

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

FERNANDA SOARES DE SOUSA

O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PELO ABANDONO AFETIVO: O VALOR DO AMOR

SOUSA-PB

2017

FERNANDA SOARES DE SOUSA

O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PELO ABANDONO AFETIVO: O VALOR DO AMOR

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal de Campina Grande  
como requisito para a obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Msc. Admilson Leite de  
Almeida Júnior

SOUSA-PB

2017

FERNANDA SOARES DE SOUSA

O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PELO ABANDONO AFETIVO: O VALOR DO AMOR

Aprovada em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Msc. Admilson Leite de Almeida Júnior – UFCG  
Professor Orientador

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor (a)

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor (a)

## AGRADECIMENTOS

À Deus por me mostrar, através de pequenas coisas, que o combustível da vida é o sonho, e que a força para realizá-los vem Dele.

À minha mãe, por ser fonte inesgotável de amor, que com sua benignidade consegue mostrar que os momentos difíceis são necessários para se chegar cada vez mais longe na vida e mais perto de Deus.

Ao meu pai, que sempre fez/faz o impossível pela nossa família. Eu consigo enxergar em seus olhos o orgulho que ele sente ao ver minhas conquistas.

Às minhas irmãs de sangue e principalmente de coração, Flaviana e Cíntia, as quais, cada uma a seu modo, contribuíram para essa minha vitória.

Ao meu companheiro de vida, Bruno, que incansavelmente luta junto comigo todos os dias para meu crescimento pessoal, moral e profissional.

Às minhas amigas de curso, Amanda, Dâmaris, Laís e Larissa, porque sem elas eu poderia até ter chegado ao final dessa jornada, mas não teria vivido tantos bons momentos como vivi nos últimos cinco anos.

Ao meu professor e orientador, Admilson Júnior, pela presteza e atenção para com a produção deste trabalho.

Aos CCJS, por tudo que me proporcionou, pois aqui eu cresci como ser humano, estudante e profissional.

“O insucesso é apenas uma oportunidade para  
recomeçar com mais inteligência.” (Henry  
Ford)

## RESUMO

O Abandono Afetivo consiste no comportamento negligente do genitor com relação ao cumprimento dos deveres inerentes a paternidade. Hodiernamente esse tema tem despontado infindas discussões doutrinárias e jurisprudenciais ante à possibilidade da responsabilização civil, a título de dano moral, pelo rompimento afetivo. A temática encontra relevância na seara jurídica, por não ter critérios específicos a serem considerados para a fixação do valor reparatório, gerando assim insegurança jurídica. Nesta senda, o estudo tem como objetivo geral analisar os pressupostos elementares do instituto da responsabilidade civil que devem estar presentes para a fixação do *quantum* indenizatório pela prática do ilícito civil. Quanto aos objetivos específicos, à pesquisa demonstrará a importância da família para a formação e o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente, analisará a possibilidade de haver a reparação pecuniária pelo comportamento negligente do genitor e as consequências que o rompimento afetivo causa na vida do filho. O método utilizado será o dedutivo, partindo de considerações gerais, como a importância da família para a formação do filho, até se chegar a uma premissa menor, o rompimento da relação paterno-filial como fator preponderante no comprometimento do desenvolvimento da criança ou adolescente, gerando um dano moral passível de reparação pecuniária. Quanto à abordagem, esta será qualitativa, ou seja, a pesquisa não terá preocupação com numérico, mas com a análise e compreensão da realidade, utilizando-se de critérios objetivos para observar e descrever sobre o conteúdo. Quanto ao procedimento técnico, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e análise de doutrina, artigos científicos, revistas eletrônicas, jurisprudências, entendimentos de Tribunais Estaduais e do STJ. Tem-se como resultado que há a possibilidade de responsabilizar civilmente o genitor que foi omissivo aos deveres inerentes na relação paternal, baseando-se no entendimento de que a reparação não tem o condão de compensar o filho pelo afeto não recebido, mas de amenizar os danos causados, sejam de ordem moral, psicológico ou social.

**Palavras-chaves:** Família. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo

## ABSTRACT

The Affective Abandonment consists in the negligent behavior of the parent to the fulfillment of the duties inherent to paternity. Nowadays, this theme has unleashed endless doctrinal and jurisprudential discussions on the possibility of civil liability. By way of moral damages, by affective disruption . The thematic finds relevance in the legal field for not having specific criteria to be considered for fixing the reparatory value, generating legal insecurity. In this way, the objective of this study is to analyze the elementary assumptions of the civil liability institute that must be present to fix the indemnification quantum for the practice of civil unlawful. As for the specific objectives of this research, it will demonstrate the importance of the family in the formation and healthy development of the child or adolescent. Shall evaluate the possibility of pecuniary compensation for the negligent behavior of the parent, continuous act, will analyze the consequences that affective disruption causes in the child's life. The method used will be deductive, based on general considerations, such as the importance of the family for the formation of the child, until a minor premise is reached, the breakdown of the paternal-filial relationship as a preponderant factor in the commitment of the development of the child or adolescente, generating a moral damage subject to pecuniary compensation. As for the approach, this will be qualitative, so, this research will not worry about values, but with the analysis and understanding of reality, using objective criteria to observe and describe about the content. As for the technical procedure will be used bibliographical research and analysis of doctrine, scientific articles, electronic journals, jurisprudence, understandings of State Courts and the Supreme Court of Justice. As a result, there is the possibility of civilly blaming the parent who has been absent from the duties inherent in the paternal relationship, based on the understanding that reparation does not have the power to compensate the child for the affection not received, but to alleviate the damages caused, whether moral, psychological or social.

**Keywords:** Family. Civil responsibility. Affective Abandonment

## **LISTA DE ABREVIATURA E DE SIGLAS**

<b>CF-</b>	Constituição Federal
<b>CC-</b>	Código Civil
<b>ECA-</b>	Estatuto da Criança e do Adolescente
<b>STJ-</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>REsp-</b>	Recurso especial
<b>TJDFT-</b>	Tribunal de Justiça do distrito Federal e dos Territórios



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A FAMÍLIA .....</b>	<b>11</b>
2.1 BREVE DELINEAMENTO HISTÓRICO DA ESTRUTURA FAMILIAR.....	11
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	14
2.2.1 Da dignidade da pessoa humana.....	15
2.2.2 Da liberdade.....	16
2.2.3 Da igualdade e respeito à diferença.....	17
2.2.4 Da solidariedade familiar.....	18
2.2.5 Do pluralismo das entidades familiares.....	19
2.2.6 Do melhor interesse da Criança e do Adolescente .....	19
2.2.7 Da afetividade.....	20
2.3 DO PODER FAMILIAR: EVOLUÇÃO E ASPECTOS GERAIS.....	21
2.3.1 Suspensão e extinção do poder familiar .....	23
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..</b>	<b>26</b>
3.1 ORIGEM E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	26
3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	29
3.2.1 Conduta do agente .....	30
3.2.2 Culpa <i>lato sensu</i> .....	31
3.2.3 Nexo de causalidade .....	33
3.2.4 Dano .....	36
3.3 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA .....	37
<b>4 ABANDONO AFETIVO.....</b>	<b>41</b>
4.1 CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO.....	41
4.2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O ABANDONO AFETIVO .....	43
4.3 CRITÉRIOS ANALISADOS PARA A FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO .....	47
4.4 A INFLUÊNCIA DOS PAIS NO DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS .....	49
4.5 AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO.....	51
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A instituição familiar sofreu infindas alterações até ganhar seu status atual: base da sociedade e do Estado. As mudanças podem ser sentidas em aspectos como a finalidade, haja vista não mais se restringir a reprodução da espécie e na composição, que deixou de ser formada necessariamente por um homem e uma mulher, originada através do instituto do casamento religioso ou civil. Com a chegada dos novos arranjos familiares, a estrutura foi totalmente modificada. Nessa perspectiva, as transformações também atingem o poder familiar. A figura do chefe de família, que antes era exercido somente pelo homem, dá espaço à mulher, que não só deixa de ser submissa como também passa a interferir em questões pertinentes à criação da prole.

Com o advento da Carta Política de 1988 a entidade familiar foi fortalecida por Princípios Constitucionais que funcionam como viga mestre do Direito de Família, principalmente no que concerne ao tratamento igualitário à pluralidade das entidades familiares e seus membros.

Desta feita, em meio a toda essa efervescência, surge algo que antes não era condição alguma para a formação da família e hoje é preceito fundamental, responsável por toda a discussão ora apresentada: o afeto, pedra angular da entidade familiar.

Assim, no capítulo inaugural será feita uma análise sobre a Família, no qual se abordará sobre seu lineamento histórico e evolutivo, sobre os princípios constitucionais que com ela se relacionam e os aspectos do pátrio poder, destacando os casos em que haverá sua suspensão e a extinção. Objetivando demonstrar como a conjuntura familiar é importante para a formação do indivíduo, principalmente aquele que se encontra na condição de filho.

Noutro viés, seguirá o estudo fazendo uma abordagem sobre o instituto da responsabilidade civil, evidenciando seus pressupostos elementares para que haja a configuração e posterior punição do genitor negligente aos deveres inerentes a paternidade. Dentre os elementos mencionados estão, a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano que será dado ênfase ao Dano Moral e suas peculiaridades no que toca ao Direito de Família.

Ato contínuo, será feita uma discussão acerca do abandono afetivo, apresentando seu conceito e trazendo à baila controversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais pelo abandono. Finalizando com a importância dos pais na criação e desenvolvimento saudável de seus filhos e as consequências trazidas pelo rompimento da relação afetiva paterno-filial.

O estudo terá como objetivo geral analisar os pressupostos elementares do instituto da responsabilidade civil que devem estar presentes para a fixação do *quantum* indenizatório pela prática do Abandono Afetivo. Quanto aos objetivos específicos à pesquisa demonstrará a importância da família para a formação e o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente, analisará a possibilidade de haver a reparação pecuniária pelo comportamento negligente do genitor e as consequências que o rompimento afetivo causa na vida do filho.

Quanto ao método científico, será utilizado o dedutivo, haja vista tratar de considerações gerais – a importância da família na formação e desenvolvimento da criança ou adolescente – até se chegar a uma premissa menor, mais delimitada, qual seja, o rompimento do laço afetivo como fator preponderante no comprometimento do desenvolvimento do filho, ensejando um dano moral, passível de indenização. Sobre os procedimentos instrumentais a serem utilizados, o trabalho será pautado na pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrinas, artigos científicos, revistas eletrônicas, jurisprudências, entendimentos de Tribunais Estaduais e do STJ.

O referido assunto encontra relevância na atual conjuntura jurídica social não só por estar cada vez mais debatido dentro dos Tribunais e entre doutrinadores civilistas, como também por não ter critérios específicos para a fixação do valor indenizatório, assim gerando inúmeros questionamentos sobre quais os aspectos que devem ser analisados para se chegar a um valor justo ou ao menos razoável para a vítima, sem adentrar no campo do enriquecimento ilícito ou fazer com que o *quantum* se torne um valor simbólico diante dos danos causados.

## 2 A FAMÍLIA

O legislador constituinte deu fiel importância ao instituto familiar por meio do art. 226 da Constituição Federal de 1988, aclamando a família como a base de toda estrutura social e merecedora da proteção Estatal. A relevância dessa proteção diferenciada se dá pelo fato da família ser o primeiro grupo social do qual o indivíduo faz parte e ser a responsável pelos primeiros ensinamentos sobre valores morais e éticos para formação do ser humano.

### 2.1 BREVE DELINEAMENTO HISTÓRICO DA ESTRUTURA FAMILIAR

A formação e extensão da família passou por intensas alterações até chegar a sua atual compreensão: o núcleo fundamental da sociedade. Não há como pensar em sociedade sem instituição familiar e foi justamente por essa razão que o legislador constituinte, no art. 226 da CF, deu especial atenção a esse instituto.

Os primeiros agrupamentos de pessoas, com características de organização social, revelavam a intenção de preservar e multiplicar a espécie, além de buscar proteção e cuidado dos bens que dispunham. Eram pessoas ligadas por interesses comuns: a procriação, a integridade física e a defesa dos alimentos, seus membros representavam força de trabalho (DIAS, 2015).

Características desses agrupamentos podem ser sentidas através dos escritos de Philippe Ariés (1978) *apud* Dill e Calderan (2011, p. 10):

Essa família antiga tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.

Assim, conforme a lição, percebe-se que a família não carregava em si um caráter afetivo; pelo contrário, isso era algo que não importava para sua formação, o que preexistia era o simples e puro interesse de proteção.

De acordo com os ensinamentos de Dias (2015), o desenvolvimento da família ensejava organização estrutural, um perfil hierarquizado, no qual o papel principal era desempenhado por um ancestral comum, conhecido como patriarca. Os demais integrantes – a mulher, os filhos e os escravos – viviam sob sua liderança, assumiam funções e responsabilidades em busca da sobrevivência.

Em Roma, o dirigente do culto familiar recebia o nome de *pater*<sup>1</sup> e era o responsável por todos os membros. O único objetivo da família era a perpetuação do culto aos seus antepassados, sob pena de caírem em desgraça (VENOSA, 2014).

Desse modo, é notório que a atual compreensão sobre família presente no ordenamento jurídico brasileiro foi herança do Direito Romano. Foi a partir dele que se deu o desenvolvimento dos institutos familiares contemporâneos, a figura do *pater*, o poder que ele tinha dentro do grupo familiar e a forte influência que desempenhava sobre toda a prole.

Além da ingerência do Direito Romano, na Idade Média, houve outra forte influência na estruturação familiar: o Direito Canônico. Agora, Igreja e Estado se confundem, porque as normas passaram a ter um cunho eminentemente religioso. Para o Estado, o vínculo familiar que não adviesse do casamento civil ou religioso, não produziria qualquer efeito, seja pessoal ou patrimonial.

O casamento religioso surge como o novo paradigma para a formação da família, inserido em um contexto sacralizado, onde a união do homem e da mulher passa a ser não só um acordo de vontades, mas um instituto intocável, fundado na religiosidade e moralidade. E os frutos dessa união eram somente os filhos nascidos em sua constância, sendo vedado o reconhecimento daqueles advindos do adultério. Nesse sentido, Venosa (2014, p. 4) descreve que “as uniões livres não possuíam o *status*<sup>2</sup> de casamento, embora se lhes atribuísse certo reconhecimento jurídico. O Cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento [...]”.

Como dito alhures, na legislação pátria, o instituto familiar se desenvolveu sob o enfoque do direito romano e do direito canônico, todavia, em passos lentos fora se moldando à realidade social.

Essas mudanças puderam ser sentidas durante a Revolução Industrial, momento em que a família deixou de ser abalizada somente como unidade de produção e reprodução. A mulher ingressou no mercado de trabalho e o homem passou a ser visto não mais como a única fonte de subsistência da família.

---

<sup>1</sup> *Pater*- Pai [tradução livre].

<sup>2</sup> *Status*- significa a posição social de um indivíduo, o lugar que ele ocupa na sociedade[ tradução livre].

Nessa esteira acrescenta Dias (2015, p. 30):

A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.

No tocante a convivência entre os membros da família, o afeto começou a ganhar espaço, às relações passaram a ser ligada por um viés de sentimento, que antes não era condição alguma para sua formação.

Esta forma de enxergar o afeto como condição desnecessária para a formação do núcleo familiar estava enraizada na legislação da época. De acordo com o doutrinador civilista Tartuce (2016), o próprio Código Civil de 1916 era marcado pela preponderância do patrimônio e dos bens, atribuindo-se mais valor aos bens do que ao proprietário da coisa. Isso também se estendida ao Direito de Família, uma vez que as normas foram organizadas para proteção do patrimônio e não da entidade familiar.

Luiz Edson Fachin (2003) já partilhava desse mesmo entendimento ao afirmar que ser sujeito de direito representava ser “sujeito de patrimônio”, ou seja, o Código Civil de 1916 era totalmente patrimonialista, a valorização do “ter” era maior que a do “ser”.

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, o ser humano passou a ocupar papel mais relevante no conteúdo das normas, graças a fortes influências dos valores previstos na Constituição Federal de 1988, onde houve uma preocupação por parte do legislador em abarcar aspectos da vida familiar à luz das relações de afetividade e da dignidade da pessoa humana, trazendo a questão patrimonial como simples reflexo das relações familiares, não mais como o centro.

Assim, com a evolução legislativa, o conceito de família foi ganhando uma nova concepção, a valorização da pessoa transformou-se em viga mestre para a construção da entidade familiar. Conforme preconiza o autor Luiz Edson Fachin (2003) *apud* Castro e Bagatini (2014, p. 4):

O novo direito de família mostra a crise da noção clássica do direito de família. A nova ratio do casamento localiza a relação conjugal, não mais

uma unidade de produção e consumo, mas a  *affectio maritalis*. O valor sócio afetivo da família, uma realidade da existência. Ela se bonifica com o transcorrer do tempo, não é um dado, e sim um construído.

O Direito de Família, então, começou a ser entendido como deveria, como uma entidade formada por seres dotados de capacidades, entre elas a de amar, respeitar e conviver, estando os membros da família intimamente ligados por sentimentos afetivos. Diante desse progresso, torna-se indispensável a compreensão dos princípios que contribuíram para tornar real esse novo conceito de família.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Durante o decurso evolutivo do instituto familiar, a lei não permaneceu inerte. O legislador tentou acompanhar a realidade social editando normas e regras a fim de contemplar todas as relações humanas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve significativa mudança no modo interpretativo das relações familiares, graças aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da convivência familiar, da igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, do melhor interesse da criança e do adolescente e o da afetividade. Conforme preleciona Pereira (2012, p. 57), “Entre todas as fontes do Direito, nos “princípios” é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do Direito de Família”.

Sobre a importância dos princípios constitucionais no Direito de Família, o autor Paulo Lôbo (2008, p. 37) leciona que:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas - especialmente as de natureza econômica -, inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.

As bases principiológicas dão o devido suporte para decidir as relações familiares pautadas em valores morais. Nessa perspectiva, é fundamental que se faça uma análise mais aprofundada sobre esses princípios, de modo a compreender melhor a sua importância.

### 2.2.1 Da dignidade da pessoa humana

No Código Civil de 1916, o Estado valorizava o patrimônio mais do que o seu proprietário. No entanto, com a promulgação da Constituição Federal 1988, o indivíduo foi abraçado por infindas garantias, entre elas, princípios que elevaram a pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico. Desse modo, o patrimônio foi, aos poucos, perdendo sua supremacia.

A dignidade da pessoa humana é considerada um macroprincípio, vez que irradia diversos outros. Ela é um dos pilares de sustentação do ordenamento jurídico contemporâneo, estando, inclusive, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme descrito no art. 1º, III, da CF/88.

Nesse sentido, Pereira acrescenta (2012, p.119) que “não é por acaso que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional. Ele é acima de tudo um princípio ético, que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado”.

No âmbito familiar, identifica-se o princípio da dignidade da pessoa humana, nas normas que preveem um tratamento igualitário para todos os filhos, independentemente se são biológicos ou adotivos, nos relacionamentos afetivos, seja originário pelo casamento religioso, união estável ou união homoafetiva.

Dessa forma, é nítido que esse princípio trouxe a valorização da pessoa, respeitando suas particularidades como indivíduo social e como membro de um núcleo familiar. “Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade” (PEREIRA, 2012, p. 121).

De acordo com Dias (2015), tendo a Constituição elevado a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, houve uma supervalorização do indivíduo e o predomínio do respeito à sua personalidade e de sua entidade familiar, passando a família a ser um espaço de proteção à dignidade da pessoa.

Também no Estatuto da Criança e do Adolescente houve menção a tal princípio, esclarecendo que a dignidade é um direito fundamental e que compete ao Estado o encargo de



sua tutela. O Art. 18 do referido estatuto descreve que a todos se estende o dever de velar pela dignidade da criança e do adolescente, acrescentando que esses indivíduos devem ser protegidos de qualquer tratamento desumano, violento ou constrangedor.

Enfim, o reconhecimento do princípio da dignidade humana a categoria de norma constitucional trouxe ganhos imensuráveis. Independentemente das circunstâncias sociais ou políticas, no qual toda pessoa deve ter seu valor reconhecido pelo Estado, sendo vedado qualquer tipo de discriminação ou menosprezo (PEREIRA, 2012).

### 2.2.2 Da liberdade

O art. 1.513 do Código Civil de 2002 descreve: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. No entanto, nem sempre a família foi livre para resolver questões particulares.

Por vezes, o Estado intervia de tal forma que em alguns casos havia a subtração das vontades dos membros da família, ou seja, sua autonomia era tamanha que acabava impedido a pessoa de exercer seus direitos. Um fator que contribuía para que isso acontecesse era a própria legislação da época, como o Código Civil de 1916.

A interferência estatal em algumas situações é fundamental, até mesmo para proteção do indivíduo e da sociedade como um todo, exemplo disso são as normas previstas no Código Civil de 2002 que vedam o casamento entre ascendentes e descendentes (art. 1.521, I); o regime de separação legal de bens no casamento contraído por maior de 70 anos (art. 1.641, II.), por ter um caráter ético e moral, entre outras.

No entanto, doutrinadores civilistas como Tartuce (2016) e Dias (2015), defendem que ainda hoje algumas normas têm um caráter inconstitucional, como o próprio exemplo citado anteriormente, sobre o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, por entenderem que a senilidade não é condição para a perda da capacidade cognitiva.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da liberdade ganhou amplitude. Homens e mulheres, além de ter isonomia no bojo das relações familiares, passaram a desfrutar da liberdade de escolha de seus laços afetivos, conforme citado por Dias (2015, p. 46) que “todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. salvo naquelas ingerências em que o interesse público o exija”.

No Código Civil vigente, art. 1639, § 2º também é assegurado liberdades, como contrair relações afetivas, seja por meio do casamento ou da união estável, salvo as imposições legais, de dissolver ou extinguir o convívio, de refazer a estrutura familiar, bem como de alterar o regime de bens.

Quanto aos direitos da criança e do adolescente, a CF, no art. 226, assegurou inúmeros direitos, dentre eles a liberdade, cabendo à família, a sociedade e o Estado assegurá-los.

Diante de todo o exposto, percebe-se como foi importante para a vida do indivíduo, membro de uma entidade familiar, ter seu direito à liberdade garantido constitucionalmente, tanto no que refere ao planejamento familiar como em relação à autonomia de escolher seus companheiros.

### 2.2.3 Da igualdade e respeito à diferença

Ao falarmos em igualdade automaticamente nos remetemos a duas definições desse princípio: a primeira é a igualdade formal, trazida pelo art. 5º, II, da CF/88, que prevê que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, conforme disposto:

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:  
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

A segunda definição é a de igualdade material, que consiste em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, ou seja, buscar mecanismos para atender aqueles que não estão no mesmo patamar ou não dispõem dos mesmos recursos.

O princípio da igualdade na seara do Direito de Família pode ser analisado de duas maneiras: primeiramente, sob uma ótica que englobe todas as configurações de família, pois independente da forma que foram construídas – monoparentais, anaparentais ou homoafetivas – elas devem ser respeitadas e tratadas de maneira igualitária.

Em uma segunda acepção, a isonomia deve estar relacionada aos membros que compõem a família: homem, mulher e filhos, pois nem sempre esse princípio foi respeitado. Como exemplo de tratamento diferenciado podemos citar os filhos concebidos fora do

casamento, que antigamente eram tidos como ilegítimos, e os adotados, que não possuíam os mesmos direitos dos biológicos, principalmente na seara do direito sucessório. No entanto, essa desigualdade não mais perdura, como bem prevê o art. 227, § 6º, CF/88.: “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.”

Outro marco de desrespeito ao princípio da igualdade ocorreu quando o poder familiar era exercido pelo *pater*, onde a mulher e todos os demais membros viviam sob sua chefia. E o Código Civil de 1916 nada alterou, legislando no mesmo sentido, conferindo poderes exclusivamente ao pai.

Com o advento da Magna Carta de 1988 e do Código civil de 2002, essa realidade sofreu alteração: hoje o casal é o responsável pelo planejamento familiar de maneira conjunta (CC 1.565 § 2.º e CF 226 § 7.º), não mais competindo somente ao pai tomar as decisões sobre os filhos e as questões da relação conjugal. Atualmente os nubentes têm os mesmos direitos e deveres (art. 1.511, CC), até mesmo quando se tratar da guarda compartilhada dos filhos, em caso de separação judicial ou divórcio. (art. 1.583 e 1.584, CC/02).

#### 2.2.4 Da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade fixa suas raízes na afetividade entre seus membros, na fraternidade e na prestação assistencial aos que necessitam. Assim descreve o art. 1.694 do CC/02.

Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Portanto, constatada a necessidade de qualquer um dos membros da família os outros parentes poderão ser chamados a prestar-lhes alimentos. Essa assistência não está restrita somente aos alimentos, estendendo-se ao amparo, ao cuidado e a própria criação tanto dos pais para com os filhos como vice-versa.

Nos termos do art. 229 da CF: “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”.

A preocupação do Estado em legislar e assegurar o princípio da solidariedade não está restrito apenas ao seu caráter assistencialista, envolve um interesse maior, porque agindo dessa forma ele fica desincumbido de prestar auxílio, retirando de si parte do encargo em assegurar direitos que estão previstos constitucionalmente.

#### 2.2.5 Do pluralismo das entidades familiares

Como dito alhures, foram muitas as mutações sofridas no contexto familiar até chegar à diversidade de entidades familiares que se tem hoje. O legislador, nesse sentido, sempre tentou acompanhar sua evolução, no intuito de que as leis pudessem responder aos anseios da realidade social.

Hodiernamente, os arranjos familiares existentes já não são mais padronizados, formados por um homem, uma mulher e seus filhos. Vive-se rodeado dos mais variados grupos, a exemplo dos monoparentais, anaparentais e homoafetivos. Todos eles contribuíram para que o Estado editasse um novo conceito de família e quebrasse antigos estereótipos. Dessa forma, o princípio do pluralismo das entidades familiares acaba rompendo com a antiga orientação que se tinha a respeito de família.

Nesse sentido, o princípio do pluralismo das entidades familiares mostra-se como um dos avanços relacionado ao respeito mútuo e tratamento igualitário aos atuais vínculos familiares, independente do modo de formação ou sexo entre seus pares.

#### 2.2.6 Do melhor interesse da Criança e do Adolescente

Durante a vigência do Código de Menores de 1979, o menor não era visto como sujeito dotado de direitos e garantias, mas sim como objeto de inteira responsabilidade estatal. Todavia, com a promulgação da CF/88 a criança e o adolescente começaram a gozar de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), uma gama de direitos foram assegurados ao menor, passando a ser dever da família, da sociedade e do Estado zelar pelo seu cumprimento (art. 227 da CF e art. 4º do ECA), orientando-se pelos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral.

O Estatuto prevê normas de cunho material e processual, abrangendo áreas de direito civil e penal além de otimizar condições dignas de liberdade, oportunidades e facilidades, para um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (TARTUCE, 2016).

Na seara cível, o Código Civil de 2002, em seus arts. 1583 e 1584, reconheceu o princípio do melhor interesse da criança ao dispor sobre a guarda durante o poder familiar. A Lei nº 11.698 alterou o conteúdo desses artigos, determinando como regra a guarda compartilhada, em substituição a unilateral. Assim revelando a importância da convivência conjunta do filho com ambos os genitores (TARTUCE, 2016).

### 2.2.7 Da afetividade

O princípio da afetividade está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana, sendo hoje o núcleo das relações familiares e elemento essencial para a harmonia de seus membros. Segundo Dias (2015, p. 52) “a afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida [...]”, prevalecendo, inclusive, no tocante a fatores de caráter biológico e patrimonial.

Ainda que inexistente qualquer dispositivo legal que trate do princípio da afetividade de maneira expressa, o legislador conferiu-lhe importância ao mencioná-lo em diversos artigos espalhado pela legislação brasileira. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 28, § 2º, prescreve:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º. Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2º. Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

A afetividade é fator fundamental ao tratar-se da proteção da criança, não podendo ser desprezado da convivência familiar, por funcionar como unidade integrativa.

No Código Civil de 2002 também faz alusão ao princípio.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Assim, quando se aborda sobre filhos, adoção, pais, convivência, direitos da criança e do adolescente, igualdade entre os filhos, entre as entidades familiares, tudo isso, intrinsecamente, está atrelado ao princípio da afetividade.

### 2.3 DO PODER FAMILIAR: EVOLUÇÃO E ASPECTOS GERAIS

A denominação “poder familiar”, trazida pelo atual Código Civil, é correspondente a expressão “pátrio poder” descrita no Código Civil de 1916, termo que se refere à relação jurídica entre pais e filhos.

O pátrio poder era exercido somente pelo pai; a mãe, na condição de subordinada, não detinha qualquer poder de decisão nem mesmo em questões relacionadas aos filhos. No entanto, leis posteriores alteraram essa realidade.

O art. 226, § 5º, da CF/88, descreve: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Posteriormente o art. 21 da Lei 8.069/90, regulamentou: “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe [...]”.

Portanto, a mãe foi inserida no contexto familiar como responsável pelo filho. Agora, ambos os pais agem em igualdade de condições, não havendo discriminação, e em caso de divergência entre o casal, com relação aos filhos, a autoridade judiciária será competente para solucionar.

Mais tarde, o Código Civil de 2002, em seu art. 1634, também legislou sobre esse poder, exemplificando um rol de deveres que ambos os pais deveria cumprir, deixando claro que não interessa a situação dos mesmos, se casados, divorciados ou separados judicialmente.

Conforme descrito preconiza o citado artigo:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

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

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - 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

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

O poder familiar não é mais envolvido por um caráter soberano e ilimitado. Hodiernamente, as relações entre pai e filho são pautadas no respeito, colaboração e orientação, funcionando como uma tarefa auxiliar para o desenvolvimento saudável dos filhos. Para Gonçalves (2015, p. 37) a definição de pátrio poder foi alterada, pois “não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de ‘pátrio dever’, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos”.

O poder familiar é um *munus*<sup>3</sup> público, ou seja, trata-se de um encargo público. E o Estado é ente interessado em acompanhar o seu bom desempenho, por isso regulamentou, no art. 227 caput da CF, sobre direitos que devem ser assegurados pela família, sob a ótica do poder familiar (RIZZARDO, 2014).

Esse poder é personalíssimo e conta com características específicas, decorrente do seu encargo de filiação, sendo ele irrenunciável, imprescritível, inalienável e intransferível. A irrenunciabilidade advém do aspecto dos pais não dispor da possibilidade de renunciar seus deveres, pois como dito alhures, é um dever de ordem pública. Os pais devem cuidar e garantir uma vida digna para seus filhos.

<sup>3</sup> Munus- tarefa, dever obrigatório de um indivíduo; encargo, obrigação[tradução livre].

A imprescritibilidade repousa no tempo, ou seja, o filho pode intentar ação de reconhecimento de filiação ou ação de investigação de paternidade/maternidade a qualquer momento, não se sujeitando a prazo decadencial ou prescricional.

A inalienabilidade deriva do fato desse poder não se tratar de bem patrimonial, assim impossível de ser objeto de contrato de alienação.

Por fim, é intransferível porque o encargo não pode ser transferido à terceiro, devendo os filhos ser criados e educados por seus pais. Todavia, os encargos desse poder podem ser confiados à outra pessoa, mas mesmo nessa situação o poder familiar não estaria sendo transferido.

### 2.3.1 Suspensão e extinção do poder familiar

O poder familiar é um encargo público, no qual os pais ou o representante legal do menor têm o dever de exercê-lo de maneira responsável. Desta forma, caso esses deveres sejam violados o Estado poderá intervir através de mecanismos como a suspensão ou até mesmo a extinção do poder familiar, hipóteses que a lei traz de maneira expressa.

Nessa esteira preleciona Dias (2015, p. 470):

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 201 juntamente com o art. 148 prevê a legitimidade da interferência estatal em casos de violação dos direitos e garantias fundamentais dos menores. Por ser de interesse público e versar sobre direitos indisponíveis, o Ministério Público é o órgão responsável pela sua defesa.

A violação dos deveres do poder familiar pode ser omissiva, quando qualquer um dos pais ou responsáveis deixar de praticar o que a lei lhes permite, assim prejudicando a criança



ou o adolescente em sua formação; ou comissiva, quando os genitores ou responsáveis praticarem atos que violem as normas regulamentadoras.

O Ministério Público é competente para promover e acompanhar os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar. As hipóteses de suspensão estão previstas no art. 1637 do atual Código Civil.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Portanto, havendo qualquer um desses atos o Ministério Público, como fiscal da lei, poderá suspender o poder familiar. Embora essa não seja uma medida definitiva – podendo haver *a posteriori* sua reabilitação por meio de decisão judicial –, é um meio coercitivo e eficaz que enseja a proteção do menor.

Diferentemente da suspensão, a extinção do poder familiar é ato definitivo e é exposto em um rol taxativo, versado nos arts. 1635 e 1638 do CC, conforme se vê:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

(...)

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

Diante das situações ora elencadas, percebe-se que nem todos os casos de extinção do poder familiar tem caráter sancionatório, como por exemplo em caso de morte do genitor, emancipação ou maioridade. Já o art. 1.638 descreve condutas antijurídicas que quando praticadas pelo pai ou pela mãe ocasionarão a perda como meio de sanção.

Por fim, deve-se frisar que caso o genitor ou responsável seja suspenso ou destituído do poder familiar ainda assim arcará com as prestações alimentícias do menor, inclusive

podendo até ser preso quando injustificadamente recusar o seu fornecimento. Se assim não fosse, muitos pais que querem se esquivar da responsabilidade agiriam de tal forma somente para se livrar desse encargo.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Responsabilidade civil tem como objetivo reparar o dano causado à vítima, seja pela diminuição de seu patrimônio, denominado de dano material, ou por um dano extrapatrimonial, o chamado dano moral. Nessa senda, não há dúvidas que há a possibilidade do genitor ser condenado a indenizar moralmente seu filho em função do abandono afetivo. Sob esse enfoque, serão traçadas considerações acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 ORIGEM E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade é formada por uma complexidade de relações humanas, no seio familiar, na empresa, na escola ou na comunidade, razão pela qual se torna fundamental a edição de normas que possa dispor sobre comportamentos e limites de conduta para uma convivência harmoniosa.

Nesse cenário surge a teoria da responsabilidade civil, que parte da premissa de que aquele que praticou conduta danosa a alguém deve indenizá-la, tendo em vista que agiu em desconformidade à conduta previamente descrita no ordenamento jurídico, objetivando assim a restauração do equilíbrio das relações.

Porém, nem sempre o instituto da responsabilidade civil foi regido por normas punitivas de caráter pecuniário. Nos primórdios os conflitos que ensejassem dano a terceiro eram resolvidos com a força bruta, a pena não recaía sobre o patrimônio do infrator, mas sobre o seu corpo. “O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada” (GONÇALVES 2015, p.25).

No entanto, após constantes mudanças na legislação, passou a ser proibido fazer justiça com as próprias mãos; agora, somente o Estado era competente para punir. As penas foram substituídas pelas reparações, ao passo que, aquele que causasse dano de ordem patrimonial a terceiro, seja por ter violado normas contratuais ou extracontratuais, estaria obrigado a reparar da maneira pecuniária.

Tartuce (2016, p. 306) aduz que a responsabilidade civil é tida sob dois enfoques: a contratual e a extracontratual, afirmando que “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

Através dos escritos, percebe-se que tal instituto podia ser visto por um ângulo dualista, dividindo-se em contratual, quando houvesse violação de alguma norma prevista em contrato firmado pelas partes; ou extracontratual, quando fosse descumprida norma prevista no ordenamento jurídico, independente de acordo.

Todavia, há doutrinadores contrários ao entendimento de que a responsabilidade civil é bipartida, a exemplo de Gonçalves (2015), defendendo que o elemento fundamental para que haja a responsabilização é a violação de um dever jurídico que cause prejuízo à terceiro, independente se há ou não contrato firmado entre as partes.

Nessa esteira, Gonçalves (2015, p.24) continua:

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Diante desse conceito, a responsabilização busca restabelecer a relação de equilíbrio a sua origem, recompondo ao *status quo ante*<sup>4</sup> da vítima, tendo como objetivo a punição do agente violador de um dever jurídico originário.

Noutro giro, é importante frisar que mesmo o agente praticando uma ação que cause prejuízo à terceiro, existe situações que não serão considerados como atos ilícitos, por se tratar de excludentes de ilicitude, não ensejando, portanto, a obrigação de indenizar a vítima. Tais condutas contam com elementos como dano e o nexa causal.

O art. 188 do atual Código Civil traz de forma expressa as hipóteses de excludentes de ilicitude.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:  
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;  
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

---

<sup>4</sup> Status quo antes- estado que as coisas estavam antes [tradução livre].

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa é um resquício do instituto da autotutela, porém somente em situações excepcionais a vítima valera-se do instituto e poderá defender-se com as suas próprias mãos. Contudo é necessário respeitar seus limites, o agente deve utilizar-se de meios moderados e proporcionais para repelir a ameaça, posto que, se houver excesso poderá ser responsabilizado.

Por conseguinte Venosa (2012, p. 63) acrescenta:

Responde também o agente pelo excesso na legítima defesa, isto é, quando sua conduta ultrapassa os limites da ponderação. Deverá responsabilizar-se, proporcionalmente, pelo excesso cometido, pois subsiste a ilicitude em parte da conduta.

A legítima defesa real é a única que poderá excluir o autor de reparar o dano, diferente da legítima defesa putativa, no qual a vítima acredita estar diante de uma suposta agressão e acaba produzindo o dano, nesse caso não será excluída sua responsabilidade.

Na hipótese de erro, em que a vítima tenta atingir o agressor e acerta terceira pessoa ou seu patrimônio, aquele que produziu o dano deverá ressarcir-la, cabendo, posteriormente, mover ação de regresso contra o real agressor (GONÇALVES, 2015).

No que tange ao exercício regular de um direito, como o próprio nome já remete, é “exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes” (CAVALIERI, 2015, p. 36). O agente não produz um resultado ilícito por agir dentro dos limites de sua atividade, exercendo seu direito subjetivo, dessa forma, não sendo responsabilizado pelos prejuízos causados.

Nos casos de estrito cumprimento do dever legal, quem sofre algum prejuízo pela prática de ato de um agente público, no exercício da atividade, pode o Estado reparar o dano. Conforme descrito no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Vale ressaltar que o Estado não poderá mover ação de regresso contra o agente responsável, exceto em caso de culpa ou dolo.

Por fim, Gonçalves (2015, p. 470) esclarece sobre o instituto da excludente de estado de necessidade através do exemplo a seguir:

Se um motorista, por exemplo, atira seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe à frente, o seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro. Com efeito, o art. 929 do Código Civil estatui que, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa (o dono do muro) destruída ou deteriorada “não forem culpados do perigo”, terão direito de ser indenizados.

Diante disso, restou comprovado que o motorista agiu de tal forma almejando proteger um bem maior: a vida da criança. Porém, sua conduta produziu dano ao proprietário do muro e por isso ele terá obrigação de reparar o prejuízo. Entretanto, poderá mover uma ação de regresso contra o pai da criança, por ter faltado ao seu dever de vigia.

Apesar do art. 188 do Código Civil de 2002 declarar que quem age em estado de necessidade não está praticando ato ilícito, mesmo assim o agente não se isenta da obrigação de arcar com os custos do dano. Havendo apenas a possibilidade de ressarcimento por quem de fato deu causa.

Para que haja a exclusão da obrigação de indenizar nos casos de estado de necessidade e legítima defesa, é necessário respeitar limites e agir com meios moderados para repelir a ameaça, caso contrário poderá o agente responder pelo excesso da conduta.

Feitos os esclarecimentos sobre a evolução e as excludentes da responsabilidade civil, ainda que em apertada síntese, passa-se a análise dos elementos essenciais para a sua configuração.

### 3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que reste comprovada a responsabilidade civil é imprescindível que esteja presente todos os pressupostos da ação, como bem é descrito pelo atual Código Civil em seu “Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A partir do dispositivo supracitado é evidente a presença de pelo menos quatro elementos essenciais, quais sejam: a conduta praticada pelo agente, a culpa ou o dolo, a relação de causalidade e o dano causado à vítima.

No entanto alguns doutrinadores têm divergido quanto a esses pressupostos. Maria Helena Diniz (2009) defende que existe apenas três, elencando: a) existência de uma conduta,

comissiva ou omissiva, juridicamente qualificada; b) a ocorrência de um dano patrimonial ou moral causado à vítima; c) nexos causal entre o dano e a ação.

Pablo Stolze (2015, p. 746) partilha do mesmo entendimento ao classificar o elemento culpa como eventual: “A culpa é compreendida, em nosso sentir, como um elemento acidental da responsabilidade civil, em virtude de existir também a responsabilidade civil objetiva”. O parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 prevê que em algumas situações é desnecessário aferir o elemento da culpa para que o agente seja obrigado a reparar o dano, como em casos da responsabilidade civil objetiva.

Todavia, de acordo com a sistemática do Código Civil os pressupostos essenciais da responsabilização civil são a conduta do agente comissiva ou omissiva, o dano, o nexo de causalidade e a culpa em casos de responsabilidade subjetiva.

Nesta senda, visando esclarecer sobre as particularidades desses elementos passa-se a análise de cada um de maneira pormenorizada.

### 3.2.1 Conduta do agente

A conduta do agente, comissiva ou omissiva, é o primeiro elemento essencial para que haja a obrigação de reparar. Caracteriza uma conduta comissiva ou positiva aquela em que o ato praticado enseje de alguma forma prejuízo na esfera de outrem. Contudo, não é só a prática de uma conduta que pode causar dano, é possível uma abstenção, isto é, um comportamento omissivo gerar o dever de reparar.

Gonçalves (2015, p. 59) leciona sobre o tema:

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 art. 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 de perigo.

A omissão é uma conduta negativa que surge quando o agente deixa de praticar determinado dever que por lei tinha a obrigação de realizar a fim de evitar o dano à vítima, ou

proteger um bem jurídico. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015), a conduta humana é o núcleo fundamental da responsabilidade civil, porque nela repousa a liberdade de escolha do agente, seja para a prática ou omissão do ato.

Noutro giro, há situações que embora não praticadas pelo agente a ele caberá à responsabilidade, sendo este responsável pelos atos praticados por pessoas, coisas ou animais que estejam sob sua vigia ou pertença, no qual tem-se a chamada responsabilidade por ato ou fato de outrem. Nesses casos responderão pelo dano causado não só quem a ele deu causa, mas outras pessoas que de algum modo participaram (BRAGA NETTO, 2009).

Nesta senda, pode-se concluir que a ausência de comportamento incompatível com o ordenamento jurídico não viola qualquer direito, assim não havendo o que se falar em responsabilidade civil.

### 3.2.2 Culpa *lato sensu*

Durante muito tempo o elemento culpa foi alvo de grandes discussões e questionamentos, pois nos primeiros estágios da evolução histórica, em se tratando de responsabilidade civil, não se levava em consideração a culpa do agente, para que houvesse a reparação, era suficiente a ação ou omissão e o prejuízo suportado pela vítima (DINIZ, 2009).

No entanto, alguns fatores sociais demonstraram “que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva” (TARTUCE, 2016, p. 483). Então, como consequência desses acontecimentos, a responsabilidade civil mediante a culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando inclusive o antigo Código Civil de 1916 e posteriormente o Código Civil de 2002, que a inseriram como pressuposto da responsabilidade civil.

A partir da leitura do art. 186 do Código Civil atual, pode-se extrair a definição e distinção entre dolo e culpa. Sendo o dolo pautado em uma ação ou omissão voluntária do agente, a culpa repousa em uma conduta negligente ou imprudente.

Alguns doutrinadores, dentre eles Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015), aduzem que o elemento dolo e culpa já são intrínsecos ao comportamento humano. Desta forma, quando o agente age com dolo ele deseja produzir um resultado lesivo ou pelo menos assume o risco de produzi-lo. No caso da culpa em sentido estrito, o agente não quer produzir o dano,



no entanto acaba provocando por agir com negligência, imprudência ou imperícia. É o caso da responsabilidade subjetiva.

A culpa pode ser exteriorizada por meio da negligência que é a omissão, ou o não cumprimento de um dever que o agente tinha obrigação de intervir; a imprudência que reside na realização do ato sem empregar o cuidado necessário, e por fim a imperícia que é a inaptidão técnica para o desempenho de uma atividade ou profissão (GONÇALVES, 2015).

No Direito Civil, independente se a conduta fora praticada com o dolo ou culpa, haverá a pretensão da vítima em pleitear a reparação pelo prejuízo causado. Todavia, serão analisados alguns critérios para auferir o valor da indenização, eis que os art. 944 e 945 do Código Civil trazem quais são essas hipóteses, no qual tem-se a chamada redução equitativa da indenização.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Ou seja, o caso concreto é que determinará o *quantum*<sup>5</sup> indenizatório, pois de acordo com o citado dispositivo, se a vítima concorreu para que o dano fosse gerado não seria razoável o agente arcar sozinho com a reparação, ficando assim nas mãos dos magistrados a análise das circunstâncias que deram causa ao evento danoso.

Analisado o elemento subjetivo culpa *lato sensu*<sup>6</sup> (dolo e culpa *stricto sensu*<sup>7</sup>), importa continuar o exame do próximo elemento da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade.

### 3.2.3 Nexo de causalidade

O nexo causal é o liame existente entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. “Trata-se de pressuposto essencial para que seja constatada a

<sup>5</sup> Quantum- quantidade [tradução livre].

<sup>6</sup> Lato Sensu- Em sentido amplo [tradução livre].

<sup>7</sup> Stricto Sensu- Sentido restrito, limitado [tradução livre].

responsabilidade civil, pois, caso não seja demonstrado à relação entre o ato e o prejuízo causado não há o que se falar em ressarcimento” (VENOSA, 2012, p. 53).

Sobre o nexos de causalidade, Cavalieri (2015, p. 66) defende em sua obra:

Elo naturalístico entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado.

Quanto à identificação do fato que gerou o efeito danoso, principalmente quando este decorre de múltiplas causas, há três teorias distintas que tentam analisar qual o fator preponderante que deu causa ao dano, são elas: teoria da equivalência das condições, da causalidade adequada e a da causalidade direta ou imediata.

A primeira, a teoria da equivalência das condições defende que todos os fatores que contribuíram para o desdobramento do efeito danoso tem relação com o resultado. Essa teoria prega que não há qualquer distinção entre os antecedentes. Desta forma, todos os fatos concorrem para dar causa ao dano (GAGLIANO, 2015).

Ainda sobre a referida tese, Venosa (2012, p. 54) continua:

É aquela admitida pelo nosso Código Penal ainda em vigor, pela qual não se distingue causa, condição ou ocasião, de molde que tudo que concorrer para o evento deve ser apontado como nexos causal. Essa teoria vem descrita no art. 13 do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável quem lhe deu causa. Considerando-se causa a ação ou omissão em a qual o resultado não teria ocorrido.

Vale ressaltar que essa teoria não foi recepcionada pelo atual Código Civil vigente, por carregar em seu bojo o inconveniente fator de considerar todas as condutas, ainda que minimamente, como determinantes para gerar o dano.

No que concerne à teoria da causalidade adequada, com efeito, deve-se identificar qual o ato que, de forma potencial, provocou o dano. Para essa teoria, somente o fato relevante para a produção da ofensa gera a responsabilidade civil, devendo a reparação ser compatível aos fatos. De acordo com Tartuce (2016) essa teoria consta dos arts. 944 e 945 do atual Código Civil.

Por derradeiro, a teoria da causalidade direta ou imediata defende que o agente deve ser responsabilizado apenas quando sua conduta esteja vinculada a uma causa necessária, ou seja, em situações que não haja outro modo que possa justificar o dano.

Segundo Tartuce (2016), a teoria da causalidade direta e imediata foi adotada pelo art. 403 do CC/2002, sendo a prevacente aceita por parcela considerável da doutrina e preponderante no ordenamento jurídico. Perceba-se:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Logo, conclui-se que a partir dessa teoria a conduta praticada pelo agente e o prejuízo produzido a vítima tem um liame jurídico de causa e efeito direto e imediato, sendo, assim, fundamental para que haja a responsabilização.

Das várias teorias sobre o nexu causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária. GONÇALVES *apud* GAGLIANO (2015, p. 147).

A divergência doutrinária é algo intrínseco a seara jurídica, o contexto ora apresentado não foge a regra. Há uma forte imprecisão ao estabelecer qual seria a teoria adotada pelo direito civil brasileiro com relação ao nexu causal.

Há quem defenda, a exemplo de Cavalieri (2015), que a tese da causalidade adequada é a mais razoável, por entender que nem todos os fatores concorrem para produzir o resultado equivalente, o preponderante seria aquele que efetivamente produziu o resultado.

Enfim, como mencionado anteriormente, deve restar comprovado que o dano causado à vítima fora produzido pela conduta do agente, para que dessa forma haja a responsabilização civil, visto que, se não houver o liame entre os fatos, conseqüentemente, será excluída a relação causal, gerando também a isenção da reparação.

Causas que excluem o nexu de causalidade afastam o dever do agente em reparar o dano. Essa impossibilidade ocorre em situações de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Ou seja, são hipóteses que *a priori* parecem ter sido provocadas pelo agente, porém, quando a relação é analisada tecnicamente constata-se que outros fatores foram fundamentais para dar causa ao dano (CAVALIERI, 2015).

As excludentes de caso fortuito e força maior são regulamentadas pelo art. 393 do Código Civil vigente: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.” Com relação à definição não há unanimidade na doutrina, o que alguns autores defendem ser caso fortuito para outros é força maior.

O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente. (CAVALIERI, 2015, p. 98)

Outra causa que afasta o dever de indenizar é o fato exclusivo da vítima, ou seja, é uma situação em que o dano é produzido por uma conduta da vítima, sem qualquer interferência ou participação de terceiro, tornar-se assim difícil ou até impossível de ser evitada pelo agente.

A isenção de responsabilidade por fato de terceiro ocorre quando for comprovado que o comportamento do suposto agente não foi o responsável pela produção do dano, ou seja, “o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima” (CAVALIERI, 2015, p. 96).

Superada a análise das situações que excluem o nexo causal, passe-se agora a uma breve síntese sobre as circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, as denominadas concausas.

Essas por sua vez não têm o condão de excluir o nexo de causalidade, nem de, por si sós, produzi-lo. Elas, juntamente com a causa principal concorrem para o evento danoso, podendo ser anterior, concomitante ou superveniente a ação principal (STOLZE, 2015).

A concausa anterior ou preexistente é uma situação que antecede a conduta do agente e de maneira conjunta concorre para o resultado, por exemplo: em uma discussão uma pessoa hemofílica sofreu uma leve lesão e vem a óbito. O simples fato da lesão não seria causa suficiente para cominar em sua morte, então, a causa anterior foi fator preponderante para causar o efeito danoso e ela não elimina o nexo de causalidade (CAVALIERI, 2015).

Em se tratando da concausa concomitante ou superveniente a situação é idêntica à causa antecedente, difere com relação ao momento, que é posterior ou simultâneo ao desencadeamento do nexos causal.

Com relação as concausas é fundamental conhecer a relação existente entre a primeira causa e a conduta do agente, pois caso sejam situações independentes o nexos causal originário não existirá, desta forma, excluindo a responsabilidade do agente pelo dano.

Como exemplo de uma concausa concomitante independente, Cavalieri (2015) cita o exemplo de uma mulher que no momento do parto teve uma ruptura de um aneurisma cerebral, vindo a óbito. Tal fato não tem como ser imputado ao médico, vez que a causa morte da paciente foi alheia ao seu ato. Assim, rompe-se com o nexos de causalidade e o agente não pode responder pelo evento.

Ante todo o exposto, depreende-se que, não sendo comprovado que o dano adveio da conduta do agente, não é cabível haver a reparação à vítima pelos danos sofridos.

#### 3.2.4 Dano

Por fim, o último elemento caracterizador da responsabilidade civil é o dano. Para que nasça a obrigação de reparar é necessário que haja a comprovação de um prejuízo a vítima, seja de natureza material ou moral.

Com efeito, não há o se falar em reparação se não houver dano, como bem descreve Cavalieri (2015, p. 102).

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.

Note-se que, a partir desta concepção, a simples ameaça de dano não é suficiente para a responsabilização, posto que o artigo 927 do Código Civil atual prevê a configuração de resultado concreto que cause agravo na esfera de outrem. O autor ainda acrescenta que o

evento danoso pode advir tanto de uma violação a bens jurídicos materiais como de direitos da personalidade, em especial ao dano moral.

O dano material abrange toda violação ao patrimônio econômico da vítima. Como muitos autores ensinam, o dano material consiste na efetiva diminuição do patrimônio, seja de bens corpóreos ou incorpóreos. E quando violado, a reparação pode ser de forma direta mediante restauração ou de maneira indireta por meio da reparação pecuniária.

Convém ainda apontar que o dano material pode violar direitos patrimoniais presentes e futuros, podendo causar não só a diminuição do patrimônio como também impedir seu aumento. Nesta senda, Tartuce (2016, p. 521) subdivide o dano material em dano emergente e lucro cessante.

Danos emergentes ou danos positivos – o que efetivamente se perdeu. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito.[...]

Lucros cessantes ou danos negativos – o que razoavelmente se deixou de lucrar. No caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista, que deixou de receber valores com tal evento.[...]

Sob esse enfoque, entende-se que o dano emergente consiste em uma instantânea diminuição dos recursos materiais da vítima, decorrente da conduta ilícita do agente e, por isso, devendo haver a reparação para tornar ao *status quo ante*.

Já o lucro cessante é uma reparação não pelo que se perdeu, e sim pelo que a vítima, razoavelmente, deixou de lucrar, conforme descreve o art. 402 do Código Civil. Para haver a reparação além do dano é necessário também que o prejudicado prove o que efetivamente deixou de ganhar, a mera probabilidade não gera a obrigação de indenizar.

### 3.3 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A atual compreensão de dano, como mencionado outrora, envolve tanto o prejuízo patrimonial como a lesão extrapatrimonial, ambos originários de um ato antijurídico provocado pelo agente e suportado pela vítima.

A reparação por dano moral é algo novo no direito pátrio brasileiro, somente com o advento da Constituição Federal de 88, em seu art. 5, inciso V e X, que houve a possibilidade da reparação a título de dano moral.

Art. 5º: [...]

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;

Nessa esteira, tempos depois, legislou o novo Diploma Civilista sobre o dano moral em seu art. 186, prevendo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

De acordo com Stolze (2015, p. 107):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente

Nesse sentido, a reparação pelo dano moral caracteriza-se quando a vítima tem um direito personalíssimo lesionado. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima, conforme as lições de Cavalieri (2015). É claro que o abalo e sofrimento de uma pessoa não podem ser quantificados, contudo, ainda assim pode-se chegar a um *quantum* proporcional e razoável ao dano causado.

Noutro giro, vale salientar, que a responsabilização pelo dano moral tem sido interpretada por alguns autores como algo negativo, que ao longo dos anos tornou-se banal, transformando-se em uma porta de saída para obter reparação por qualquer tipo de aborrecimento, ou seja:

A busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. O eixo desloca-se do elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto.[...] Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. (DIAS, 2015, p. 90)

Doutrinariamente não há consenso com relação à natureza jurídica do dano moral. Há três correntes relativas a essa controvérsia: a primeira corrente defende que a reparação por dano moral almeja a busca pela compensação do mal que a vítima sofreu ao ter um direito personalíssimo lesado; a segunda corrente doutrinária repousa na ideia que a indenização pelo dano objetiva simplesmente punir o agente pelo ilícito causado; por fim, a terceira e última corrente interpreta a indenização, nesses casos revestida de um caráter principal reparatório e um caráter acessório pedagógico, possuindo, então, um viés educativo (TARTUCE, 2016).

Em se tratando de dano moral, a controvérsia não está centrada somente em torno da natureza jurídica, mas também sobre os critérios a serem analisados para fixação do *quantum* indenizatório, para que não fuja da esfera do razoável e justo. Isso se dá, porque enquanto o dano material busca tornar a situação ao *status quo ante*, baseando-se no binômio danos emergentes e lucros cessantes, o dano moral não é tão simples de ser quantificado, pois o que se pretende é compensar a vítima, sem precisar mensurar o tamanho da dor (MELO, 2011).

Para Cavalieri (2015), a forma mais eficiente para a responsabilização pelo dano moral é através do arbitramento judicial. O magistrado é competente para avaliar a situação e suas peculiaridades. Dessa forma, analisando o aspecto econômico do agente e a extensão do dano provocado à vítima, ele é capaz de valorar a indenização de maneira eficiente. Até porque existem situações lesivas que a lei infraconstitucional não amparou e o operador do direito tem o dever de julgar, aplicando a norma de forma extensiva, como ocorre nos casos de dano moral no Direito de Família, que apesar de não haver lei específica, utiliza-se do art. 186 do Código Civil.

Nessa perspectiva, Cavalieri (2015, p. 118) acrescenta:

Mesmo nas relações familiares podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de moral conjugal ou honra familiar, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família.

Os Tribunais ainda se mostram tímidos no tocante à aplicação de indenização por danos morais no contexto das relações familiares. Todavia, é sabido que hodiernamente existem infimas circunstâncias que podem ensejar o dano moral no âmbito familiar, e não se restringem apenas às relações conjugais, dizendo respeito também aquelas concernentes ao estado de filiação, em situações de abandono moral, material e afetivo do filho.



Nessa mesma linha de raciocínio está assentado o julgamento do REsp 1.159.242/SP, pelo STJ, relatado pela eminente Ministra Nancy Andrichi, cujo seu entendimento é de que:

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

Ainda que falte amor e afeto por parte do genitor, e isso ninguém o obrigará a reparar, o que se pretende com decisões como essa é a responsabilização pelo descumprimento dos deveres inerentes da paternidade, visto que o abandono parental deve ser entendido como uma violação ao bem jurídico tutelado, extrapatrimonial. Restando comprovado que essa situação acarreta transtornos e conseqüentemente danos àquele que foi desprezado por seu pai.

## 4 ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo é um assunto recente na seara jurídica, bem como a controvérsia que envolve suas consequências dentro do âmbito familiar. Nessa esteira, este último capítulo objetiva descrever sobre aspectos da negligência afetiva e sobre entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais pela ausência do genitor na vida do filho.

### 4.1 CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO

O descumprimento das obrigações materiais dos pais para com seus filhos é passível de punição, ensejando inclusive prisão civil, conforme os ditames do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988, veja-se: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia[...].”

Esse entendimento é unânime na doutrina e na jurisprudência. Porém, com relação ao descumprimento inerente aos deveres imateriais não há o mesmo consenso. Habitualmente, a discussão fica adstrita apenas à ideia de afeto. Desta forma, os tribunais negam provimento as ações no qual o filho requer indenização pelo abandono afetivo de seu genitor, sob a alegação de não haver a possibilidade de aferir culpa nesses casos, conforme o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ALIMENTOS. ABANDONO AFETIVO. ALIMENTOS. Ainda que comprovado o vínculo de pai e filha entre as partes, os alimentos às pessoas maiores de idade e capazes somente são reconhecidos quando comprovada a imperiosa necessidade. DANO MORAL. Os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, não são indenizáveis por impossibilidade de aferição da culpa. Negaram provimento ao apelo. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Apelação Cível 70050203751/2012 – Data do julgamento?)”  
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Apelação Cível 70050203751/2012)

No entanto, o debate vai mais além do que a simples e pura restrição do abandono ligado ao afeto, visto que, ainda que se entenda ser o sentimento algo alheio ao Direito, não podendo ser exigido ou imposto, a responsabilidade civil do genitor apresenta-se sob ângulo oposto, relacionado ao cuidado, aos deveres inerentes a paternidade. É essa mesma linha de raciocínio que Dias (2015, p. 98) segue ao dizer:

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho.

Nesta senda, situações obrigacionais dessa natureza fizeram surgir na doutrina brasileira a definição de abandono afetivo como sendo 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, 2012).

Nesse diapasão, Pereira (2015, p. 403) esclarece que “O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais”. Ambos os autores partilham do entendimento que o abandono afetivo tem reflexo nos deveres conferidos aos genitores em decorrência do poder familiar a eles atribuídos.

De forma prudente, Dias (2015, p. 97) descreve sobre os impactos da negligência afetiva:

O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. Por certo, a decisão do STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar.[...] Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Como dito noutra oportunidade, o sentimento afetivo existente na relação entre pai e filho é vínculo fundamental no âmbito familiar. A família é a primeira instituição onde o menor tem contato com o meio social e, aos pais cabe à responsabilidade pelos ensinamentos primários sobre valores éticos e morais. Nesse viés, Pereira (2015, p. 401) preleciona:

O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência

propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/ constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

O instituto do abandono afetivo é algo relativamente novo no âmbito jurídico, porém o dano moral não o é. E a negligência afetiva se mostra como sendo uma nova faceta do dano moral que vem ganhando espaço nas discussões jurídicas, especialmente quanto às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, as quais serão analisadas a seguir.

#### 4.2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O ABANDONO AFETIVO

Para que haja o reconhecimento da responsabilidade civil é necessário comprovar os pressupostos previstos em lei, tais como, a conduta, a culpa *lato sensu*, o nexos causal e o dano, podendo esse ser de ordem moral ou material.

Hodiernamente não há como negar que o abandono afetivo dos filhos, pelo descumprimento dos deveres inerentes a seus pais em razão do poder familiar, é fundamento para a condenação por dano moral. Tendo em vista que a reparação objetiva retornar o *status quo ante*, quando isso não é possível, ela tem caráter punitivo-preventivo, aliada a uma necessidade pedagógica, com a finalidade de funcionar como um freio ao ato danoso de negligenciar direitos daqueles que não escolheram nascer (PEREIRA, 2015).

Porém, é necessário analisar o caso concreto com muita cautela, tanto pelo fato do conflito se desenvolver no seio da entidade familiar, como também por ter pai e filho como partes litigantes, pois ainda que o Estado tenha interesse na preservação da família, devem-se observar seus limites de atuação. Assim, Dias (2015, p. 63) destaca:

As peculiaridades que envolvem as questões familiares exigem que magistrados, promotores, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada. Devem atentar para o fato de que trabalham com o ramo do direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações.

Sobre a matéria percebe-se como é delicada a função desempenhada pelo operador do direito quando se vê diante de um conflito dessa natureza, no qual ele deve mensurar o valor

do dano da ausência do pai na vida do filho. Por isso, o comportamento ilícito do pai deve restar claramente comprovado nos autos do processo, pois é imprescindível que haja a configuração do efeito danoso aos direitos da personalidade do filho. Esse é o ponto onde residem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais: há ou não há a possibilidade de reparação civil pelo genitor ausente?

Juristas que entendem não ser cabível a indenização pelo ato defendem a impossibilidade de obrigar um pai amar o filho ou de poder quantificar de maneira pecuniária sentimentos como amor e afeto. Nessa vertente se posiciona Lizete Schuh (2006, p. 67-68).

É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário.

Assevera-se que não há como obrigar alguém amar o outro, ainda que esse seja seu próprio filho, porque a entidade familiar está pautada em uma comunhão plena, onde os laços de afeto não podem ser impostos, correndo o risco de surtir efeito diverso daquele pretendido, pois “No lugar de proporcionar união e respeito mútuos, a obrigatoriedade causará discórdia e sentimento de desamparo. A liberdade é pressuposto do afeto” (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 586).

Com efeito, para esta corrente doutrinária é impossível auferir valor monetário ao afeto que não foi dispensado ao filho. Não podendo o genitor ser punido a não ser por aquelas sanções previsto no Código Civil vigente, concernentes ao não cumprimento dos encargos inerentes ao poder familiar, as quais foram elencadas no primeiro capítulo.

O entendimento dos magistrados também foi corroborado por essa mesma visão ao tratar os primeiros casos sobre o abandono afetivo, rechaçando a ideia de qualquer tipo de indenização pecuniária como forma de punir o genitor ausente, como bem demonstra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prolatada nos autos da Apelação Cível.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE VISITA PATERNA COM CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A paternidade pressupõe a manifestação natural e espontânea de afetividade, convivência, proteção, amor e respeito entre pais e filhos, não havendo previsão legal para obrigar o pai visitar o filho ou manter laços de afetividade com o mesmo. Também não há ilicitude na conduta do genitor,

mesmo desprovida de amparo moral, que enseje dever de indenizar. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 70044341360 RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 23/11/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2011)

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul entenderam que tal indenização seria incabível dentro da seara do Direito de Família, por correr o risco de abalar ainda mais a relação entre pai e filho ou pelo fato da ausência do genitor não caracterizar qualquer ato ilícito, assim não ensejando dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABANDONO AFETIVO DO FILHO PELO PAI. QUADRO NÃO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO. É imprescindível ter cautela e reflexão ao analisar um pedido de indenização por danos morais por abandono afetivo de pai ao filho, pois constitui dever do Poder Judiciário tentar, de todas as formas, preservar a relação familiar entre pai e filho e, em caso de estar ela abalada, evitar o agravamento ou o fosso que separa genitor e gerado. Assim, uma eventual condenação à indenização por danos morais poderia afastar definitivamente o pai do filho, acarretando prejuízo de relevante monta para o convívio futuro das partes ou pela falta deste. Ademais, não se pode incentivar o nexó direto entre as relações afetivas e a sua patrimonialização, pelo simples fato de que as primeiras são muito mais valiosas e não merecem ser reduzidas a um valor meramente pecuniário, principalmente quando se vislumbram traços de ânimo de caráter vingativo, ou de represália. (TJ-SC - AC: 233442 SC 2010.023344-2, Relator: Jaime Luiz Vicari, Data de Julgamento: 10/06/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. ,de Imbituba).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. MAJORAÇÃO DO PENSIONAMENTO. CABIMENTO. A necessidade alimentar dos filhos menores é presumida, incumbindo, aos genitores, o dever de sustento. Em ação que envolve pedido de alimentos, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor pleiteado, consoante dispõe o art. 333, inciso I, CPC. A pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Apelação parcialmente provida, de plano. (Apelação Cível Nº 70055097422, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/09/2013)

Ademais, enquanto nos Tribunais acima referidos persistia o entendimento da impossibilidade de quantificar valor pelo dano provocado ao filho abandonado, outros magistrados, a exemplo da Ministra Nancy Andrighi, divergiam desse posicionamento, defendendo que há caracterização de dano moral em casos da ausência do genitor.

O Recurso Especial nº 1.159.242-SP acolhido pela Ministra Nancy Andrichi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, teve papel preponderante para essa visão do instituto. Trechos do citado acórdão:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.[...]

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.[...] (STJ, REsp. 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 24/4/2012)

A Ministra condenou o pai pelo abandono físico e psíquico da prole e ainda acrescentou: "Amar é faculdade, cuidar é dever"; considerando o genitor omissos aos deveres de cuidar e educar, implicitamente presentes no art. 227 da Constituição Federal de 1988, assim merecendo haver reparação pecuniária pelo ato ilícito praticado.

Sobre a matéria, a 2ª Turma Cível do TJDFT manteve a sentença da juíza da 3ª Vara Cível de Brasília, no qual condenou o genitor a indenizar seu filho por dano moral em decorrência do abandono afetivo.

O processo de nº 2013.01.1.136720-0 teve início na 3ª Vara Cível de Brasília, momento em que a Magistrada julgou procedente em parte o pedido em que o filho pleiteou indenização a título de dano moral pelo abandono afetivo. A decisão foi regradada pelo entendimento de que não é a falta de afeto que enseja o dano, e sim por estar presente no caso ora analisado os elementos da responsabilidade civil subjetiva, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. A sentença prolatada foi mantida em grau recursal, pela 2ª Turma Cível do TJDFT.

Nesse diapasão, alguns civilistas, a exemplo Paulo Lôbo (2008) e Dias (2015), também explicam a possibilidade de haver a caracterização do dano moral e posterior reparação em virtude da conduta desidiosa do genitor, respaldando a defesa nos princípios da

dignidade da pessoa humana, da afetividade e da paternidade responsável, Assim, Dias (2015, p. 97) acrescenta que “[...] a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele”.

Em sequência, Pereira (2015, p. 403) partilha do mesmo entendimento ao analisar o abandono afetivo sob a ótica da responsabilidade civil, devendo o pai ser punido pelo ato infracional.

A responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator. O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais.

Diante do exposto, fica claro que a atitude que se deseja punir não está relacionada a amar ou não o filho, estando adstrita ao exercício legal de cuidar e proteger, ou seja, de desempenhar os deveres que a paternidade exige, ou como parte da doutrina defende, está relacionada à compensação daquele que teve seus direitos da personalidade violados.

Nesse enredo surge um relevante questionamento, será que uma simples indenização, independentemente do *quantum*, pode suprir, mesmo que minimamente, todos os atos lesivos causados na vida daquele que cresceu abandonado? Esse é o objetivo principal a ser analisado no tópico a seguir.

#### 4.3 CRITÉRIOS ANALISADOS PARA A FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

A reparação pelo abandono afetivo está relacionada ao instituto da responsabilidade civil. Desta forma, para que haja a condenação do genitor ausente deve-se analisar o caso concreto com muita cautela, para que se possa perceber todos os pressupostos essenciais da responsabilização, a saber, a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

O comportamento do pai, tido como ilícito civil deve restar claramente comprovado em dada situação, pois nem sempre o simples abandono é suficiente para que seja configurado o dever de reparar. Tendo em vista que, o dano moral é essencial, esse por sua vez entendido como uma lesão aos direitos inerentes à personalidade (TARTUCE, 2016).



No que tange o nexa causal, é fundamental que os abalos e sofrimentos suportados pela vítima tenham relação direta com a conduta negligente de seu genitor, pois, mesmo que não exista qualquer relação afetiva entre pai e filho e os danos sofridos pelo filho não sejam frutos do abandono não poderá se falar em responsabilidade civil, por não estar presente o elo entre os fatos (CAVALIERI, 2015).

Com relação ao dano é imprescindível que o Magistrado, através de estudos, laudos e perícias, consiga reunir provas suficientes para demonstrar o sofrimento e os abalos psicológicos suportados pelo filho, para que assim seja possível mensurar a extensão e a causa do dano, critérios importante para quantificação do valor indenizatório (HIRONAKA, 2012).

Por esses e tantos outros fatores é importante analisar com bastante afinco e empenho o caso concreto, pois é sabido que a caracterização da responsabilidade civil pelo abandono afetivo poderá causar grande demanda de ações infundadas, com o único fim de enriquecimento ilícito. Nessa esteira preleciona Madaleno (2015, p. 367):

A própria identificação episódica da ocorrência do dano moral é uma tarefa árdua ante a ausência de requisitos claros e objetivos sobre a sua fundamentação, e dentro do espaço familiar esta dificuldade é ainda maior, na medida em que, os relacionamentos interpessoais são, em sua essência, singulares em razão do seu principal elo, o afeto.

Quanto à fixação do valor condenatório pelo abandono afetivo, esse não tem o condão de tornar o *status quo ante*, como ocorre em casos de dano material, o que se pretende alcançar é a punição do genitor omissa com relação aos deveres impostos em razão do poder familiar. Veja-se:

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena. (DEDA *apud* MELO, 2011, p. 12).

Quando um filho é abandonado pelo pai, não resta dúvidas que houve violação a múltiplos direitos, tanto da personalidade como aqueles inerentes ao âmbito familiar. Exemplo deste último é a convivência em um lar saudável, com a participação do pai na sua criação e desenvolvimento.

Nesta senda, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente descreve sobre a convivência familiar como direito fundamental: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família [...], assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

Portanto, é inquestionável que a negligência afetiva produz grandes consequências na vida do filho, comprometendo, inclusive, sua formação psicológica. Desta forma, é perfeitamente cabível a indenização pecuniária por aquele que originou tais danos.

#### 4.4 A INFLUÊNCIA DOS PAIS NO DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS

Em princípio, cumpre salientar sobre o papel que a família desempenha na formação e desenvolvimento saudável do menor, sendo dela a responsabilidade pela formação da personalidade do indivíduo e os seus genitores o encargo da criação, proteção e cuidado. Nesse contexto descreve o ECA, em seu art. 3º:

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 a 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.

Desta feita, o texto normativo apresenta-se ligado ao princípio da paternidade responsável, por assegurar direitos e garantias fundamentais buscando o sadio desenvolvimento da criança e por frisar, mesmo que implicitamente, o entendimento de que o cuidado e a proteção do pai ao filho não se restringe apenas ao sustento material, ou seja, as facilidades e oportunidade mencionadas, mas se relacionam também com o convívio e interação paterno-filial.

No entanto, o dever dos pais para com seus filhos não se limita apenas ao sustento material, mas a criar laços afetivos, capazes de educar pela lei do amor, compreendendo e servindo de espelho, ensinando costumes e valores morais, repreendendo quando necessário e acima de tudo mostrando o real valor da família. Assim prevê o Princípio 6º da Declaração dos Direito da Criança de 1959 que para um desenvolvimento saudável e harmonioso da

personalidade do menor é necessário amor e compreensão, sendo essencial o convívio e os cuidados dos pais, em um ambiente de afeto e segurança moral e material.

Desta forma, não há dúvida sobre a importância da entidade familiar para um filho, é através dela que ele consegue construir sua própria identidade.

Família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo. (CINTRA, 2012, p. 84, *apud*, RAMOS, 2016, p.30)

O pai e a mãe realizam um trabalho conjunto na formação psíquica, espiritual e moral do filho, cada um tem uma parcela de contribuição. “Nenhuma criança nasce educada, sendo necessário que os pais, num esforço cotidiano, formem-lhe o caráter e lhe infundam bons princípios” (RAMOS, 2016, p.45).

A criança, quando em processo de desenvolvimento, vê em seus pais um exemplo a ser seguido, isso mostra quão tamanha é a responsabilidade nos ensinamentos, pois se seus genitores mostram um comportamento agressivo e intolerante, elas tendem a copiar a mesma conduta. Nesse sentido, Caetano (2014) descreve que a criança se encontra ligada e unida à atitude psíquica dos pais, e não é de causar surpresa se a maioria das perturbações psíquicas verificadas na infância relaciona-se a algo perturbado na atmosfera psíquica dos pais.

Atualmente, um grande equívoco dos pais é enxergarem a escola como a principal instituição responsável pela formação e educação da criança, o que não é! A instituição que tem esse poder é a familiar, é ela que tem a capacidade de transferir os primeiros ensinamentos éticos. A escola é complementar, visto que, de nada adiantaria a criança receber os devidos ensinamentos e, em seu lar ser exposta a uma convivência conturbada, desrespeitosa e violenta.

É preciso esclarecer também que a boa convivência dos filhos com seus pais não se limita apenas quando o casal vive sob o mesmo lar; aqueles divorciados ou separados judicialmente também têm a possibilidade de conviver em harmonia. Foi justamente pensando nisso que a guarda unilateral fora substituída pela guarda compartilhada, para que fosse assegurado o contato do filho com ambos os pais.

Por tudo ora exposto, é evidente que os valores repassados pelos pais e o convívio afetivo no seio familiar tem influência significativa para a construção do ser humano.

#### 4.5 AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO

O pai carrega em si uma conotação de herói para seus filhos, eles são protagonistas na vida desses, estabelecem laços afetuosos, ensinando sobre a distinção entre certo e errado, garantem a proteção no simples gesto de segurar na mão dos filhos quando ainda crianças, servem de exemplo quanto à maneira de se portarem diante de outras pessoas e desenvolvem a capacidade de confiança no convívio. Então, o que acontece quando essa relação é rompida ou sequer é estabelecida?

De acordo com Dias (2015) a forma negligente de tratamento do pai para com seu filho tem consequências irreparáveis, como danos emocionais e sequelas psicológicas, comprometendo seu desenvolvimento, por ser a figura paterna elementar na ruptura íntima mãe-filho e pela inserção do filho no meio social, entre irmãos e parentes.

Boechat (2009) partilha desse mesmo entendimento ao defender que a afetividade materializa a sensação de bem estar, sendo peça chave na construção do ser de maneira íntima, contribuindo para o desenvolvimento da autoestima e capacitando o filho para superar dificuldades. Ela ainda conclui dizendo que o afeto é uma necessidade biológica para o indivíduo.

Nessa esteira, se o sentimento de afeto produz no outro o desenvolvimento da autoestima e da superação, é cediço que a rejeição causa efeito oposto, como a raiva, a mágoa e a baixa estima e tudo isso são fatores que contribuem para que a criança ou o adolescente passe por sérios problemas psicológicos.

Sobre o assunto, a psicóloga jurídica Ivone Souza (2009, p. 4) estabelece os seguintes contornos:

Na persistência dos abandonos, com frequência abate-se sobre a criança um sentimento de decepção e auto desvalorização pelo rechaço paterno, por menores que sejam as queixas organizadas que consiga manifestar. As ideias de incapacidade, de não ter podido gratificá-lo, além de expor a criança a sentimentos de tristeza, se traduzem em muitos casos pelas dificuldades de aprendizado e quadros psicossomáticos, que se não atendidos evoluem para as dificuldades adolescentes, justamente quando será inequívoco incluir o pai nos planos terapêuticos. Outras crianças respondem com manifestações de raiva com que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe as responsabilidades pela ausência paterna.

Pelo ensinamento da doutrinadora, não se pode negar que a negligência afetiva do genitor durante a formação e desenvolvimento do filho origina danos de ordem psicológica e moral que podem acompanhá-lo no decorrer da vida, podendo gerar lesões irreparáveis na adolescência e/ou na fase adulta.

Nesse caminho, vale salientar que o rompimento do vínculo afetivo pode causar dano imperceptível em um primeiro momento, vindo a surtir efeitos mais tarde, como o comportamento antissocial na adolescência, isolamento, o consumo de álcool e outras drogas e o desenvolvimento de comportamento agressivo (WEISHAUPT; e SANTORI, 2014).

As consequências suportadas pelo filho abandonado não são sentidas apenas no campo moral e psicológico, eles atingem o modo de vida, o desempenho escolar, os aspectos materiais e financeiros da criança ou adolescente. Nesse desiderato, de acordo com o psicoterapeuta e doutor em psicologia Alberto Pereira Lima Filho *apud* MACHADO (2014):

Os números revelaram ainda que esses lares sem a presença do pai aumentam em quatro vezes o risco de a criança viver na pobreza. Apresentam níveis mais elevados de comportamento agressivo, duas vezes mais riscos de mortalidade infantil. Essas crianças são mais propensas à delinquência e a problemas com a lei. Tem sete vezes mais probabilidade de engravidar na adolescência e maior chances de sofrer maus tratos e negligência. Crianças que sofrem com a ausência do pai são mais propensas ao uso e abuso de álcool e drogas, duas vezes mais propensas à obesidade e ao abandono dos estudos. No Brasil, uma pesquisa do Datafolha revelou que 70% dos menores infratores internados na antiga Febem não viviam com o pai.

O problema não está adstrito somente à convivência, porque às vezes a criança habita a mesma casa de seu genitor e mesmo assim sofre abandono. A questão se trata da forma de relacionamento, como por exemplo, quando o pai não participa das mudanças vivenciadas pelo filho ou quando não cumpre o papel que lhe cabe em questões concernentes à orientação e construção de sua personalidade.

Diante de tudo que fora exposto, é forçoso concluir que a indenização, independentemente do valor atribuído à compensação pelo dano causado na vida do filho, nada mais é do que um paliativo perto de tudo que ele sofre por não ter a presença de seu pai ou sua mãe, visto que nenhum valor é capaz de minorar os impactos causados pelo abandono.

Esta concepção de que pagando está tudo certo de nada serve para solucionar ou amenizar o dano que a ausência do afeto inflige na autoestima da pessoa abandonada, até porque, talvez nem mesmo exista uma solução para este

problema que não seja a retomada do convívio outrora relegado [...] (MADALENO 2015, p. 373).

Por fim, há controvérsias sobre a possibilidade de imputar a responsabilização ao genitor pelo abandono afetivo, por enxergar a valoração do sentimento como algo impossível de ser mensurado ou sob a justificativa que o processo judicial não é o melhor caminho.

No entanto o que se tenta provar através de julgados e discussões favoráveis a responsabilização é de que não há a pretensão de compensar a vítima por um amor que ele não recebeu: o que se almeja é punir uma conduta negligente que impediu um ser humano de ter o pleno desenvolvimento de sua personalidade, por ter sido abandonado por aquele que tinha obrigação não de amá-lo, porque isso foge da esfera do possível, mas de exercer deveres, que em parte, eram intransferíveis, personalíssimos e insubstituíveis.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as alterações ocorridas no âmbito familiar atingiram significativamente outras áreas do Direito, como a seara Civil, especialmente o Direito de Família e no Direito Obrigacional. O Direito Constitucional, com relação aos princípios e garantias fundamentais, que fortaleceram os indivíduos na condição de membro familiar; e o Direito da Criança e do Adolescente, concernente às medidas protetivas da criança e do adolescente, visando uma formação saudável.

Destarte, todas essas mudanças acabaram por reconhecer o afeto como elemento fundamental para a composição da família. O advento dos princípios constitucionais corroborou para o surgimento de uma nova conotação do Direito de Família, principalmente no tocante as relações entre seus membros, seus direitos e a possibilidade de haver a responsabilização ao genitor pelo descumprimento dos deveres inerentes a paternidade. Com isso, percebeu-se o quanto o convívio familiar era importante no desenvolvimento do indivíduo.

Diante dessa evolução e da ênfase que a relação afetiva ganhou, a responsabilidade do genitor na criação e proteção da prole passou a ser ainda maior, visto que os deveres paternais já não mais se limitavam ao sustento material. Nessa esteira, o instituto da responsabilidade civil começou a habitar o bojo familiar.

Nesse diapasão, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de por intermédio do instituto da responsabilidade civil, punir o genitor que descumpriu deveres paternais, fora comprovado que não há qualquer impedimento legal para que isso ocorra. Contanto que reste comprovado todos os pressupostos elementares, quais sejam, a conduta, o nexo de causalidade, a culpa e o dano, esse último foi dado maior atenção por ser o responsável pelos critérios para quantificar o *quantum* reparatório.

Dessa forma, ficou claro que a punição do pai com a suspensão do poder familiar ou a extinção, em alguns casos, não são suficientes, sendo imprescindível analisar o caso concreto, suas peculiaridades e a extensão do dano causado, visto que em algumas situações deve haver a possibilidade do genitor ser condenado a indenizar moralmente seu filho em função do abandono afetivo.

Por outro viés, é necessário ratificar que o valor quantificado a título indenizatório pelo abandono não almeja suprir um sentimento inexistente na relação paterno-filial. As decisões dos Tribunais que são favoráveis à responsabilização nesses casos entendem que

devem estar comprovados todos os elementos essenciais da responsabilidade civil; segundo, se houve violação ao bem jurídico tutelado, extrapatrimonial, quando descumprido o *mínus* paternal; e por fim, devendo comprovar que a negligência paterna causou transtornos e sequelas muitas vezes irreparáveis ao filho, restando configurado o dano de ordem moral.

Com efeito, a reparação do genitor pelo Abandono Afetivo além de ser punitivo carrega em si um caráter preventivo, aliado a uma necessidade pedagógica, com o intuito de inibir condutas dessa natureza.

Assim, ainda que muitos doutrinadores e juristas entendam pela possibilidade à punibilidade do pai pelo desamparo afetivo, não há um consenso sobre a temática. Nesse sentido, a doutrina moderna assegura que a discussão ainda há muito que se avançar, pois a maior dificuldade encontrada pelos operadores do direito repousa nos critérios probatórios do dano e naqueles que devem ser levados em consideração para mensurar um valor razoável a título de indenização, sem adentrar no campo do enriquecimento ilícito, tampouco ser uma quantia irrisória.

Diante da conjuntura atual, apesar de já se ter estabelecidos inúmeras discussões que ensejaram na normatização da matéria, é imperioso que haja assentimento quanto aos critérios condenatórios, objetivando assim amenizar as controvérsias e salvaguardar a segurança jurídica com relação à matéria.

Portanto, diante de tudo que fora exposto, ainda que persistam entendimentos contrários à imputação da responsabilização ao genitor pelo Abandono Afetivo da prole, o posicionamento mais razoável e que encontra amparo no ordenamento jurídico através de princípios, normas e garantias fundamentais, é de que é possível a punição a título de dano moral por aquele que tinha o dever de criar, proteger e contribuir para a formação do indivíduo na condição de criança ou adolescente. Defender posição contrária fere o que o ordenamento jurídico preleciona sobre os Direitos da Pessoa Humana, principalmente concernente ao princípio da Dignidade.



## REFERÊNCIAS

ALMADA, Renato de Mello. **O STJ e Dano Moral pelo abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199074,21048-O+STJ+e+o+Dano+Moral+por+Abandono+Afetivo>> Acesso em: 7 fev. 2017

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (Revogado) Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 11 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 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)> Acesso em: 11 jan. 2017.

BOECHAT, Hildeliza Lacerda Tinoco Cabral. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/01.afetividade.como\\_.fundamento.na\\_.parentalidade.responsavel.pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/01.afetividade.como_.fundamento.na_.parentalidade.responsavel.pdf)> Acesso em: 18 fev. 2017.

CAETANO, Eneide. **A influência do comportamento dos pais na vida dos filhos**. Disponível em: <<http://portal.tvsupercanal.com.br/?p=5771>> Acesso em: 12 jan. 2017.

CASTRO, de Vanessa; BAGATINI, Júlia. **O princípio da afetividade e o dano moral no direito de família**. Disponível em: <<http://www.faiacadades.edu.br/eventos/MICDIR/VIIMICDIR/VIIMICDIR/arquivos/artigos/ART42.pdf>> Acesso em 20 jan. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. **In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=9019> Acesso em 18 jan. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: vol 3: responsabilidade civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: vol 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, vol. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção sinopses jurídicas; v. 2)

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Daniel. **As tristes consequências da ausência paterna**. Disponível em: <<http://destrave.cancaonova.com/as-tristes-consequencias-da-ausencia-paterna/>> Acesso em: 20 fev. 2017.

MADALENO, Rafael. Responsabilidade Civil pela Ausência ou Negligência nas Visitas. IN: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade Civil no direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral** – problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

ONU. **Declaração dos Direitos da Criança de 1959**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>> Acesso em: 18 de fev. de 2017.

PAI é condenado a indenizar filho por abandono afetivo. **In: TJDF**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/pai-e-condenado-a-indenizar-filho-por-abandono-afetivo>> Acesso em: 17 fev. 2017

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2ed. Editora Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. IN: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade Civil no direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SALOMÃO, Felipe Luis **STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-08/luis-felipe-salomaostj-uniformizar-entendimento-abandono-efetivo>> Acesso em: 08 fev. 2017.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/13 - Dez/Jan 2009**.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/Guarda\\_Tutela/gt\\_jurisprudencia\\_guarda\\_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf)> Acesso em: 15 fev. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. v. 5: Direito de Família. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. AC: 233442 SC 2010.023344-2, Relator: Jaime Luiz Vicari, Data de Julgamento: 10/06/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. ,de Imbituba. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6527666/apelacao-civel-ac-78501-sc-2002007850-1>> Acesso em: 15 de fev. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70055097422, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/09/2013. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 23/11/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20917939/apelacao-civel-ac-70044341360-rs-tjrs>> Acesso: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. AC: 70044341360 RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 23/11/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20917939/apelacao-civel-ac-70044341360-rs-tjrs>> Acesso em: 15 fev. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção direito civil; v.4)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil; v. 6)

WEISHAUPT, Gisele Carla; SANTORI, Giana Lisa Zanardo. **Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização.** 16/11/2009. Disponível em: <[http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142\\_415.pdf](http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf)> Acesso em: 18 fev. 2017