazes de coibir os abusos ordinariamente praticados por aqueles que, cientes da falta de qualquer sanção, violam sistematicamente os direitos fundamentais de pessoas que, muitas vezes, deles deveriam receber a devida proteção.

De acordo com o art. 944 do Código Civil, a fixação da indenização deve ser de acordo com a extensão do dano. Portanto, deve-se utilizar os seguintes critérios: as condições socioeconômicas do genitor causador do dano; a gravidade do dano; e a condição do filho. O grande problema apontado pela jurisprudência funda-se na impossibilidade de basear-se na intensidade ou qualidade da dor

A matéria ainda é nova e somente nos últimos anos começaram a aparecer demandas judiciais dessa natureza. Em um primeiro momento os julgados posicionavam-se contrários, quase que na totalidade. Entretanto, nos últimos anos passaram a surgir entendimentos divergentes, desta vez favoráveis à tese de reparação por abandono afetivo, os quais vêm se firmando.

### **3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS PELO ABANDONO AFETIVO: PROPOSIÇÕES PARA O FUTURO DA PARENTALIDADE**

Este capítulo tratará, primeiramente, da análise de jurisprudências de diversos tribunais do Brasil, acerca do abandono afetivo.

Ressalta-se que a grande maioria de decisões a respeito filia-se à corrente contrária à possibilidade de indenização, ou por entender que não há ato ilícito, ou por entender que a medida adequada a ser adota é a destituição familiar, ou ainda, pela impossibilidade de obrigar alguém a amar e de valorar esse amor.

Contudo, esse posicionamento vem mudando. Em 2012 tivemos o primeiro julgado favorável pelo Superior Tribunal de Justiça e é crescente o número de filhos que já tiveram reconhecidos seus direitos à indenização por abandono materno-paterno em instâncias inferiores.

Destarte, buscou-se selecionar julgados favoráveis, pelo menos em parte, dos principais tribunais do país, com a finalidade de exemplificar a discussão sobre o assunto.

Nas seções seguintes tratar-se-á de dois projetos de lei, um proposto na Câmara e outro no Senado, ambos visando legislar sobre o abandono afetivo e em fases de aprovação.

Dessa forma, acredita-se que em um futuro próximo a questão restará consolidada e a dúvida acerca da possibilidade de indenização ater-se-á às peculiaridades de cada caso concreto, não mais podendo-se falar em impossibilidade de dano moral nas questões de filiação.

#### **3.1 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de indenização moral por abandono afetivo dos filhos menores e evolução jurisprudencial**

Em 22 de novembro de 2005 o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela primeira vez um recurso a tratar de indenização moral a um filho que teria sofrido abandono afetivo pelo pai.

Na ocasião, a questão era extremamente nova e, além da ação em tela oriunda de Minas Gerais, havia ocorrido apenas outras duas, uma do Rio Grande do Sul e outra de São Paulo, as quais não chegaram às instâncias superiores.

Extrai-se do voto do Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves, relator, um resumo destas duas primeiras ações:

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa-RS foi julgada procedente, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve atuação no caso entendeu que “*não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor*”, salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31 Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, “a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”(Recurso Especial n. 757.411 – MG – grifo no original).

O relator, em seu voto, explicou que a questão é polêmica e que o que entendemos como dano se altera diariamente com a dinâmica social. Assim, aquilo que consideramos como inerente à existência humana hoje, amanhã pode ser transferido ao autor do fato: “situações anteriormente tidas como fatos da vida, hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa”.

Entretanto, o Ministro Fernando Gonçalves conclui que caso o pai fosse condenado a pagar a indenização, pai e filho jamais encontrariam ambiente para reconstruir o relacionamento, que restaria ainda mais abalado. Ademais, o deferimento do pedido não atenderia o objetivo de reparação financeira, pois esta já é alcançada pela pensão alimentícia e tampouco alcançaria o efeito punitivo e dissuasório, já previsto pela perda do poder familiar, nos casos de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação. Dessa forma, afastou a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.

Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Cesar Asfor Rocha e Jorge Scartezzinni acompanharam o voto do relator e reconheceram o recurso. O primeiro, entendendo que esta questão resolve-se no direito de família exclusivamente. E o segundo, que o direito de família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes a outras ramificações:

Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidade materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações.

O Ministro Cesar Asfor Rocha ressaltou, ainda, o repúdio em quantificar o preço do amor, ou seja, na dificuldade de valoração que o dano afetivo acarreta.

O único voto contrário foi do Ministro Barros Monteiro, que entendeu como conduta ilícita a do genitor recorrente que ao lado de assistência material, “tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto”.

Outro ponto acertadamente mencionado foi que a destituição do poder familiar não interfere na indenização por dano moral, as duas podem ser aplicadas concomitantemente. Contudo, se o abandono moral dá ensejo à destituição, não representa reconhecimento expresso do legislador da prática de ato ilícito?

Posteriormente, em agosto de 2007, a sétima câmara civil do Tribunal do Rio Grande do Sul julgou apelação cível n. 70019263409, acerca do assunto. A demanda tratava de um filho que buscava indenização por abandono afetivo do pai após ação investigatória de paternidade julgada procedente, com base em exame de DNA.

O Des. Luiz Felipe Brasil Santos relatou que esta situação era bem diferente da que originou o precedente de Minas Gerais, analisada anteriormente. Isso porque aquela tratava de relação entre pai e filho que existiu durante seis anos, tendo o abandono ocorrido somente após a separação dos genitores e causando, portanto, indubitavelmente danos de ordem psicológica ao filho.

O relator afirma que neste processo em questão a situação é diversa pois como o filho teria sido gerado em uma relação eventual, a certeza da paternidade não foi favorecida e que este tumulto no início da relação entre pai e filho não poderia ser atribuído somente ao pai. Argumentou, ademais, que uma relação é

construída ao longo do tempo. Caberia ao menino buscar a aproximação com o pai e à genitora estimular e apoiar o filho, viabilizando e favorecendo encontros.

O Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves acompanhou o relator, contudo, a decisão não foi unânime.

A Des. Maria Berenice Dias assinalou que a sentença era cruel e não poderia receber a chancela do judiciário. Assinalou que a assertiva do pai é de que ele possui uma família constituída e dois filhos, e é difícil apanhar o filho extraconjugal e introduzi-lo normalmente ao convívio da sua família, sem causar traumas e sérios conflitos entre os membros dessa família. Ademais, o requerido alega que dá a possível atenção ao autor e que “quando ocasionalmente o encontra, sempre olha para o menino e o cumprimenta”:

[...]Está mais do que comprovado, que a carência do convívio com um dos genitores traz seqüelas significativas para o desenvolvimento normal de uma criança. O autor não está buscando o afeto do pai, não lhe está cobrando a falta de atenção. Está buscando reparação pelo abandono em face da carência afetiva, o que lhe gera danos, conseqüências para o seu pleno desenvolvimento. O filho não pode ser culpabilizado pela aventura amorosa de seu pai, que, de uma maneira irresponsável, simplesmente abandona o filho, e, mesmo com exame de paternidade com 99,99%, diz que dá atenção ao filho quando o encontra na rua e o cumprimenta.

Ainda, a Des. Maria Berenice faz uma comparação com a ação de Minas Gerais:

O paradigma é o caso de Belo Horizonte, mas naquele caso o pai conviveu com o filho e o abandonou. Ao menos o filho detinha a posse de *status* de filho. Nestes autos a situação é muito pior, porque, reconhecida a paternidade, o pai limita-se a pagar alimentos. É só isso que a Justiça lhe exige. Referenda a assertiva de que sua postura está correta, pois conviver com o filho iria atrapalhar a vida do pai. A justiça está reconhecendo que é assim que ele tem que agir, que ele não tem responsabilidade nenhuma para com o filho.

Por fim, a presidente vencida conclui que essa decisão é uma afronta ao Código Civil, que impõe ao pai o dever de guarda e de convívio, além do de sustento. E ainda, que há inconstitucionalidade no que tange ao tratamento desigual entre os filhos.

No mesmo ano, a oitava câmara civil também do Tribunal do Rio Grande do Sul, julgou a apelação cível n. 70021427695, a qual analisar-se-á somente o que tange ao dano moral.

Do voto do Des. Claudir Fidélis Faccenda, relator, extrai-se que:

É perfeitamente possível o filho buscar reparação pecuniária do pai por danos morais, em casos onde há a efetiva comprovação de que houve negativa de amparo afetivo, moral e psicológico de que toda criança necessita. A violação dos direitos à personalidade do filho, como a honra, a imagem, dignidade e a reputação social, é passível de reparação no âmbito da responsabilização civil e assegurada pela Constituição Federal (art. 5, inc. X).

Na sequência, o relator assinala dispositivos legais que evidenciam a existência de um dever paterno de prestar cuidado, trabalhados no capítulo 1 deste trabalho, tais como: o artigo 7.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança; o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal; os artigos 19 e 22 do Estatuto da Criança e do adolescente; e os artigos 1.566, 1.583, 1.584, 1.586 e 1.590 do Código Civil.

O relator, prudentemente, afirma que, em tese, é viável a contemplação do dano moral no âmbito das relações familiares, devendo a jurisprudência, entretanto, agir com extrema cautela, evitando assim gerar uma monetarização das relações afetivas:

É preciso ter em mente que a responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva, somente surgindo o dever de indenizar quando evidenciado o agir com dolo ou culpa, restando caracterizada a ilicitude da conduta, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido.

O Des. Faccenda opta por transcrever diversas partes da sentença de primeiro grau prolatadas pelo magistrado Eduardo Furian Pontes, da qual extrai-se:

Seja como for, embora sentimento moral e humanitário, a falta de amor ou de afeto, não pode e não deve ser considerado ato ilícito, fugindo à seara do direito positivo. É simplesmente sentimento.

No entanto, existem deveres e direitos que resultam do vínculo familiar que podem ser cobrados independentemente do sentimento - que deveria estar presente sempre, porém não pode ser exigido judicialmente, pois o direito apenas é um degrau para chegar-se mais perto do mundo ideal - dever ser - mas há espaços inalcançáveis.

Ademais, o magistrado prossegue fundamentando suas decisões nos seguintes dispositivos: art. 1.634, incisos I e II do Código Civil; artigos 3, 4 e 5 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Pertinente salientar que a falta de afeto ou amor não servem de supedâneo à condenação paterna ao pagamento de indenização ao filho, mas, sim, o ato ilícito descrito nos próprios textos legais.

Isto posto, ressalte-se que a decisão foi favorável ao abandono afetivo com o consentimento do Des. Rui Portanova, presidente. No entanto, o Des. José Ataídes Siqueira Trindade expôs voto divergente.

Portanova argumentou que se filia a corrente de que não basta o pressuposto da “ação ou omissão” para levar à responsabilização do seu autor.



Acredita o desembargador que devem estar presentes também os outros pressupostos: dano, relação de causalidade e culpa.

Dessa forma, face à complexidade da aferição do que seria o afeto indispensável na relação entre pais e filhos, Portanova fundamenta que é necessária a atuação de psicólogos ou psiquiatras a fim de avaliar o grau de dano sofrido pela criança e o tipo de tratamento adequado. O dano teria que restar provado:

Enfrentado o caso concreto em julgamento, verifica-se que o alegado dano, que não decorre pura e simplesmente da omissão de afeto por parte do pai/réu em relação ao filho/autor, não restou demonstrado nos autos. [...] Retira-se do conjunto dos depoimentos das testemunhas somente alguma carência pela ausência do pai [...]. Entretanto, tal apreensão não caracteriza dano, porque o que efetivamente deveria restar provado nos autos, é o concreto sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai e se isso atingiu a *psique* do autor, causando danos na formação da sua personalidade. E tal não restou minimamente demonstrado nos autos. Portanto, outro caminho não resta senão o de reformar a sentença para julgar improcedente a da ação.

Ainda no ano de 2007, o tribunal do Rio de Janeiro também decidiu favoravelmente pela indenização por abandono afetivo, nos autos de apelação n. 2007.001.45918.

Em seu voto, o desembargador Werson Rêgo argumentou que há casos em que o abandono moral em relação à saúde, educação e bem-estar dos filhos importa nítida violação de atributos das personalidades das crianças, sobretudo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana:

Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar ao filho - o que, por si, já não seria natural -, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais. Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descarta de seu dever de criar e de educar seus filhos, do de tê-los em sua companhia e guarda, do de assisti-los, quando tenha condições para fazê-lo, deve, sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoas.

Sua decisão é fundamentada nos artigos 1.634 e 1.638 do Código Civil de 2002 e nos artigos 22 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Voto contrário, por sua vez, foi adotado pelo Des. Relator Mario Assis Gonçalves. Sustenta o relator, baseado na decisão proferida pelo STJ em 2005, que “o abandono do apelado em relação ao apelante só poderia resultar na obrigação de prestar alimentos ou na destituição do poder familiar, o que não se pretende com a presente ação”.

Ademais, entende o desembargador que o abandono afetivo não é reconhecido como dano passível de indenização, tratando-se, portanto, matéria atinente ao direito de família:

Assim, nas relações de pais e filhos resolve-se sempre no campo do Direito de Família. Há previsão legal do abandono moral dos pais em relação aos filhos. É sabença de todos que os pais têm a obrigação de criar e educar os seus filhos, bem como em tê-los em sua guarda. Não ocorrendo uma obrigação será proposta uma ação de alimentos ou uma ação de destituição do pátrio poder, atualmente, pátrio familiar. O abandono afetivo não se caracteriza um ato ilícito, pois a legislação prevê institutos específicos, o que leva a crer o art. 159 do Código Civil de 1916 não se aplica no caso vertente, não se reconhecendo o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça também já julgou procedente ação envolvendo dano moral por abandono do filho pelo pai.

Extrai-se da ementa:

**O pai que se omite em cuidar do filho, abandonando-o, ofende a integridade psicossomática deste, acarretando ilícito ensejador de reparação moral.**

**O sofrimento do filho abandonado pelo pai gera à figura materna daquele danos morais, principalmente quando a consequência desse sofrer é decisiva na formação da personalidade como um todo unitário (grifo no original).**

No julgamento, o abandono do filho foi entendido como configurado:

Ora, é evidente o abandono afetivo do requerido em relação ao filho, não podendo ser desprezados os reflexos negativos decorrentes, mormente se considerado que o menor, com o curso da ação investigatória, estava em vias de ingressar em sua adolescência, período biopsicológico que acarretaria conseqüências negativas para o resto de sua vida pela reiterada ausência paterna do seu meio sócio-familiar.

Assim, o filho da requerente viu desmoronar sua família, através da extinção simbólica do pai como uma das figuras indispensáveis em seu mundo.

Entretanto, na ação em tela a mãe ajuizou a ação em nome próprio, pleiteando a reparação pelos abalos que ela, como genitora do menor, teve que suportar ao acompanhar o sofrimento do filho abandonado. E, sendo assim, teve seu pleito atendido:

Não se pode negar que, mesmo que de forma reflexa, é intenso o sofrimento de uma mãe pelo abandono afetivo do filho, tendo a requerente acompanhado sozinha a angústia do menor que estava entrando na fase da adolescência, época em que a base familiar tem importante papel para a configuração dos traços de personalidade.

A preocupação que já é inerente à condição de mãe, mesmo quando a vida do filho segue o seu curso normal, ganha força quando se tem conhecimento do mal que a ele está sendo ocasionado, mormente quando a causa deste sofrimento pode ser decisiva para a sua entrada na vida adulta como um indivíduo seguro e responsável.

Ademais, não se pode olvidar que o abandono do menor pelo requerido figurou após a interposição da ação investigatória de paternidade pela requerente, ação que perdurou por treze anos.

Desse modo, não há como não reconhecer que tal ato afetou a dignidade da própria mãe, pois esta, visando melhor sorte para o seu filho, ingressou com a via judicial adequada para assegurar-lhe os direitos que estavam sendo negligenciados pelo requerido e, contrariamente à sua pretensão, acabou por distanciá-lo ainda mais do pai, tendo que amargurar injustamente uma certa responsabilidade pelo sofrimento do menor.

Por fim, a Segunda Câmara de Direito Cível de Santa Catarina, entendeu que o ato omissivo praticado pelo pai caracterizou ofensa não apenas à dignidade do filho, mas também à dignidade da mãe, afrontando princípios éticos e morais regentes das relações familiares, razões pelas quais se imputou ao réu a responsabilidade civil pelos danos morais enfrentados pela autora e decorrentes do abandono afetivo do menor.

No Tribunal do Paraná, em 2011, foram propostos embargos infringentes n. 576938-4, visando ver prevalecido o voto do Juiz Substituto de Segundo Grau Dr. Albino Jacomel Guérios que, em grau recursal, manifestou-se favoravelmente à indenização nos caso em tela.

A demanda havia sido julgada procedente em primeiro grau, e o pai condenado a pagar o equivalente a 30 salários mínimos à filha.

O acórdão n. 22564, entretanto, reformou a sentença com o entendimento de que o abandono afetivo é incapaz de reparação pecuniária.

O desembargador Guérios, no seu voto vencido, entendia que o dano moral sofrido pelo autor era inequívoco.

Finalmente, os embargos foram julgados procedentes, tendo em vista que “a rejeição afetiva de um pai para com o filho afeta a auto estima deste, causando-lhe evidentes transtornos comportamentais, o que pode ser visto como atitude que agride o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana [...]”.

No que tange a necessidade de prova por abandono, o Tribunal do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de se manifestar em 2012.

Nos autos de apelação cível n. 70046666822, ocorreu que o fundamento para improcedência do pedido no primeiro grau foi a ausência de prova do fato constitutivo do direito do autor. Contudo, havia pedido de realização de prova

pericial, o qual não foi apreciado. Sendo assim, a oitava câmara cível do Rio Grande do Sul deu provimento unânime com base no cerceamento da defesa:

Como o dano moral decorrente de abandono afetivo não prescinde da referida prova, a extinção do processo, notadamente com um decreto de improcedência, sem que tenha sido oportunizada referida prova, se afigura prematura e configura cerceamento de defesa, impondo a desconstituição da sentença e a reabertura da instrução para realização da prova postulada.

O Tribunal de Justiça do estado do Paraná também já prolatou decisões favoráveis à indenização por abandono, como o fez no processo n. 768524-9.

O processo havia sido julgado improcedente na primeira instância sob o argumento de que o abandono afetivo não caracteriza ato ilícito e de que “não cabe ao judiciário obrigar uma pessoa a possuir sentimentos de afeto, amor, carinho e atenção com outra pessoa, independentemente do vínculo biológico de parentesco [...]”.

O relator da apelação, no entanto, entendeu que o desprezo do pai por uma filha, desde sua tenra idade, fere claramente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Os demais desembargadores acompanharam seu voto.

Desta forma, o recurso foi provido e o pai condenado a pagar a quantia de cinco mil reais por abandono afetivo.

Finalmente, precedente de grande importância adveio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2012. O recurso especial n. 1.159.242, oriundo do acórdão 2009/0193701-9 de São Paulo, foi julgado parcialmente procedente e um pai condenado a pagar duzentos mil reais pelo abandono da filha.

Do voto da Min. Nancy Andrighi, relatora, o qual foi acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, extrai-se posições esclarecedoras.

Em relação à possibilidade de ser aplicada a responsabilidade civil nas relações familiares, principalmente o que tange ao dano moral, a Terceira Turma do STJ, por maioria, decidiu que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”.

Ressalte-se que, em voto-vista, o Ministro Paulo de Tarso apontou que “o reconhecimento do dano moral em matéria de direito de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares”.

O Ministro prossegue, contudo, afirmando que a doutrina é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais pode ocasionar danos morais, que devem ser reparados e que seu entendimento, portanto, é de que apenas o abandono “completo e notório” do filho tem a possibilidade de gerar a responsabilidade civil dos pais.

No que tange a perda do poder familiar, ademais, ressaltou a relatora que apesar de comumente ser apontada como a única punição possível a ser imposta aos pais, não compensa os prejuízos sofridos pelos filhos:

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

Outrossim, a relatora fundamenta que na relação entre pais e filhos está sempre presente um vínculo biológico ou autoimposto - em casos de adoção - que emerge de ações e escolhas e, sendo assim, origina a responsabilidade de criação da prole:

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

Rebatendo a tese de que não se pode obrigar alguém a amar ou mensurar o amor a fim de quantificar a indenização, a relatora aponta o cuidado como valor jurídico: **“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”** (grifo no original).

Dessa forma, a tão discutida ilicitude do ato de abandono encontra-se, segundo a Min. Nancy, justamente no descumprimento do dever de cuidado:

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se o necessário dever e criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Acerca do dano e do nexo causal, o entendimento foi de que a existência de um laudo formulado por especialista que comprove uma determinada patologia psicológica e vincule isto ao descuido de um dos pais é a forma mais simples de aferição. Contudo, a possibilidade de indenização por danos morais não pode se limitar a situações como essa.

É inegável que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza advindos das omissões do pai no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e, ainda, da diferença de tratamento que ocorreu com o restante da prole, que foi privilegiada em detrimento da recorrida.

Sendo assim, a condenação por danos morais foi mantida. O montante, porém, foi reduzido, pelo entendimento de que quatrocentos e quinze mil reais - valorados pelo Tribunal de São Paulo – era excessivo no caso em tela, tendo em vista que a mãe colaborou, diversas vezes, para o afastamento do pai.

Não obstante essa recente decisão - que abriu mais espaço para a discussão do assunto, tendo em vista ter mudado o posicionamento adotado anos atrás pelos Tribunais Superiores, já existem no Congresso Nacional dois Projetos de Lei buscando solucionar este problema da falta de legislação específica sobre o abandono afetivo, em vias de aprovação.

### **3.2 Projeto de Lei n.700 de 2007**

Em 6 de dezembro de 2007, o Senador Marcelo Crivella propôs no Senado Federal o Projeto de Lei n.700 que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral dos filhos, menores de 18 anos, pelos pais, como ilícito civil e penal.

O projeto esclarece que o dever dos pais não se resume a dimensão monetária, ou seja, à pensão alimentícia. Os pais têm o dever de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos importantes, prestar-lhes apoio nos momentos difíceis e se fazerem presentes: “A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação”.

Embora a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e a Lei n. 8.069 de 1990 já contemplem a assistência moral como dever dos pais, o projeto objetiva estabelecer uma regra inequívoca de que o abandono moral é conduta ilícita e, portanto, passível de indenização, civil e penal, a fim de evitar decisões fundamentadas na tese contrária.

São lembrados compromissos internacionais ratificados pelo Brasil como a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança.

Alguns princípios da Declaração do Direito da Criança são citados para elucidar o compromisso em garantir o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade da criança, em um ambiente de amor, compreensão, afeto e segurança, sob o cuidado e responsabilidade dos pais, visando sempre o melhor interesse da criança, por exemplo:

Princípio 7: (...) **Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de** promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, **desenvolver** as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e **seu senso de responsabilidade moral e social**, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

**Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais** (grifo nosso).

No que tange à Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, ressaltou-se o seu artigo 9, que reza que os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada dos pais de manter regularmente relações pessoais e contato com eles.

O Projeto de Lei em análise acrescenta na lei a obrigação parental de prestar assistência moral aos filhos - por convívio ou visitação períodica - que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança.

Outro acréscimo na lei conceitua assistência moral como “a orienta o quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais”; “a solidariedade nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldades”; e “a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida”.

Por fim, apelou-se para uma rápida aprovação do projeto com a finalidade de superar o atual estágio de insegurança acerca do tema e, assim, caracterizar o abandono moral como conduta ilícita.

### 3.2.1 Tramitação

O PLS n. 700, esteve desde o dia 7 de dezembro de 2007 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal – CCJ, onde recebeu parecer favorável à aprovação da matéria em 28 de abril de 2010.

Algumas emendas foram realizadas nesta fase, como a alteração da expressão “abandono moral” para “abandono afetivo” e “assistência moral” para “assistência afetiva” pois a nomenclatura proposta inicialmente já é costumeiramente empregada como *nomen juris* do crime previsto no art. 247 do Código Penal.

Ademais, entendeu-se por excessiva a responsabilização penal dos pais por abandono afetivo tendo em vista que o direito penal deve ser acionado somente como *ultima ratio*.

Em 29 de abril de 2010, foi recebido pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Os Senadores Gerson Camata e Demóstenes Torres emitiram pareceres favoráveis, em 17 de dezembro de 2010 e em 2 de junho de 2011, respectivamente:

(...) apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente representar real avanço na garantia dos direitos de sua clientela, ainda faz-se necessário proteger nossas crianças e adolescentes contra o descaso afetivo, tão lesivo a sua formação.

Nesse contexto, é inegável que a responsabilidade dos pais pelos filhos não se resume exclusivamente ao dever de alimentar. Há ainda, o dever dos pais de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (Senador Gerson Camata).

Atualmente, o Projeto encontra-se pronto para pauta na comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para decisão terminativa.

### 3.3 Projeto de Lei n. 4.294 de 2008

Em 12 de novembro de 2008, o Deputado Carlos Bezerra apresentou o Projeto de Lei 4.294 ao plenário. Com o intuito de estabelecer que o abandono



afetivo sujeita pais e filhos ao pagamento de indenização por dano moral, o Projeto propõe alterações no Código Civil e no Estatuto do Idoso.

A justificação segue a linha do PLS 700 de 2007 de que as obrigações entre pais e filhos não se resumem ao auxílio material, mas também de suporte afetivo, devendo-se garantir reparação pelo dano moral experimentado pelo prejudicado:

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona – sequer nas datas mais importantes – o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

Por fim, o projeto em questão sustenta que, embora não seja possível obrigar pais e filhos a amar uns aos outros, deve-se permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

### **3.3.1 Tramitação**

A proposição foi distribuída à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Em 16 de setembro de 2010, a relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, Deputada Jô Moraes, votou pela aprovação, afirmando que o abandono provoca, sem dúvidas, comprometimento psicológico:

(...) é extremamente útil e conveniente introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral, tomado como consequência direta e imediata do abandono afetivo por familiares, para que os laços familiares sejam mais robustamente fortalecidos.

É necessário pois, conscientizar aqueles que cometem o abandono afetivo sobre o abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitarem a mesma conduta, por ser considerada grave e responsável moral e socialmente.

A Comissão de Seguridade Social e Família, em 13 de abril de 2011, aprovou unanimemente o projeto nos termos do parecer da relatora.

O Deputado Antônio Bulhões, relator designado pela Comissão de Constituição e Justiça, em 7 de março de 2012, publicou voto favorável a aprovação do Projeto:

Embora seja verdade que não se possa obrigar alguém a amar ou a manter relacionamento afetivo, ocorrem casos em que o abandono ultrapassa os limites do desinteresse e, efetivamente, causa lesões no direito da personalidade do filho, com atos de humilhações e discriminações. Nesses casos, estaria configurado o abandono afetivo gerador do direito à indenização moral.

(...)

Portanto, haverá hipóteses em que o abandono afetivo advirá a obrigação pela reparação pelo dano moral causado ao filho ou ao idoso.

Desde então, aguarda-se pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça.

## CONCLUSÃO

A família atual não é mais vista sob a ótica patriarcal do passado e hoje em dia a afetividade é valor fundamental que serve de alicerce para a convivência familiar.

Todo o sistema normativo não deixa dúvidas de que a responsabilidade dos pais para com seus filhos vai além das necessidades materiais. O abandono afetivo pode causar sérios danos psicológicos na criança e interferir no desenvolvimento da sua personalidade e de suas relações sociais.

Entretanto, muitos doutrinadores e juízes se posicionam contrários à tese de possibilidade de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo dos filhos, tendo em vista entenderem que não se pode obrigar alguém a amar, ou ainda, que obrigar um pai a ressarcir monetariamente o filho só iria atrapalhar mais ainda a relação entre eles.

Dessa forma, este trabalho buscou interpretar diversas normas no sistema jurídico, as quais têm o poder de caracterizar o abandono afetivo como conduta ilícita e ainda, examinar o caráter do dano moral para que se visualizem os benefícios que podem ocorrer como consequência dessa tentativa de reparação.

Sendo assim, o presente estudo respeitou três fases.

Na primeira, houve a tentativa de conceituar o fenômeno do abandono afetivo através de princípios aplicáveis ao direito de família e de normas que estabelecem deveres dos pais e direitos aos filhos. Assim sendo, buscou-se trazer os conceitos de dignidade humana no direito de família, além da afetividade e solidariedade familiar. Ademais, estudou-se a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio do melhor interesse da criança. O princípio da parentalidade consciente e responsável, por sua vez, aponta os deveres dos pais em relação aos filhos, dentre os quais se deu destaque ao dever de educação e de convivência familiar, ambos protegidos por diversas leis como a Constituição Federal, o Código Civil e o ECA. Por fim, o princípio da igualdade entre os filhos se insere neste quadro tendo em vista as situações inconstitucionais de desigualdades entre meios-irmãos que comumente ocorrem em casos de separação onde um dos genitores abandona os filhos do primeiro casamento.

A segunda etapa trouxe os conceitos de responsabilidade civil, tais como responsabilidade objetiva e subjetiva e seus pressupostos. Analisou-se, portanto, cada um dos pressupostos do dever de indenizar, com base na opinião de diversos doutrinadores, dando-se destaque ao dano moral e a possibilidade de sua ocorrência. Destarte, aprofundou-se o estudo sobre as características do dano moral e seu caráter: punitivo, educativo ou ressarcitório. Finalmente, na seção três deste capítulo, buscou-se fazer um relacionamento entre os dois primeiros capítulos, a fim de estudar a possibilidade da concessão de indenização por dano moral no caso do abandono afetivo e suas peculiaridades.

Na última etapa, foram analisadas decisões dos Tribunais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Paraná, além de dois Recursos Especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, uma delas oriunda de Minas Gerais e a outra de São Paulo. Desta forma, buscou-se constatar como vem evoluindo as decisões ao longo de aproximadamente sete anos e de como se posicionam os magistrados acerca do tema por todo o país.

Não resta dúvida de que a questão é controversa. Entretanto, acredita-se que estamos caminhando para o reconhecimento indubitável da possibilidade de indenização por danos morais por abandono afetivo, e que no futuro a questão a ser analisada em cada caso concreto ater-se-á apenas ao fato de estarem ou não preenchidos os requisitos necessários para responsabilização civil.

Sendo assim, finalizou-se este trabalho com dois Projetos de Leis que foram propostos, um na Câmara e outro no Senado, ambos visando alterar legislações já existentes, buscando, assim, inserir o abandono afetivo expressamente como ato ilícito. Dessa forma, visa-se afastar essa situação de insegurança jurídica existente pelo fato do abandono afetivo depender de interpretação para ser configurado como ilícito civil e reparável.

Ante o exposto, este último capítulo concluiu todo o trabalho com uma perspectiva favorável para o futuro da parentalidade, tendo em vista o importante marco que foi a mudança de entendimento demonstrada em decisão deste ano pelo Superior Tribunal de Justiça e observadas as fases de tramitação de ambos os projetos apresentados, que se encontram em vias de aprovação.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p.11-20.

\_\_\_\_\_. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 21-38.

\_\_\_\_\_. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 39-86.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade. Posse de estado de filho. Paternidade socioafetiva**. 1 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1999.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Atualizado pela Lei 12.010/2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm)>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242**, de São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 757.411**, de Minas Gerais. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.294/2008**. Dispõe sobre a indenização por dano moral ao filho e ao idoso, em razão de abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684&ord=1>>. Acesso em: 18 de junho de 2012.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei n. 700/2007**. Modifica a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 ("Estatuto da Criança e do Adolescente") para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)>. Acesso em: 18 de junho de 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade Civil dos Pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v.9, n. 50. Out/nov2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. **Revista jurídica Notadez**, São Paulo, v. 56, n. 348, p. 45-69, jun.2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

CURY, Munir (Cord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 10 ed. São Paulo:Malheiros editores, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. ver. Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Christiano Chaves De. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. **Revista IOB de direito de família**. Síntese, Porto Alegre. Ano IX, n. 48. Jun-Jul 2008.

FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: Uma questão de personalidade. **Revista da ESMape**, Recife, v.14, n. 29, p. 17-38, jan./jun.2009.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da dignidade da pessoa humana**. Leme: Editora de direito, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 416.

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. 31.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Publicado em 22 de abril de 2007a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 11 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.** Publicado em 22 de abril de 2007b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 11 de abril de 2012.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Org.). **Direito de família e das sucessões:** temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 1-20.

\_\_\_\_\_. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões,** Porto Alegre: Magister, v.5, p.6, ago/set. 2008.

LOMEU, Leandro. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. **Revista IOB de Direito de Família,** Porto Alegre, v.11, n. 57. Dez./jan.2010

MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro. **Responsabilidade civil:** o dano moral decorrente do abandono afetivo paterno. Florianópolis: Lagoa Editora, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direto Fundamental à Convivência Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p.87- 102.

\_\_\_\_\_. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 103 - 192.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARANA, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 768524-9,** de Foz do Iguaçu. Relator Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes Cíveis n. 576938-4/01**, de Londrina. Relator Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em 01 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? IN: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 575.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2001.001.45918**, da Capital. Relator Desembargador Mario Assis Gonçalves. Julgado em 30 de junho de 2009. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 7001.926340-9**, de Venâncio Aires. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 08 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível n. 7002.142769-5**, de São Gabriel. Relator Desembargador Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 29 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível n. 70046666822**, de Santa Cruz do Sul. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. 17. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2006.015053-0**, de São José. Relator Desembargador Monteiro Rocha. Julgado em 08 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n° 35, p. 53-77, junho de 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6, n.25, ago/set., 2004. p. 122

SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre : Magister; Belo horizonte: IBDFAM. V. 13 dez./jan 2010. P.93

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade responsável: análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na argentina. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v.11, n. 58. Fev./mar. 2010. P. 111



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. 10<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas. 2010. v.6.

VIEIRA, Cláudia Stein. A relação jurídico afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 47-48.