

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL**

**DÉLCIO MARCELO NIESWALD**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO GENITOR**

Santa Rosa (RS)  
2013

**DÉLCIO MARCELO NIESWALD**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO GENITOR**

Trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, como requisito para a aprovação no componente curricular Trabalho de Conclusão de Curso. DCJS - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: MSc. Fernanda Serrer

Santa Rosa (RS)

2013

*Dedico este trabalho à minha família, aos meus amigos, professores e colegas pelo incentivo, apoio e confiança em mim depositados durante o período de estudos acadêmicos.*

## AGRADECIMENTOS

*À minha família, que sempre esteve presente e me incentivou com apoio e confiança, abrindo mão de horas de lazer e da minha companhia e com quem aprendi que a estrada para a caminhada somos nós mesmo que fazemos.*

*À minha orientadora Fernanda Serrer, com quem eu tive o privilégio de conviver e contar com sua dedicação, disponibilidade e paciência, me guiando durante a realização dessa monografia.*

*Aos meus colegas de trabalho da Inspeção de Defesa Agropecuária de Santa Rosa, que colaboraram sempre que solicitados, com boa vontade e generosidade, enriquecendo o meu aprendizado.*

*Aos colegas, professores e funcionários da UNIJUÍ, que foram importantes para a jornada acadêmica e concretização dessa etapa da minha vida.*

*“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.” Rui Barbosa*

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso visa abordar as mudanças do direito de família após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e como essas mudanças interferiram nas relações familiares. Novos deveres que elevaram todos os membros da família a um mesmo patamar, onde se busca a realização individual em primeiro lugar. O trabalho discute se a falta de afeto do genitor acarreta a responsabilização civil e se a falta da convivência com o genitor fere a dignidade da pessoa humana. Verifica ainda em quais situações concretas deve existir o dever de indenizar por abandono afetivo e os pressupostos necessários para essa responsabilização, analisando as últimas decisões dos Tribunais para verificar o seu entendimento referente a responsabilização de danos morais por abandono afetivo e ainda buscando quais são perspectivas legislativas para o assunto.

Palavras-Chave: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Indenização.

## **ABSTRACT**

This final paper aims to address the ongoing changes in family law after the entry into force of the Constitution of 1988 and how these changes affected the family relationships. New duties brought all family members to the same level, where individual achievement is sought first. The paper discusses, if the lack of affection from the parent leads to civil liability and the lack of familiarity with the parent hurts the dignity of the human person. It focuses still in which concrete situations must exist a duty to indemnify emotional distance and the assumptions required for this accountability, analyzing the latest decisions of the courts to check the understanding regarding the accountability of moral damages for emotional distance and still searching what the prospects laws are for the subject.

Keywords: Family. Emotional distance. Liability. Moral damage. Indemnity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>11</b>
1.1 Evolução do conceito de família.....	12
1.2 Princípios do direito de família.....	15
1.3 Noções gerais acerca da responsabilidade civil .....	18
1.4 Responsabilidade civil no âmbito familiar .....	23
<b>2 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL.....</b>	<b>26</b>
2.1 Filiação e paternidade.....	26
2.2 Paternidade e relação de afeto.....	27
2.3 Possibilidade de condenar os pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais.....	28
2.4 Inaplicabilidade da condenação dos pais ao pagamento se compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais .....	36
2.5 Perspectivas legislativas .....	42
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>48</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um estudo acerca da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos genitores. Busca investigar as consequências do abandono afetivo e se o abandono é passível de gerar dever de indenizar o abandonado. Ao longo do trabalho analisaremos quais os pressupostos da responsabilidade civil são necessários para caracterizar o abandono afetivo indenizável por dano moral. Sendo a família a entidade jurídica protegida pela Constituição Federal e por leis ordinárias buscaremos informações referentes a mudanças sócio legislativas responsáveis pela consolidação do afeto como elemento caracterizador das relações familiares e a busca constante da dignidade da pessoa humana.

Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas bibliográficas e por meio eletrônico, analisando também as decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados, assim como os julgados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para enriquecer a coleta de informações e permitir um aprofundamento no estudo.

No primeiro capítulo, é estudado o conceito de família e sua evolução através do tempo e os diversos tipos de família das épocas mais remotas até as mais modernas. Também é feita uma análise dos princípios atuais do direito de família, além de uma abordagem acerca das noções gerais de responsabilidade civil e o conceito de dano moral aplicável ao direito de família brasileiro.

No segundo capítulo é analisado o direito de filiação e o dever da paternidade. Também são analisados a paternidade e relação de afeto. Em seguida

buscaremos a posição do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilização civil por abandono afetivo dos genitores, assim como o entendimento dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. E, por fim, perspectivas legislativas referentes ao dano moral nas relações afetivas e familiares.

## 1 FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Houve épocas em que falar em responsabilidade civil no âmbito familiar era algo impossível de se imaginar, porque o pai detinha o poder supremo sobre toda a sua família, inclusive o poder de condenar à morte qualquer familiar que cometesse algum ato por ele julgado como errado. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 31):

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.

Esse entendimento de família foi evoluindo com o passar dos tempos, inclusive na sociedade brasileira. Com a Constituição Federal de 1988 e a confirmação do princípio da dignidade da pessoa como princípio constitucional, as leis infraconstitucionais foram editadas traçando novos rumos para o direito de família.

A partir desse momento a família passa a ser vista como um lugar para a realização pessoal, conforme aponta Sumaya Saady Morhy Pereira (2007, p. 88):

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função de realização das exigências humanas.

No mesmo compasso a responsabilidade civil no âmbito familiar começou a se desenvolver após a Constituição Federal de 1988. Foi a partir da atual carta constitucional, em especial do conteúdo do artigo 5º, incisos V e X que se reconhece, em nível constitucional, a possibilidade de experimentação de danos extrapatrimoniais mediante o reconhecimento do dano de natureza moral.

Desse momento em diante e, principalmente após a entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro as temáticas da responsabilidade civil nas relações familiares começaram a ser debatidas nos mais diversos segmentos jurídicos, conforme aponta Aline Biasus Suarez Karow (2012, p. 207):

Pedidos de indenização por quebras esponsais, dano moral por infidelidade, por denegrir a imagem do outro cônjuge em público, abandono no altar, reparação por contágio do vírus HIV, tem-se ouvido falar até em direitos da amante.

Sendo assim, hoje o instituto da responsabilidade civil é perfeitamente aplicado no direito de família brasileiro.

### **1.1 Evolução do conceito de família**

O conceito de família vem evoluindo no decorrer dos tempos. No estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações interpessoais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros do grupo que integravam a tribo. Nas sociedades primitivas, conforme Sílvio de Saulo Venosa (2009, p. 3):

[...] a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto com a mãe, que a alimentava e a educava. Já a família do direito romano era baseada no princípio da autoridade do poder do pai, sendo este poder exercido pelo ascendente mais velho vivo que possuía até mesmo o direito de vida e morte dos seus descendentes.

As regras do sistema familiar romano foram sendo atenuadas com o passar do tempo, principalmente devido às necessidades militares, dando maior autonomia às mulheres e aos filhos, passando assim a existir a concepção de família cristã, passando as preocupações para a ordem moral. A igreja começa a ter maior atuação na sociedade através das regras cânones, assim surgindo também o sacramento do casamento, sendo que a responsabilidade da união entre o homem e a mulher era atribuída a Deus.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 32) “Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido.”

Com todas as transformações pelas quais passou a família, adaptou-se a realidade da sociedade, passando a ter uma conotação contratual. Passa a vigorar a liberdade de contrair ou desconstituir a sociedade conjugal no momento em que não existir afinidade suficiente para manter a união dos cônjuges.

A família brasileira sofreu influências dos mais variados direitos, principalmente do direito canônico, conforme aponta Gonçalves (2012, p. 32):

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa.

Paulo Lôbo (2009, p. 20-24) discorre que o direito da família brasileira refletiu as condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes na sociedade sendo que se demarcam três principais períodos.

O direito de família religioso ou direito canônico que vigorou desde o descobrimento do Brasil até a Proclamação da República em 1889. Neste período o direito de família era matéria reservada ao domínio da Igreja Católica, pois como o Brasil era colônia de Portugal sujeitava-se ao ordenamento jurídico português, que através das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas dispunham que o direito canônico regulava a família (LÔBO, 2009).

O segundo período do direito de família referido pelo autor é o direito de família laico que foi instituído a partir da República no ano de 1889 até a atual Constituição. Com a Proclamação da República foi extinto o poder do direito canônico em reger o direito de família, com isso o casamento religioso ficou destituído de qualquer efeito civil. Ainda durante o século XX até 1988 houve grandes avanços legislativos para reduzir as desigualdades dos membros da família

como o que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos, a elaboração do Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio (LÔBO, 2009).

O terceiro período apontado pelo autor é o direito de família igualitário e solidário e teve o seu início com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ampliou o conceito de família perante a sociedade brasileira, uma vez que reconheceu a união estável como entidade familiar, conferiu proteção aos filhos contra qualquer forma de discriminação entre filhos havidos no casamento ou fora dele ou mesmo filhos adotivos, bem como estabeleceu direitos e deveres entre os cônjuges (LÔBO, 2009).

Essa ampliação se deu devido à necessidade de regulamentar as situações fáticas estabelecidas dentro da sociedade, oficializando assim legislativamente as relações de uniões estáveis configuradas já reconhecidas pela jurisprudência.

Acerca do assunto dispõe Maria Berenice Dias (2011, p. 34, grifo da autora):

A sociedade só aceitava a família constituída pelo **matrimônio**, por isso a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as **relações extramatrimoniais** ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de **união estável**. Viu-se o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no livro do direito de família. [...]

A legislação brasileira já se encontra defasada com a realidade da família atual, pois nem a Constituição e tampouco o Código Civil regulamentam a existência das mais variadas formas de relações familiares, que novamente a jurisprudência está incumbindo-se de regravar. Somente as famílias matrimoniais e as resultantes da união estável, encontram-se disciplinados pelas leis.

Portanto, as uniões homoafetivas, as famílias monoparentais, parentais, pluriparentais, paralelas e eudemonistas, que são realidades de famílias na sociedade não estão abrangidas pela legislação, sendo atualmente reconhecidas

pela jurisprudência dos Tribunais. Esses novos modelos de família fundam-se numa nova roupagem como descreve Dias (2011, p. 43, grifo da autora):

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Os Tribunais já estão reconhecendo os mais variados direitos das famílias não disciplinadas nos Códigos, como a união de pessoas do mesmo sexo, o direito a pensão previdenciária por morte nos casos de união homoafetiva, a adoção por casal do mesmo sexo, a paternidade sócio-afetiva, entre muitos outros. Bastando agora a legislação adequar-se a essas várias entidades familiares.

## 1.2 Princípios do direito de família

Os princípios do direito de família atuais foram consagrados pela Constituição Federal de 1988, desvinculando a família do poder familiar do pai, que até a promulgação da nova Constituição era o único chefe da sociedade conjugal. A atual carta constitucional busca a realização e o desenvolvimento do indivíduo dentro do ambiente familiar e não o desenvolvimento da família em detrimento do indivíduo como era no passado.

Também igualou os filhos havidos durante o casamento e os concebidos fora do casamento, assim como os adotivos, proibindo qualquer ato discriminatório entre eles. Trouxe a paternidade responsável, conferindo ao casal a decisão em ter ou não filhos, devendo também a comunhão da família ser baseada na afetividade, cabendo às partes decidirem se permanecem juntas ou se separam (GONÇALVEZ, 2012).

O direito de família está alicerçado nos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, de todos os filhos, da paternidade responsável e

planejamento familiar, da comunhão plena de vida, da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar e principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana que apontam os caminhos que devem ser seguidos pela sociedade para a sua realização pessoal e também em sociedade.

O *princípio do respeito à dignidade da pessoa humana* além de ser um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 é um dos princípios basilares do direito de família atual, pois é na família que se busca o desenvolvimento e a realização dos seus membros, sendo esta a visão de Maria Helena Diniz (2009 p. 23, grifo da autora):

*Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), que constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).

No artigo 226, parágrafo 5º da Constituição encontra-se estampado o *princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros* declarando que os direitos e deveres conjugais serão exercidos de forma igual pelo homem e pela mulher, porque o Código Civil de 1916 estabelecia que o marido fosse o chefe da família.

A partir da Constituição de 1988, como entende Gonçalves (2012, p. 23), encerra-se o primado do poder marital, que restringia a mulher a realização das tarefas domésticas e a geração de filhos, não podendo esse entendimento ser admitido na época atual, visto que os grandes avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e na sociedade, confirmando verdadeira evolução no campo social.

Outro princípio trazido pela Constituição foi o da *igualdade jurídica de todos os filhos*, não podendo fazer-se distinções ou discriminações entre os filhos decorrentes do casamento e os concebidos fora dele ou por adoção, nesse sentido aduz Gonçalves (2012, p. 24):



O princípio ora em estudo não admite distinções entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

O *princípio da paternidade responsável e planejamento familiar* têm por base a livre escolha do casal no tocante ao planejamento familiar, cabendo ao casal a livre paternidade, não podendo o poder público interferir nas escolhas realizadas pelo casal, competindo ao casal zelar pelos direitos do filho, como alimentação, saúde, educação, lazer e principalmente o afeto e a dignidade. Esse princípio está estabelecido na Constituição Federal, artigo 226, parágrafo 7º e no Código Civil artigo 1565, parágrafo 2º.

Pelo *princípio de comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes*, busca-se manter a harmonia e companheirismo nas relações familiares, devendo prevalecer os laços de afetividade. Em não sendo mais possível manter os laços afetivos, pode-se dissolver a união sem a necessidade de discussão acerca da culpa de qualquer dos envolvidos, como entende Lôbo (2009 p. 1):

[...] a família atual está matizada em paradigma que explica a sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

O *princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar* pode se realizar através do casamento ou da união estável, não podendo o poder público interferir no planejamento familiar, na livre administração dos bens da família, no regime de bens que os cônjuges entenderem mais conveniente, na liberdade educacional, cultural e religiosa dos filhos.

Os novos princípios do direito de família buscam a realização do indivíduo no seio da família, a qual em conjunto com toda a sociedade deve proporcionar as condições necessárias para que ocorra a sua realização.

Portanto, a família está alicerçada na afetividade entre os membros do grupo familiar para chegar-se a realização individual, não se admitindo mais que somente o pai seja o chefe da família e que as suas decisões são indiscutíveis. O entendimento de Lôbo (2009, p. 15) acerca do assunto:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômicas, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

Os princípios do direito de família instituídos pela Constituição de 1988 buscam a proteção da família como sendo imprescindíveis para a concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais para toda a sociedade.

### **1.3 Noções gerais acerca da responsabilidade civil**

Antes de ingressar na responsabilidade civil por abandono afetivo buscarei algumas noções gerais acerca da responsabilidade civil. A Constituição Federal no artigo 5º, incisos V e X assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e a imagem das pessoas. Como estabelece a Constituição Federal:

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 [...]

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.

Nos tempos antigos não existia a responsabilidade como existe hoje. Ocorria a vingança privada, onde cada um realizava a sua reação de maneira espontânea, na maioria das vezes violenta, buscando a reparação do mal que havia sofrido.

Com o avanço e estruturação dos Estados Nacionais, passa a vigorar o direito público, e o Estado se coloca entre o ofensor e o ofendido para dizer qual seria a pena imposta ao ofensor. Gonçalves (2012, p. 25) explica:

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal

O artigo 186 do Código Civil estabelece que:

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.

Em cometendo ato ilícito o autor do ato fica obrigado a repará-lo conforme dispõe o artigo 927 e o seu parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.  
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse contexto Diniz (2011, p. 297) define responsabilidade civil como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, se simples imposição legal. [...]

No sistema jurídico brasileiro dois são os tipos de responsabilidade civil, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. As duas são decorrentes de atos ilícitos, variando somente a existência de culpa de uma para a outra, surgindo assim, o dever de reparar o dano e se não for possível, a condenação ao pagamento de indenização.

Na responsabilidade civil subjetiva para se caracterizar o dever de reparar ou indenizar o ato ilícito deve estar presente a conduta dolosa ou culposa do autor da ação ou da omissão. Assim entende Gonçalves (2012, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Já na responsabilidade civil objetiva não existe a necessidade de provar a ocorrência de culpa para gerar a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado, bastando estar presente o nexó de causalidade entre o dano e a ação comissiva ou omissiva do causador do fato e não havendo a necessidade do ato ser ilícito, como dispõe Diniz (2011, p. 297, grifo do autor):

*Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexó causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexó de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.*

A função do instituto da responsabilidade civil é a busca do restabelecimento do desequilíbrio causado pelo dano moral ou patrimonial pelo autor do fato ou por quem ou coisa ele é o responsável.

Na visão de Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 65-66) são três as funções da reparação civil. A primeira função é retornar as coisas ao estado em que se encontrava antes da lesão, não havendo essa possibilidade, passa-se ao pagamento de indenização. A segunda função é retornar as coisas como antes, mas como punição do ofensor. E a terceira função é de cunho socioeducativo, tornando pública a conduta do ofensor para que fatos semelhantes não sejam repetidos na sociedade.

São três os elementos essenciais para que ocorra a condenação do ofensor ao pagamento de compensação por responsabilidade civil ao ofendido: a conduta humana, o dano, e o nexó de causalidade. A culpa não é essencial para caracterizar a responsabilidade civil, assim entende Gangliano e Pamplona Filho (2012, p. 71, grifo do autor).

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os *elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil* são apenas três: a *conduta humana (positiva ou negativa)*, o *dano ou prejuízo*, e o *nexo de causalidade*, [...]

A conduta humana é a ação ou omissão realizada voluntariamente que causa prejuízo patrimonial ou dano moral a outrem. Portanto, para haver dever de indenizar os danos, a conduta humana deve ser voluntária, ou seja, é necessário que o agente tenha consciência do ato que está realizando. Isso não quer necessariamente dizer que o agente tenha a intenção de causar dano, mas somente que ele saiba o que está fazendo, pois se ele quiser causar dano deve falar-se em dolo (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Outro elemento para caracterizar a responsabilidade civil é o dano ou prejuízo que consiste em a conduta humana causar lesão que deva ser indenizada pelo agente causador, pois se não houver nenhuma lesão não há o que indenizar. A responsabilidade civil decorre da conduta de pessoa física ou jurídica que cause danos a outra pessoa, a qual vai gerar o dever de indenizar (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

O dano é classificado em dano patrimonial e dano moral. O dano patrimonial ou material é oriundo da lesão de bens economicamente apreciáveis sob dois aspectos, o dano emergente, que corresponde ao que a vítima realmente perdeu e os lucros cessantes que é o que a vítima deixou de lucrar em virtude do dano sofrido. Já o dano moral é lesão aos direitos da personalidade da pessoa, violando a sua intimidade, vida privada, imagem e honra.

Nesse sentido, o dano de natureza moral constitui-se na lesão dos direitos da personalidade. Conforme o entendimento de Gonçalves (2012, p. 379):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O dano moral para ser caracterizado deve ser de uma profundidade que fuja da normalidade, não sendo qualquer tipo de dor, aborrecimento ou mágoa do cotidiano capaz de gerar responsabilização por dano moral.

O último elemento caracterizador da responsabilidade civil é o nexo de causalidade que consiste em ligar a conduta humana ao dano causado, pois sem essa ligação não haverá o dever de indenizar. Existem três principais teorias a respeito da questão do nexo causal, que são: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

A teoria da equivalência das condições segundo Gonçalves (2012 p. 351-352) é que toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para produzir a lesão é considerada causa como causa. Porém, essa teoria poderia causar resultados absurdos no direito, como por exemplo, no homicídio o fabricante da arma com que o fato de concretizou poderia ser responsabilizado pelo resultado que a sua arma causou. Razão pela qual a teoria recebe muita crítica.

A teoria da causalidade adequada conforme aponta Gangliano e Pamplona Filho (2012, p. 136-138), utiliza somente causa como a condição que haja contribuído efetivamente para produzir o evento danoso ou que seja o mais adequado para produzir o dano. Essa teoria apresenta o inconveniente de que admitir um grande grau discricionariedade do julgador, pois fica a critério do juiz analisar se o fato ocorrido será realmente considerado causa do resultado lesivo.

Por fim a teoria que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu, baseia-se no nexo de causalidade direto, isto é, que haja entre a conduta e o dano uma relação de causa e efeito direto e imediato como aduz Gonçalves (2012, p. 352, grifo do autor):

A terceira teoria, a dos chamados *danos diretos e imediatos*, nada mais é do que um amálgama das anteriores, uma espécie de meio-termo, mais razoável. Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por

não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato de inexecução.

Das teorias analisadas, a teoria dos danos diretos e imediatos é a mais aceita e usada no direito brasileiro de acordo com o entendimento de Gonçalves (2012, p. 353, grifo do autor):

*Das várias teorias sobre nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo legal: “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”.*

Portanto, para haver a responsabilização por dano moral, devem estar presentes os três elementos básicos que são a conduta humana comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

#### **1.4 Responsabilidade civil no âmbito familiar**

No direito brasileiro a responsabilidade civil no âmbito familiar começou a se desenvolver após a Constituição Federal de 1988, pois a partir do artigo 5º, incisos V e X estabelecem-se as possibilidades de danos extrapatrimoniais através do dano moral.

O tema responsabilidade civil no âmbito da família é um tema muito delicado, pois, envolve sentimentos como o amor, o afeto, o ressentimento, a indignação, sentimentos de foro íntimo de cada pessoa.

Não se trata reparar um dano exterior, fácil de ser quantificado e reparado. Muito pelo contrário, é difícil quantificar o dano que um abandono, que uma infidelidade pode causar para a pessoa. Nesse sentido aponta Karow (2012, p.164):

A responsabilidade civil no seio da família é o tipo de responsabilidade mais “delicada” que pode ser estudada, pois confronta dois princípios muito próximos em si mesmos, aquele que coloca a dignidade do membro familiar acima de qualquer

circunstância com aquele que dispõe sobre a função social da família e a limitação da intervenção estatal.

Algumas pessoas consideram imoral a indenização pecuniária por danos morais, principalmente no direito de família, alegam que o dinheiro não vai conseguir reparar o dano causado. A esse respeito comenta Gangliano e Pamplona Filho (2012, p. 119):

[...] pois mais imoral do que compensar uma lesão com dinheiro, é, sem sombra de dúvida, deixar o lesionado sem qualquer tutela jurídica e o lesionador “livre, leve e solto” para causar outros danos no futuro.

A busca da reparação civil no direito de família não visa restabelecer o afeto ou o amor perdido, mas sim responsabilizar o causador do dano. Como entende Rolf Madaleno (2007, p. 125) em relação a possível responsabilização dos pais em relação aos filhos:

A pretensão judicial de perdas e danos de ordem moral visa reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou mãe, já não mais existindo amor para tentar recuperar. A responsabilidade pela indenização deve ser dirigida a quem causou os danos [...]

Até porque a responsabilização civil, não é só a busca de indenização pecuniária, mas tem também o objetivo socioeducativo, quando se tornam públicos os danos causados. Punindo os infratores busca-se que fatos semelhantes não sejam repetidos na sociedade, conforme argumenta Daniela Courtes Lutzky (2012, p. 161):

[...] que a responsabilidade civil não se preocupa somente com a reparação do dano: também tem por objetivo impedir a sua realização ou a sua continuação, principalmente no que concerne aos direitos da personalidade. [...]

Portanto, a responsabilidade civil no âmbito da família busca além de diminuir o sofrimento decorrente do dano sofrido através da indenização pecuniária, a prevenção que as condutas danosas não se repitam e se proliferem na sociedade.



Foi estudado nesse capítulo a evolução da família no direito, os seus princípios, noções de responsabilidade civil e a responsabilidade civil na família para buscar subsídios que possam ser utilizados no próximo capítulo, onde será abordado a responsabilização dos genitores, pelo abandono que deram causa.

## 2 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL

No segundo capítulo do trabalho serão abordados os conceitos de filiação e paternidade, as relações afetivas e a paternidade, as possibilidades ou não da condenação por danos morais oriundos do abandono afetivo e as perspectivas legislativas relacionadas com o direito de família e a responsabilidade civil.

### 2.1 Filiação e paternidade

A filiação é o parentesco natural ou legal que une os pais aos filhos que geraram ou adotaram conforme ensina Gonçalves (2012, p. 318, grifo do autor):

*Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.*

A Constituição prevê que não deverá haver qualquer tipo de designações discriminatórias relativas à filiação dos filhos, havidos no casamento ou fora dele, assim como os havidos por adoção.

Para ser considerado o pai, o genitor deve reconhecer o filho espontaneamente, registrando-o no registro civil. Nos casos em que não houver o reconhecimento voluntário ou não puder haver esse reconhecimento o Código Civil estabelece as presunções legais no artigo 1597.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Portanto, nos casos previstos nos incisos do artigo acima citados será considerado como pai, cabendo aquele que se encontrar numa das situações elencadas, cabendo a ele provar que não é o genitor real da criança.

## **2.2 Paternidade e relação de afeto**

Nas relações familiares atuais busca-se a realização e desenvolvimento pleno dos seus componentes, baseado na dignidade da pessoa humana. Assim com o advento da Constituição Federal, antigos conceitos de família começaram a ser superados. Como afirma Karow (2012, p. 26):

Um imediato resultado, em especial no direito de família, é a autenticação de uma nova “funcionalidade” familiar, abandonando os objetivos tradicionais. Agora a família também é reconhecida como um espaço para que a pessoa possa desenvolver a sua personalidade, potencialidade, individualidade com respeito mútuo e dignidade não mais estando subjugada apenas aos interesses únicos e exclusivos do grupo familiar, senão também aos interesses pessoais dos membros que a compõe.

Para o desenvolvimento saudável de uma criança e do adolescente existe a necessidade de estar a salvo de todas as formas de negligência, incluindo a psíquica, pois, uma criança ou adolescente que sofre abusos ou abandonos será um adulto insatisfeito e problemático. Tem o afeto familiar uma grande importância para o desenvolvimento saudável do indivíduo. Nesse sentido leciona Madaleno (2007, p. 113):

[...] mostram a lógica e o bom-senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto dos seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos. Pouco importa sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais a obrigação de exercerem sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole, mesmo que um filho “só crescerá de forma saudável, através das salutares construções que importam na ausência de rupturas dos vínculos socioafetivos”.

Sendo assim, de fundamental importância a existência de relações de afetividade para o desenvolvimento físico e psíquico de crianças e adolescentes.

### **2.3 Possibilidade de condenar os pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais**

Como foi visto no transcorrer do presente trabalho de conclusão de curso, a afetividade tornou-se o elemento caracterizador das relações familiares, visto que a família na atualidade preocupa-se primeiramente com o bem estar e felicidade do indivíduo e somente depois com questões financeiras e morais.

Uma vez rompida essa relação de afeto por qualquer um dos genitores sem justificativa, deixando os filhos abandonados fisicamente e emocionalmente, os juristas e os doutrinadores têm entendido possibilidade de haver a responsabilização civil por abandono afetivo. Nesse sentido Madaleno (2007, p. 113):

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos sob o poder parental ou o seu proceder malicioso, relegando descendentes ao abandono e desprezo, tem proporcionado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo do dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa.

Para configurar a obrigação de indenizar por abandono afetivo deve ser analisado o caso concreto para verificar se estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil necessários para condenação do infrator por abandono afetivo.

Os elementos necessários para configurar a responsabilidade civil são: ação ou omissão voluntária; relação de causalidade (nexo causal) e o dano. Elementos que também devem estar presentes para condenar ao pagamento de indenização por danos morais aos responsáveis pelo abandono. Sendo que a maioria dos juristas entende que o dano decorrente do abandono afetivo deve ter o elemento da culpa presente, tratando-se, portanto, de responsabilidade civil subjetiva.

A grande dificuldade para condenar por responsabilidade civil decorrente da falta de afeto é realizar a prova do dano causado, visto que o dano é causado na personalidade da pessoa e cada pessoa reage de forma diversa perante uma mesma situação. Sendo que quando ocorre o dano na infância ou adolescência

torna-se mais grave, pois ocorre no momento da formação da personalidade como dispõe Karow (2012, p. 220):

[...] Este dano torna-se mais gravoso no momento em que se dá na fase de desenvolvimento da personalidade, ocasião em que necessita de paradigmas de comportamento e ainda impressões de afeto que lhe transmitam direção e segurança para que venha a se desenvolver plenamente. [...]

A prova do dano em relação ao abandono afetivo deve ser realizada através laudos de psiquiatras e de psicólogos habilitados para avaliar a extensão dos danos causados pelo abandono afetivo como entende Karow (2012, p. 239):

[...] Para demonstração do mesmo, é necessário utilizar-se da interdisciplinaridade através dos estudos da ciência da psiquiatria e psicologia, sendo estas ferramentas mais plausíveis e disponíveis no momento para o estudo da questão.

É através da psicanálise que se consegue demonstrar os danos efetivos sofridos pelo abandonado de acordo com o entendimento de Karow (2012, p. 246):

A ciência da psicanálise demonstra que quando há a falta de afeto, abandono e rejeição, vez que a criança não encontra os modelos de identificação, ocorre a ameaça da integridade psíquica, cuja consequência é falhas no desenvolvimento da personalidade. A psicanálise serve como um importante instrumento para a demonstração real dos sentimentos e sofrimentos daqueles que são abandonados afetivamente. É uma espécie de “scanner” da alma humana, deixando claros os danos emocionais de quem é vítima do abandono afetivo.

Portanto, as provas do dano sofrido, devem ser comprovadas através de avaliações psiquiátricas fundamentadas.

O primeiro caso conhecido de procedência para condenação do genitor ao pagamento de indenização por abandono afetivo é da 2ª Vara Cível da Comarca de Torres, processo nº 141/103001203032-0 do Município de Capão da Canoa, ocasião que o juiz da comarca condenou o pai, ao pagamento de indenização no valor de R\$ 48.000,00 em virtude do dano moral sofrido pelo abandono de seu filho. Caso que

não chegou as instâncias superiores, pois o requerido não apelou da decisão de primeiro grau.

É da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte de Minas Gerais a primeira ação que chegou ao Superior Tribunal de Justiça. O Juiz de 1ª Instância julgou improcedente o pedido inicial, conforme transcrito no Recurso Especial n. 757.411 - MG 2005/0085464-3(BRASIL, 2006):

"... não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71).

A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitas ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó.

De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74).

Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder.

(...)

Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão."

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão de 1º Grau condenando o pai ao pagamento de indenização decorrente de dano moral pelo abandono conforme exposto no Recurso Especial Nº 757.411 - MG 2005/0085464-3 (BRASIL, 2006):

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais dá provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no

valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade. A ementa está assim redigida:

"INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DAAFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (fls. 125).

O Superior Tribunal de Justiça afastou a condenação à reparação civil por abandono afetivo por entender que a indenização por dano moral pressupõe ato ilícito, assim reformando o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conforme ementa a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2006).

Também era esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se pode ver na ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 567.164:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279.1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2009).

O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é contrário aos primeiros que denegavam o direito a compensação civil por abandono afetivo. O caso que foi julgado procedente tem origem do Estado de São Paulo.

O juiz da instância inicial indeferiu o pedido da autora sob o argumento de que o distanciamento entre o pai e a filha aconteceu devido ao comportamento agressivo da mãe da autora com o pai, conforme exposto no relatório do Recurso Especial nº 1.159.242-SP (BRASIL, 2012):

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença de 1º grau e reconheceu que no caso houve dano moral decorrentes de abandono afetivo condenando o pai ao pagamento de R\$ 415.000,00 Reais conforme demonstra o relatório do Recurso Especial nº 1.159.242-SP (BRASIL, 2012):

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HÁVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O caso foi analisado pelo STJ, onde o pai foi condenado ao pagamento de R\$ 200.000,00 Reais para a filha abandonada. Conforme ementa do acórdão do RESP nº 1.159.242-SP.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de



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

A Relatora do Recurso Especial foi a Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2012) que no seu voto declarou que não há qualquer tipo de imposição legal que veda a aplicação da responsabilidade civil no direito de família conforme afirmou:

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Deixou claro que a perda do poder familiar não afasta a possibilidade de condenar o genitor, visto que essa medida serve para proteger a integridade da criança ou do adolescente conforme dispõe:

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

Abordou a necessidade da presença dos pressupostos da responsabilidade civil para caracterizar o dever de indenizar por dano moral decorrente do abandono

afetivo. Por se tratar de responsabilidade civil subjetiva devem estar presentes o dano, a culpa do autor e o nexo causal, como afirma no seu voto:

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

Para caracterizar a ilicitude e culpa no abandono afetivo a Ministra entende que a omissão injustificada do dever criação, educação, companhia e cuidado são suficientes para demonstrar ilícito civil e culpa como discorre no seu voto:

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

Não basta haver ilícito civil e culpa, deve estar presente o nexo causal entre o dano e o ato ilícito, para isso, deve ser comprovado por um especialista habilitado que vincule o dano sofrido com a conduta de abandono realizada pelo genitor como afirma a Julgadora:

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

A decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça por maioria de votos deu parcial provimento ao Recurso Especial impetrado pelo pai, reduzindo o valor de R\$ 415.000,00 Reais da indenização fixado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para R\$ 200.000,00 Reais, mas mantendo a decisão de indenizar por abandono afetivo.

O Ministro Massami Uyeda (BRASIL, 2012) divergiu da Relatora, pelo provimento do recurso do genitor, o qual pedia a improcedência do pedido de

indenização por abandono afetivo, por entender que se for aberto o precedente no Tribunal de Justiça em condenar o pai a indenizar por abandono afetivo, qualquer parente que se sentir preterido ao outro poderia ingressar em juízo postulando a indenização, como escreve no seu voto:

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.

Votaram de acordo com a Ministra Relatora os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva dando provimento parcial a recurso no sentido de reduzir o valor da indenização.

Mesmo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça da possibilidade de condenar os genitores pelo abandono que deram causa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vêm julgando improcedentes os pedidos de responsabilização civil por dano moral decorrente de abandono afetivo dos genitores, sob a fundamentação que o ato do abandono afetivo não é considerado ato ilícito pelo direito por não estarem comprovados os danos sofridos pelo abandonado e quando comprovados os danos, não resta comprovado o nexo de causalidade, conforme constatado no acórdão da Apelação Cível nº 700520594417 de relatoria do Desembargador Alzir Felipe Schmitz (RIO GRANDE DO SUL, 2013):

Outrossim, a responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva, o que significa que o dever de indenizar depende do agir doloso ou culposo da parte. Oportuno relembrar que os elementos essenciais da responsabilidade civil ou dever de reparação são: ação, dano, nexo e culpa.

O mesmo Desembargador alega no seu voto que não se pode substituir o abandono afetivo por um valor pecuniário como demonstra o trecho abaixo:

A questão exige cuidado, porque acolher a tese recursal significaria fixar preço para o amor, ou desamor, admitindo-se a possibilidade

de compensar a frustração e a desilusão, por exemplo, por meio de ações judiciais.

(In)felizmente não é tão simples, não basta tarifar. Fosse assim, os mais abonados trocariam afeto por dinheiro. Por exemplo, o pai mais ocupado profissionalmente - e menos preocupado com a prole - não gastaria seu tempo em manobras circenses para incluir os filhos em suas agendas, bastaria pagar por sua ausência. Em breve, ousado elucubrar, haveria alguma seguradora vendendo novo produto: o seguro afeto!

Existe, ainda, uma relutância dos magistrados em conceder a indenização por dano moral nos casos de abandono afetivo. Que condenando o pai pelo abandono estar-se-ia colocando valor no afeto e obstando uma futura aproximação entre o filho e pai. Conforme escreve Madaleno (2007, p. 124):

Há vozes que se posicionam em contrário à reparação do afeto que foi negado aos filhos, temendo que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência será um pai que jamais tornará a se aproximar daquele rebento, em nada contribuindo pedagogicamente o pagamento de indenização para restabelecer o amor.

Sendo assim, percebe-se a dificuldade na concessão da indenização por dano moral nos casos do abandono afetivo, conforme será demonstrado através da pesquisa de jurisprudência no próximo tópico do trabalho.

#### **2.4 Inaplicabilidade da condenação dos pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais**

Quando proposto o presente trabalho havia a convicção que não se discutia mais a possibilidade de haver ou não a responsabilização civil dos genitores pelo abandono que deram causa, pois, o Superior Tribunal de Justiça havia se manifestado a favor da responsabilização por abandono afetivo, mas que se discutiam apenas situações que esse abandono causou danos que mereçam ser compensados através do pagamento de indenizações, e quais os elementos da responsabilidade civil devam estar presentes e provados para que haja a responsabilização.

Contudo, após pesquisar jurisprudências nos Tribunais de Justiça dos Estados foi constatado que mesmo após o reconhecimento da responsabilidade civil

por abandono afetivo pelo Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais discutem ainda a possibilidade de indenizar o afeto. Para tanto, colaciono os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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.(RIO GRANDE DO SUL, 2013)

O Relator do Recurso Cível Jorge Luís Dall`Agnol (RIO GRANDE DO SUL, 2013) em decisão monocrática votou pela improcedência do pedido de condenação por abandono afetivo, por entender não haver, no caso, a comprovação do cometimento de ato ilícito pelo pai da criança, e, portanto, não estão configurados os pressupostos necessários da responsabilidade civil, assim não podendo haver a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo. Conforme consta no seu voto:

Tendo em vista os pressupostos da responsabilidade civil, cabe ressaltar a necessidade da prática do ato ilícito, para a configuração da obrigação de indenizar por dano moral, sendo a ausência paterna impossível de ser reparada pecuniariamente.

Em julgamento realizado pela Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Relator do recurso, entendeu não ser cabível a condenação do pai pelo abandono da filha, sendo acompanhado no voto pelo seus pares, conforme ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexo de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexo de causalidade com os danos

alegadamente sofridos pela autora. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

O Relator da Apelação (Alzir Felipe Schmitz) acredita que o abandono afetivo e moral não são passíveis de responsabilização civil, como demonstra no decorrer do seu voto:

No que tange ao pedido de indenização, cumpre nos questionarmos se, entre os danos extrapatrimoniais passíveis de reparação pecuniária, estão incluídos o afeto e o abandono moral.

E ainda, que condenar o genitor ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo, seria colocar preço no amor, conforme escreve Alzir Felipe Schmitz:

A questão exige cuidado, porque acolher a tese recursal significaria fixar preço para o amor, ou desamor, admitindo-se a possibilidade de compensar a frustração e a desilusão, por exemplo, por meio de ações judiciais.

E, assim, o Tribunal de Justiça vem rechaçando todos os pedidos de responsabilidade civil por abandono afetivo que chegam para o seu julgamento, mesmo havendo decisão positiva no Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido tem decidido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina conforme ementas de acórdãos a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO AJUIZADA PELA FILHA EM FACE DO PAI. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA AUTORA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO. DECISÃO INTIMANDO AS PARTES PARA PRODUÇÃO DE PROVAS PUBLICADA EM NOME DE ADVOGADO QUE NÃO MAIS ATUA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO DA PROCURAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO PREFERENCIAL EM NOME DE UM DOS CAUSÍDICOS, CONFORME POSSIBILITA O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INACOLHIMENTO. 2. MÉRITO. RELAÇÃO PATERNO-FILIAL RECONHECIDA QUANDO A FILHA JÁ CONTAVA 30 (TRINTA) ANOS DE IDADE POR MEIO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CARÊNCIA DE PROVA DE QUE O GENITOR

TINHA CONHECIMENTO DA FILHA ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA NOS AUTOS DA DEMANDA QUE ATESTOU O VÍNCULO BIOLÓGICO. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE UM DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL, QUAL SEJA, A CULPA. CONDUTA INVOLUNTÁRIA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. 3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS DO ART. 17 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. 4. REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE URH'S EM NOME DO DEFENSOR DA AUTORA. DISTINÇÃO ENTRE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA E DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. PARTE QUE INGRESSOU EM JUÍZO COM DOIS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS E, PORTANTO, TEVE DEFERIDO APENAS O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ARBITRAMENTO INDEVIDO. 5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2013).

O Desembargador Raulino Jacó Brüning (SANTA CATARINA, 2013) Relator do recurso, acima colacionado, afirma no seu voto que para condenar o genitor ao pagamento de retribuição pecuniária por abandono afetivo, deve estar provado que o genitor agiu com culpa, mas que no caso não foi provada a culpa, pois, o mesmo não tinha o conhecimento que possuía uma filha, sendo assim o seu julgamento improcedente, como demonstra no seu voto:

Neste norte, analisando-se os autos, denota-se que a apelante não comprovou ter o réu conhecimento de que era seu genitor antes da ação de paternidade transitada em julgado em 07/02/2011 e, logo, não está caracterizada a conduta voluntária, qual seja, o abandono.

O acórdão seguinte aborda que o judiciário não pode fazer um pai amar o seu filho, impondo-lhe o pagamento de um valor monetário.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO QUE IMPUTA AO PAI O CÔMETIMENTO DE ABANDONO MORAL E AFETIVO, CULPANDO-LHE PELO DISTANCIAMENTO DE AMBOS AO LONGO DA VIDA E PELOS SOFRIMENTOS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DISTO. AGRAVO RETIDO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO INTERPOSIÇÃO IMEDIATA, NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ART. 523, § 4º, DO CPC. MÉRITO. AO PODER JUDICIÁRIO NÃO É DADA A INCUMBÊNCIA DE TUTELAR O AMOR OU O DESAFETO, NUMA ESPÉCIE DE JURISDIONALIZAÇÃO DOS SENTIMENTOS, QUE SÃO INCONTROLÁVEIS PELA SUA PRÓPRIA ESSÊNCIA. A AFEIÇÃO COMPULSÓRIA, FORJADA PELO RECEIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PECUNIÁRIA, É TÃO OU MAIS FUNESTA DO QUE A PRÓPRIA AUSÊNCIA DE AFETO.

RESPONSABILIZAR, MEDIANTE INDENIZAÇÃO PECUNÁRIA A AUSÊNCIA DE SENTIMENTOS, É INCENTIVAR A INSINCERIDADE DO AMOR, CONSPIRANDO PARA O NASCIMENTO DE RELAÇÕES FAMILIARES ASSENTADAS SOB OS PILARES DO FINGIMENTO, O QUE NÃO SE COADUNA COM A MORAL, A ÉTICA E O DIREITO. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 186 E 927 DO CC E ART. 333, INC. I, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. APELO DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2013).

Nesse acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Julgador Desembargador Jorge Luis Costa Beber (SANTA CATARINA, 2012), alega que o afeto não pode ser imposto através de uma ameaça de punição, e que a condenação ao pagamento de indenizações não trariam benefícios aos abandonados, julgando no fim improcedente o pedido de responsabilização dos genitores por abandono afetivo, como notamos no voto por ele proferido:

Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado....Quantos filhos seriam obrigados a compartilhar a presença nociva de alguns pais por força de uma imposição judicial- Guarda alguma razoabilidade imaginar benefícios para o filho quando sua relação com o pai é construída sobre alicerces falsos- Quanto de humanidade realmente restaria de um afeto legalmente conduzido- Em muitos casos, seria ainda de indagar: quantos filhos seriam efetivamente beneficiados pela capitalização do afeto- Se formos pensar em termos de punição para o faltante, talvez seja legítimo imaginar que a consciência seja o maior de todos os algozes. O problema é que consciência não parece ser um atributo concedido a todos os indivíduos...

O Tribunal de Justiça de São Paulo também mantém a relutância em aceitar a responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, como demonstrado nas jurisprudências a seguir:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAIS Abandono afetivo Adolescente com problemas psicológicos Alegação de agravamento de sua condição pela ausência do pai Necessidade de comprovação de conduta omissiva do genitor e do dano que dela decorre Precedente do STJ Provas pericial e testemunhal que não



demonstram nexos de causalidade entre a suposta conduta negligente e o dano indenizável. Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2013).

O julgamento realizado pelo Desembargador Alexandre Marcondes (SÃO PAULO, 2013) é acompanhado pelos Desembargadores da Câmara, não julgaram favorável ao abandonado, pois, entenderam que ele não conseguiu comprovar o nexo entre a sua condição psicológica com o abandono do genitor, como constatamos no trecho do voto:

Assim, mesmo que restasse comprovado que houve certo comportamento negligente por parte do pai quanto aos cuidados com o filho, o apelante não logrou êxito em comprovar que há nexo de causalidade entre tal conduta e o agravamento de sua condição psicológica, já que se constatou que o menor possui transtornos de ordem genética. No mesmo sentido foi o parecer da psicóloga auxiliar do juízo que declarou não ser “possível definir, de modo preciso, o grau de influência dessa postura negligente e também de outros eventos anteriormente descritos no desenvolvimento de Wilson Henrique” (fls. 56).

Da mesma forma decidiram os julgadores da Apelação Cível, de relatoria do Desembargador Roberto Maia do Tribunal de Justiça de São Paulo como expõe a ementa seguinte:

Ementa: Dano moral. Abandono afetivo. Ausência dos requisitos necessários, no caso concreto, à caracterização do dever de indenizar. Perícia técnica (laudo psicológico) que comprovou não apresentar a autora apelante quadro depressivo em razão do suposto desprezo do pai, mas somente uma mera ansiedade motivada pela deficiência auditiva da qual é portadora. Prova testemunhal igualmente insuficiente. Ônus probatório da demandante, do qual não se desincumbiu. Danos morais não configurados. Indenização inexigível. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2013).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não reconhece a falta de afeto dos genitores como passível de indenização por danos morais, assim como o Tribunal Catarinense. O Tribunal Paulista julga procedentes alguns pedidos de responsabilidade civil por abandono afetivo quando comprovados todos os pressupostos da responsabilidade civil e comprovado o dano psicológico por laudo de psiquiatra.

Sendo, portanto, muito difícil conseguir provimento favorável condenando os genitores a pagamento dos danos morais sofridos pelos filhos, pois os pressupostos necessários para a responsabilização civil no direito de família são difíceis de comprovar nos Tribunais de Justiça do Brasil.

## **2.5 Perspectivas legislativas**

O direito de família encontra-se em constantes transformações, que na maioria das vezes não são acompanhados pelas leis, deixando que a jurisprudência dos Tribunais dite a solução a partir dos casos concretos.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do nº. 700, de 2007 que propõe alterações na Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para tornar o abandono moral ilícito civil e penal.

Não existe a possibilidade de alterar a consciência do genitor com a edição de uma Lei, mas o objetivo do projeto de lei n. 700 é prevenir e solucionar casos intoleráveis de abusos e negligências dos pais conforme justifica o Senador Marcelo Crivella (BRASIL, 2007):

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos.

O Autor do projeto de lei quer, com a lei, esclarecer que os pais têm o dever de acompanhar, orientar e prestar solidariedade e apoio aos filhos quando eles necessitarem, como destaca a seguir:

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Destaca que a relação entre pais e filhos não deve ser entendida e reduzida a um patamar monetário, onde o genitor prestando os alimentos estará exonerado dos outros deveres de pai, como atenção, orientação e a sua presença, conforme justifica o Senador:

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

Nos casos em que a família não tem as melhores condições materiais a legislação assegura o poder familiar dos pais, desde que não haja negligência e abandono por parte dos mesmos, é o que destaca o Autor do projeto de lei:

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

O Senador lembra na justificativa do seu projeto de lei que o Brasil ratificou compromissos firmados de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direito das crianças e adolescentes como a Declaração dos Direitos da criança adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990.

As alterações da legislação ocorreriam na Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, onde seriam acrescentados dois parágrafos ao artigo 4º. O parágrafo 2º que obriga os pais a prestarem assistência moral e o parágrafo 3º o que se entende por assistência moral:

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

- I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;
- II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;
- III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

O artigo 5º da Lei 8.069/1990 teria a inclusão de um parágrafo único que passaria a considerar o abandono afetivo uma conduta ilícita sujeita a reparação de danos, conforme redação a seguir:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

O Estatuto da Criança e do Adolescente teria acréscimo do artigo 232-A, o qual tipificaria como crime o abandono moral do filho menor de dezoito anos, conforme quer o projeto de lei 700/2007:

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.  
Pena – detenção, de um a seis meses.

A aprovação do projeto de lei traria avanço para toda a sociedade e principalmente para as crianças e adolescentes que são abandonados pelos genitores e colocaria fim as divergências jurídicas e doutrinárias, uma vez que tornaria o abandono afetivo ilícito civil e penal.

O referido projeto de Lei encontra-se na CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa com relatoria do Senador Eduardo Lopes para reexame do Relatório que em 11/07/2012 concluiu pela aprovação da matéria com emendas 2 a 6 do CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

## CONCLUSÃO

A família brasileira era baseada no poder patriarcal, onde o pai decidia o que era importante para a família. Com a Constituição Federal de 1988 a família evoluiu para um ente familiar, onde todos os membros buscam o desenvolvimento familiar, buscando a realização individual para constituir um todo.

Com essa evolução a criança passa a ser protegida de qualquer violência e negligência física e psíquica por parte da sociedade e principalmente dos seus genitores sob pena de ofenderem a dignidade da pessoa humana que é tão buscada pela nossa Constituição.

Havendo ofensa a dignidade da pessoa, haverá ofensa à Constituição Brasileira, devendo o ofensor ser condenado a reparar a ofensa, e se não for mais possível reparar o dano será condenado ao pagamento de indenização pecuniária por dano moral.

Sendo, assim, o abandono afetivo dos genitores é uma ofensa a dignidade da pessoa humana, portanto, passível de gerar indenização por danos morais decorrentes do abandono voluntário que causou abalo psíquico ao abandonado.

A grande problemática consiste em se é possível colocar um preço no afeto, a grande maioria dos Juízes tem considerado que não se pode indenizar o afeto, indo no caminho inverso dos doutrinadores que alegam que não se busca um valor monetário para o afeto, mas sim condenar os genitores omissos e negligentes quando deveriam ter prestado assistência material, moral e psíquica.

Sendo essa condenação monetária uma forma pedagógica para desmotivar o abandono afetivo dos filhos pelos seus genitores, visto que reparar o dano causado torna-se impossível num primeiro momento.

A pesquisa jurisprudencial, nos principais Tribunais de Justiça do País, mostrou que a maioria dos acórdãos atuais são desfavoráveis em condenar os genitores ao pagamento de indenizações decorrentes de abandono afetivo, sob o argumento de que deve haver muito cuidado em proferir decisões que coloquem preço no amor e no afeto e que isso poderia desencadear uma avalanche de ações sob o Poder Judiciário.

Existe por parte dos julgadores receio em julgar procedente os casos de abandono afetivo, no decorrer da pesquisa de jurisprudências, percebi que os julgadores sentem-se incomodados com o tema, acredito que seja por identificarem-se com a situação de abandono, visto que são pessoas do alto escalão do Poder Judiciário e, que os cargos que ocupam lhes tomam o tempo integral, assim não conseguindo dar atenção necessária para a sua família, principalmente para os próprios filhos. Podem ter receio que os filhos venham lhes cobrar o afeto que não podem dar por não terem o tempo disponível para acompanharem pessoalmente a criação e educação dos seus filhos.

Durante o estudo do tema ficou evidente que para se responsabilizar o genitor por abandono afetivo deve estar claro o dano sofrido, pois, o simples distanciamento não pode configurar o abandono afetivo. Uma vez que, em alguns casos, é melhor um dos genitores estar afastado do lar, do que, os dois estarem presentes tornando o ambiente conflituoso, insalubre e nocivo para o filho.

Contudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é favorável pela condenação ao pagamento de indenização por dano moral em virtude do abandono afetivo, entendendo que além das obrigações materiais os genitores têm o dever de prestar a assistência imaterial necessária para o desenvolvimento sadio da prole.

Para se pacificar a doutrina e a jurisprudência e as decisões dos Tribunais há necessidade da interferência do Poder Legislativo. Encontra-se em andamento no Congresso Nacional alguns projetos de leis versando a respeito do direito de família e o dever de indenizar por abandono afetivo, como o Projeto de Lei 700/2007 que tramita no Senado que propõe alterações na Lei nº. 8.069/13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para tornar o abandono moral como ilícito civil e penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**, Brasília, DF, Congresso Nacional, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial Nº 1.159.242, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 24/04/2012. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial Nº 757.411, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2114211&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2114211&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=5&formato=PDF)>=>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário Nº 567.164, Segunda Turma, Superior Tribunal Federal, Relator: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 18/08/2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2567008>>=>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do nº. 700, 2007. Disponível em:<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)>=>. Acesso em: 20 set. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.



GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona Novo curso de direito civil brasileiro: direito de família - As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

KAROW, Aline B. S. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais.** Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Sumaya S. M. **Direitos fundamentais e relações familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. 70055097422, de Venâncio Aires, Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol julgado em 27/09/2013. Disponível em: <[>. Acesso em: 10 out. 2013.](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055097422&tb=jurisnova&pesq=ementario&partia lfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amono cr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=)

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. 70054827019, de Seberi, Relator: Desembargador, Alzir Felipe Schmitz, julgado em 26/09/2013. Disponível em: <

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.083670-1, de Herval D'Oeste, Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning, Julgado em 16/07/2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NGB80000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5822700&pdf=true>>=>. Acesso em: 21 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.073787-1, de São José, Relator. Desembargador. Jorge Luis Costa Beber, Julgado em 16/07/2013. Disponível em:< <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000K1X90000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4726479&pdf=true> =>. Acesso em: 21 set. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0005938-77.8.26.0125, de Capivari, Relator: Desembargador Alexandre Marcondes, Julgado em 17/09/2013. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7025792> =>. Acesso em: 21 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 9187372-61.2008.8.26.0000, de Jaú, Relator: Desembargador Roberto Maia, Julgado em 12/04/2013. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6653032> =>. Acesso em: 21 set. 2013.

VENOSA, Sílvio de Saulo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, v. 3.