

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Pâmella Eduarda Borba Cavalheiro

O DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO À LUZ DOS PARADIGMAS REsp nº
757.411/MG E REsp nº 1.159.242/SP

Porto Alegre

2021

Pâmella Eduarda Borba Cavalheiro

O DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO À LUZ DOS PARADIGMAS REsp nº
757.411/MG E REsp nº 1.159.242/SP

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Jamil Andraus Hanna
Bannura

Porto Alegre

2021

Pâmella Eduarda Borba Cavalheiro

O DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO À LUZ DOS PARADIGMAS REsp nº
757.411/MG E REsp nº 1.159.242/SP

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Aprovada em 18 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Lisiane Feiten Wingert Ody

Simone Tassinari Cardoso

*Toda criança no mundo
Deve ser bem protegida
Contra os rigores do tempo
Contra os rigores da vida.*

[...]

*Não é questão de querer
Nem questão de concordar
Os direitos das crianças
Todos têm de respeitar*

-Ruth Rocha

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Alessandra e Joel por terem provido o necessário para concluir minha jornada até aqui. Ao meu irmão, João Pedro, por ser metade de mim e carregar para todo sempre aquilo que como irmã ensinei. Ao meu namorado Willian por ser uma pessoa especial em minha vida, que compreendeu desde o início minha trajetória durante esse período conturbado do qual vivi, me dando apoio e me incentivando a seguir em frente, obrigada por ser meu parceiro. Aos que possuem meu afeto, obrigada por terem entendido que durante esse tempo de escrita nem sempre pude estar presente, ou ter convivido, o que demonstra cada vez mais a importância disso ao ser humano.

Agradeço ao professor Jamil Andraus Hanna Bannura, pela disponibilidade e pelas orientações ao longo desse processo, pois se mostraram fundamentais. Obrigada pelas diversas preocupações ao longo das aulas e com todo o contexto em que estamos vivendo. Professor Jamil, suas aulas eram um alívio durante a semana!

Agradeço às minhas amigas companheiras com as quais me identifiquei desde o início do curso e que se tornaram especiais para mim, obrigada por toda atenção, afeto e apoio! Saibam, Mariana, Mariella, Mônica, Pauliny e Talita que podem sempre contar comigo.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do abandono afetivo e a possibilidade de reparação por meio de ação indenizatória, visando danos morais, movida pelo filho contra seu genitor faltoso à luz da jurisprudência paradigma no Superior Tribunal de Justiça: REsp nº REsp 757.411/MG e REsp nº 1.159.242/SP. O tema ainda é bastante discutido na doutrina, por ser um assunto controverso. A parte majoritária da doutrina entende pela possibilidade de indenização, pois o Direito de Família necessita ser interdisciplinar e admitir regulações que não engessem esse campo tão importante socialmente. A doutrina minoritária pauta-se pela não aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de Família, pois não se pode obrigar ninguém a amar outra pessoa. Em vista dos posicionamentos opostos, busca o presente trabalho, na primeira parte, estabelecer brevemente a evolução do conceito de família no Direito Brasileiro e a construção da importância do afeto nas relações familiares, como a convivência e o cuidado como obrigações impostas aos genitores. Em segundo momento, o trabalho passa a analisar a possibilidade de a responsabilidade civil atuar no Direito de Família e como a perda do poder familiar se torna uma medida ineficaz frente ao abandono afetivo. Por fim, o trabalho abarca a extraconjugabilidade como um fator para o abandono afetivo e passa a analisar os critérios necessários para a configuração do dever de indenizar, colacionando argumentos trazidos nos paradigmas jurisprudenciais.

Palavras-chave: Dano moral. Dano Afetivo. Abandono afetivo. Relação paterno-filial. Direito de Família. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of emotional neglect and the possibility of reparation by means of indemnity actions, focusing on moral damages, filed by the son against his absent father, according the two paradigms in the Superior Court of Justice: REsp nº 757.411/MG e REsp nº 1.159.242/SP. The subject is still widely discussed in the doctrine, as it is a controversial subject. The majoritarian part of the doctrine understands the possibility of indemnity since the Family Law needs to be interdisciplinary, as well as it needs to admit regulations that do not affect this field that is socially relevant. The minoritarian part of doctrine is based on the non-application of Civil Responsibility in the Family Law, sustaining that no one can be compelled to love another person. Given the opposing positions, this work aims, in the first part, to briefly establish the evolution of family relations, as well as coexistence and care as obligations imposed to parents. In the second part, this paper tries to establish the possibility of application of Civil Responsibility in the Family Law and how loss the loss of family power becomes an ineffective measure to approach emotional neglect. Lastly, the study presents the extramaritality as a factor for emotional neglect and analyse the necessary criteria for the configuration of the duty to indemnify, mentioning the arguments stated at the jurisprudential paradigms of our Superior Court of Justice.

Keywords: Moral Damage. Abandonment Damage. Moral Abandonment. Parent-child Relationship. Family Law. Civil Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A RELAÇÃO FAMILIAR	16
1.1. A evolução do conceito de família no Direito brasileiro	16
1.2. O afeto no centro das relações familiares	20
1.3. A convivência familiar e o cuidado como obrigação dos genitores	23
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O ABANDONO AFETIVO	26
2.1. A responsabilidade civil como consequência do descumprimento de deveres no campo do direito de família	26
2.2. A perda do poder familiar com sanção ineficaz ao abandono afetivo	30
2.3. A extraconjugalidade como um dos fatores para o abandono afetivo	34
2.4. A configuração do abandono afetivo à luz da responsabilidade civil	37
2.4.1. Da ação ou omissão do agente	42
2.4.1.1. A conduta omissiva do genitor faltoso	43
2.4.2. A conduta culposa	45
2.4.2.1. A culpa do genitor faltoso	48
2.4.3. Do dano	50
2.4.3.1. Dos danos aos filhos	53
2.4.4. O nexo de causalidade	56
2.4.5. A indenização	57
2.4.5.1. Do <i>quantum</i> indenizatório	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Atualmente não é possível conceber a ideia de que o direito é um mecanismo automático no qual ocorre o fato e incide a norma. Há uma necessidade da norma se adequar aos seres e às situações jurídicas que lhes rodeiam. Com o passar do tempo, houve um crescimento constante deste tipo de inversão pelo fato da Constitucionalização do Direito Civil¹.

Foi se percebendo no decorrer da estruturação e da modificação de nossa sociedade que não havia regras suficientes que abarcassem todas as situações que faziam parte do cotidiano das pessoas. Por esta razão a jurisprudência foi se tornando uma fonte do Direito que ganhou grande destaque, juntamente aos princípios jurídicos para fundamentar decisões que não possuíam suporte normativo².

De formas localizadas e pontuais, surgiram leis que iam respondendo aos poucos às novas situações apresentadas pela sociedade, que não dispunham de respostas. Porém, o marco internacional de valorização do indivíduo, apontado por Faraco, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1959, pois nela se reconhecia que “a criança e o adolescente eram membros da família e possuíam interesses próprios a serem observados e tutelados”³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança de paradigma em relação ao indivíduo, trazendo proteção e dignidade como princípios fundamentais da pessoa humana. Essa percepção é importante porque afeta também o Direito de Família, pois entra em foco principal o ser humano como detentor “de proteção normativa independente do seu papel social”⁴. A partir deste novo comportamento, trazido pela Constituição, o Direito de Família começou a repensar antigas questões, como a filiação ilegítima.

¹ FARACO, Luciane. **Os princípios constitucionais do direito de família** - Revista da Faculdade de Direito - nº32, 2014 - pg. 227.

² FARACO, Luciane. Op. cit. p. 227-228.

³ FARACO, Luciane. Op. cit. p. 228.

⁴ FARACO, Luciane. Op. cit. p. 228.

Segundo Luciane Faraco, a partir dessa nova visão, foi oportunizado, em conjunto com o pensamento científico, um impacto inovador ao ordenamento jurídico para respostas que não tinham amparo legal anteriormente⁵. Com essa nova perspectiva, foram criadas leis que protegiam membros mais vulneráveis da família, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Juventude.

A Constituição Federal trouxe modificações na estrutura jurídica ao incorporar princípios basilares dentro de si que passariam a nortear todas as regras que nela se inspirassem e a respeitassem. Sendo assim, não poderia o Direito de Família reger-se senão pela Carta Magna, englobando seus novos princípios e valores dentro dessa área do direito que tanto flui e se modifica, com o passar do tempo, pela alteração dos valores sociais presentes na sociedade.

Como bem elucidou Paulo Luiz Netto Lôbo sobre os princípios:

Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais⁶.

Na doutrina, é possível encontrar uma divisão didática dos princípios jurídicos aplicáveis ao Direito de Família em dois grupos: os princípios fundamentais e os princípios gerais. Os princípios fundamentais abrangem a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, já os princípios gerais abarcam a igualdade substancial entre os filhos, afetividade, convivência familiar e o melhor interesse da criança. Para autores como Rodrigo da Cunha Pereira, ainda há outros princípios como o da paternidade responsável.

A dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III, da CF/1988, como bem explica Lôbo, “é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas”, sendo assim, é ela que nos torna igual ao outro, merecendo proteção e, como o autor apresenta, intocabilidade. A dignidade da pessoa humana é

⁵ FARACO, Luciane. Op. cit. p.228.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro** - Revista brasileira de direito comparado nº35 - p.131.

um princípio maior que abarca outros menores, porém essenciais da mesma forma, como a liberdade e a igualdade.

Para o Direito de Família esse princípio importa ao passo que a Constituição Federal deu relevante importância para a família, como forma de permitir que haja a efetivação da dignidade de cada componente dela. Sendo esse ramo do direito extremamente fluído e não tendo as leis, de forma isolada, como resolver as diversas situações jurídicas que aparecem todos os dias, se mostra necessário que haja uma solução segura para esses entraves, sendo essas soluções sempre orientadas pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana.

O princípio da solidariedade diz respeito a um “dever natural de cuidado, de zelo e assistência ao outro”⁷, o que é instintivo entre familiares, sendo assim, este princípio presente no art. 3º, IV, da Constituição, em conjunto com o art. 227 e art. 229, impõe primeiro à família e aos seus membros, depois à sociedade e ao Estado de forma solidária entre si que protejam a criança e ao adolescente, não apenas de forma material, com a obrigação alimentar, mas também imaterial pelo auxílio afetivo e psicológico.

Adiante, o princípio da igualdade entre os filhos, presente no art. 227, §6º, da CF/1988, traz importante mudança no paradigma de filhos dentro do casamento e os chamados de filhos “extraconjugais”, ou tidos fora do casamento.

Antigamente, os filhos eram classificados como legítimos e ilegítimos, o que já causava certa separação de direitos para aqueles que não eram advindos de relações matrimoniais. Estes não tinham direito ao reconhecimento de sua paternidade, não podendo ingressar em juízo para pleitear os devidos alimentos, o que poderia ser vantajoso ao pai, pois acabava por ficar isento de seus deveres inerentes⁸.

Com o advento de diversos Decretos-Lei e Leis, como o Decreto-Lei 4.737 de 1942, que dispunha sobre o reconhecimento dos filhos naturais, a Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977), como as diversas alterações sofridas, trouxeram mudanças nesse assunto. Mas somente com a Constituição Federal de 1988 que houve uma superação

⁷FARACO, Luciane. Op. cit. p.234.

⁸ GILDO, Nathália. **Evolução histórica do conceito de filiação.** in Jus Navigandi, artigo digital disponível em <https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao>. Acesso em: 29 de jul. 2020

da antiga ideia de discriminação entre filhos, que era presente no Código Civil anterior e sua ideia patrimonialista.

Nos dias de hoje, a filiação deixou de ser pautada somente no casamento e ganhou contornos afetivos como ligação principal⁹, juridicamente falando, todos os filhos são iguais perante a lei, sejam eles nascidos fora do casamento, por adoção, por inseminação artificial ou por laços socioafetivos.

O princípio da afetividade estimula e direciona as relações familiares, em conjunto com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da paternidade responsável, formando, assim, uma base para o Direito de Família¹⁰.

Foi ganhando maior relevância jurídica em nosso ordenamento brasileiro quando a família, conforme Rodrigo da Cunha, “deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução e passou a ser o *locus* do amor e da formação e estruturação do sujeito, do companheirismo e da solidariedade”¹¹.

Através de uma construção histórica e psicanalítica, o afeto passou a ganhar status de valor jurídico e foi transformado em princípio, levando ao termo família uma carga afetiva, na qual não se pauta mais apenas pela matrimonialidade, e sim pelo afeto e busca da felicidade de cada um de seus indivíduos pertencentes ao núcleo familiar¹². Assim, quando não há mais a conjugalidade, não há uma exclusão do princípio da afetividade, pois a relação de pai e filho nunca se extingue.

O afeto é uma ação e seu desenvolvimento se volta a construir uma relação familiar saudável, já que esta proveio da vontade das partes em formar um vínculo. Toda essa nova visão trazida pela Constituição de 1988 e os diversos microssistemas que asseguram os direitos dos entes mais vulneráveis do núcleo familiar, como o direcionamento ao indivíduo e a sua dignidade, nos mostra como o transporte de uma relação familiar pautada no vínculo patrimonial não tem mais espaço na nossa sociedade.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento**. in Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento>. Acesso em: 29 jul. 2020.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado, 1ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502622852. Disponível em: <https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622852/>. Acesso em: 04 agosto de 2020. p.552.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p.552-553.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p.553.

Sendo assim, se faz necessário justificar o afeto como novo vínculo para a construção de família, a formação do sujeito e o desenvolvimento pessoal, e que ao contrário, sua ausência causaria danos irreversíveis. Segundo Luciane Faraco, “toda formação desse indivíduo será reflexo dos valores que receberá através e na sua família”¹³, se nesta faltou o convívio, a igualdade, a solidariedade e a afetividade, certamente na fase adulta essa criança terá um desenvolvimento deficitário nas relações humanas. Como bem elucida Maria Berenice Dias:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. (...) A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes¹⁴.

O princípio da convivência familiar pauta-se na relação afetiva e na companhia daqueles que pertencem ao núcleo familiar, está presente no art. 227, da Carta Magna, ao proferir que é dever da família assegurar à criança à convivência familiar, dentre outros direitos. Paulo Luiz Netto Lôbo expressa que, conforme a Convenção dos Direitos da Criança em seu art. 9.3, “no caso de pais separados, a criança tem direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos [genitores], ao menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”¹⁵.

Já o interesse maior da criança é o princípio que está estreitamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois coloca numa perspectiva prioritária de manter à salvo os direitos e interesses das crianças e adolescentes. Encontra-se no art. 227, da CF/88, ao estabelecer que devem ser assegurados com absoluta prioridade os direitos elencados, considerando-os pessoas em desenvolvimento, sendo encontrado também nos arts. 4º e 6º da lei 8.069, de 1990.

¹³ FARACO, Luciane. Op. cit. p.239.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.407.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. p.148.

Ainda é importante destacar o princípio da paternidade responsável que se encontra expressamente no art. 226, §7, da Constituição Federal de 1988, ao proferir que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, mas tem como plano de fundo os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Nos dizeres de Luciane Faraco, a paternidade responsável começa na livre iniciativa e escolha de exercício sexual e procriação, porém, uma vez gerado um novo ser resultante desta escolha, as pessoas se tornam responsáveis por este indivíduo na forma de genitores, devendo atentar aos interesses e direitos deste conforme as disposições contidas na Constituição Federal, mais precisamente, no art. 227¹⁶.

A convivência familiar está intimamente ligada a uma paternidade responsável, pois uma vez que se permite o livre planejamento familiar, o qual não deve se dar ao acaso e sim de forma responsável, cabe aos pais o dever de cuidado da prole através da convivência.

Na medida em que se tem o direito de planejar a família, é preciso ser responsável para assumir todas as obrigações advindas dela. Caso a filiação ocorra, existem direitos e deveres legalmente assegurados entre os pais e os filhos que devem ser atendidos, dando maior proteção à criança e ao adolescente, ou seja, a criança concebida ou adotada, bem como aquela produzida por inseminação artificial é fruto da vontade dos pais que assumiram estas responsabilidades e deveres inerentes à paternidade.

Uma vez que se trata de obrigação presumida dos pais, de protegerem seus filhos até que atinjam a maioridade, faz-se necessário analisarmos a possibilidade do seu descumprimento resultar num ato ilícito, pelo mal causado aos filhos pela falta do afeto, ou como a doutrina costuma chamar de abandono afetivo, expressada pela ausência e negligência ao dever de convivência familiar e cuidado.

Sabe-se que há a possibilidade da incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, porém é importante ressaltar que determinadas peculiaridades próprias deste ramo do direito não admitem a simples incidência dessas regras¹⁷. O

¹⁶ FARACO, Luciane. Op. cit. p.237.

¹⁷ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p.75.

abandono afetivo faz parte destas peculiaridades, devendo ser analisada também a possibilidade de incidência da responsabilidade civil.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka traz um importante destaque sobre a prática desse ato:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada¹⁸.

Sabe-se que a omissão dos pais no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar que lhes é incumbido, como atender o dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais irreparáveis, sendo merecedores de análise.

Nos últimos anos, o número de ações judiciais pleiteando indenização por abandono afetivo têm aumentado de forma significativa. Porém, o assunto tem gerado muitas controvérsias no meio jurídico e principalmente nos tribunais devido à complexidade da questão e seus diversos questionamentos acerca da possibilidade ou não da procedência de uma demanda indenizatória, pelo desafeto e quais suas características ensejadoras.

Na intenção de discutir essas questões, pretendo examinar inicialmente a evolução do conceito de família e como o afeto passou a ser ponto pertinente nessas relações e como consequência os deveres familiares, mais precisamente o dever de cuidado e convivência que são fundamentais e construtores de um desenvolvimento saudável, sendo obrigações objetivas dos genitores.

Logo depois, pretendo examinar, mais detidamente, o abandono afetivo causado pela transgressão desses deveres objetivos, como também sua configuração a partir das premissas da responsabilidade civil, a partir do entendimento jurisprudencial e sua devida indenização de modo a permitir a discussão e o aprendizado sobre o tema. Muito embora faça parte do tema abordado, não serão

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>> Acesso em: 05 ago. 2020.

discutidas as excludentes dessa responsabilização, pois merece aprofundamento no assunto devido a sua importância.

1. A RELAÇÃO FAMILIAR

1.1. A evolução do conceito de família no Direito brasileiro

Não é possível seguir adiante sem olhar minimamente para trás e observar a evolução que a família obteve no ordenamento jurídico brasileiro, revendo o passado para poder reformular, ou ao menos não repetir, em nosso presente. É preciso observar o que aconteceu para poder entender o que ainda é discutido.

O núcleo familiar é a base para estruturação e formação do sujeito. Desde os primórdios, os seres humanos se agrupam para não se submeterem à solidão ou, até mesmo, para perpetuar a espécie, procriando. Enxerga-se uma naturalidade em manter a convivência com outras pessoas e em manter relações com o outro, sendo assim, a família é uma união informal de pessoas. Como diz Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar [...], importa pertencer e integrar sentimentos a caminho do seu projeto de felicidade”.¹⁹

Dada a evolução dos costumes, conceituar família tem se tornado um grande desafio. Pode-se minimamente dizer que família é o conjunto de indivíduos que se uniram por plena vontade “que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”.²⁰

O conceito de família foi um dos institutos que mais se modificou, ao longo dos anos, pela fluidez com que o Direito de Família precisa se moldar, conforme as relações sociais se modificam. Numa tentativa mais sintética de conceituar este instituto, tem-se por família uma instituição jurídica e social, na qual duas pessoas, por

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, 1999., p. 8.

²⁰ NADER, Paulo **Curso de direito civil, v. 5: direito de família** – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 40.

suas vontades próprias, possuem intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e que, geralmente, tenham filhos para os quais possam transmitir seus bens²¹.

A família em suas origens era pautada pelo sacramento, pelos dogmas religiosos que impunham medo para aqueles que procuravam algo fora do oferecido e moldado pela religião, pela moral e pelos bons costumes²². Como afirma Maria Berenice Dias, “é mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento. Também vem à mente a imagem da família patriarcal: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos, genros, noras e netos.²³”

Desde sempre a relação familiar foi pautada na dependência da mulher perante o homem, já que este como o *pater familias* era o provedor de todo sustento e necessidades familiares existentes. Sob essa perspectiva, pode-se entender que se há esta subordinação e dependência entre marido e mulher, o que certamente se extrai que também há uma relação de dependência/subordinação entre os pais e seus filhos, já que inevitavelmente não possuíam nenhuma condição de se proverem sozinhos²⁴.

Os filhos nesse tempo eram considerados anexos de seus pais, necessitavam ter sua mesma religião, isso para os filhos legítimos, pois nem se cogitava o registro de filhos nascidos fora do casamento ou de qualquer outra forma de relação que não fosse marital.

Eis que com a Proclamação da República, o Estado passou a ser o responsável pelas normas que envolviam o casamento, mas mesmo sendo o casamento nesse tempo assunto de ordem pública, ainda havia muita “carga religiosa” em sua constituição, “[...] eram de tal rigor as regras legais que o casamento passou a

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 16.

²² DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto [livro eletrônico]** - 2 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=e&eid=e700259c9978b4705053e039aa7c19b9&eat=a-124359209&pg=3&psl=&nvgS=false> Acesso em: 08 fev 2021.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]**. 3 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F76474648%2Fv12.3&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=849b5d9e2f9cdd6a53e36e0d9d54bf1e&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false> Acesso em: 08 fev 2021.

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil na Relação Paterno-filial**. Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania: o novo Código Civil Brasileiro e a ‘vacatio legis’, em 26.10.2001, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e pela OAB/MG, na cidade de Ouro Preto (MG).

ser considerado uma instituição. Algo que ninguém consegue definir. A alegação é que se regia por normas de ordem pública, que se sobrepujam à vontade das partes”²⁵.

Porém, as pessoas não continuavam casadas, a religião, de certa forma, perpetuava esse ensinamento no qual uma vez separados, não poderiam se casar novamente, pois “aquilo que Deus uniu, ninguém separa”, mas não conseguia limitar no âmago da pessoa. Seres humanos possuem desejos e vontades, não havia mais o temor de não querer ficar ao lado da pessoa que inicialmente escolheu para casar-se.

Em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9, foi instituído o divórcio no Brasil, regulamentado pela Lei nº 6.515, de 26 de janeiro de 1977. Com essa disposição passou-se a ter uma nova visão sobre a dissolução do casamento, visto anteriormente, enquanto os cônjuges estivessem vivos não se poderia dissolver a união, exceto nas causas de nulidade ou anulação do casamento.

Porém, uma importante lição é dada por Arnaldo Rizzardo quanto a diferença entre dissolução de sociedade conjugal e vínculo conjugal:

A sociedade conjugal pode deixar de existir, isto é, o casamento como manifestação real ou concretização da união entre marido e mulher pode terminar, permanecendo, todavia, o vínculo. E, na ordem do art. 1.571, fica dissolvida a união ou sociedade conjugal por um daqueles quatro fatores – morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. Já em face do § 1º, dissolve-se o vínculo, deixando de existir o casamento, com a morte ou o divórcio.

Apenas estas duas formas dissolvem o vínculo, autorizando o novo casamento, o que não se dá com a separação judicial, e tendo em conta que a nulidade ou a anulação, segundo será visto logo abaixo, não constituem fatores de dissolução²⁶.

Ainda segundo o autor, apenas com o divórcio se tinha a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial. A diferença entre separação judicial e o divórcio se fixa que na dissolução da sociedade conjugal se põe fim a determinar obrigações que são contraídas com o casamento, como a necessidade de coabitação. Já o divórcio põe fim ao vínculo conjugal, permitindo um novo casamento, o que não poderia ocorrer com a separação²⁷.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Op. cit.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição: Grupo GEN, 2018. 9788530983062. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em 26 de abril de 2021.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

Com o passar do tempo, das novas apresentações jurídicas no ordenamento e das novas possibilidades de constituições familiares, como a crescente mudança na jurisprudência, começou-se a notar uma abertura na conceituação e concepção de família, na qual poderia se dissolver a união e constituir novos grupos familiares.

Em 31 de agosto de 2010, a juíza substituta Larissa Pinheiro proferiu uma decisão, na 2ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco, na qual elucida que:

Devemos, de forma salutar e indubitável, brindar o amor que une as partes e, sobretudo, entender a ausência desse afeto para decretar a desunião definitiva dos envolvidos. Dessa forma, o Direito de Família atual se afasta da visão antiquada do passado e almeja um sistema inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar²⁸

Porém, a mudança mais significativa veio com a Constituição Federal de 1988 e todas suas acepções de igualdade entre homem e mulher e entre os filhos nascidos dessas relações²⁹. Passou-se a desconstruir a ideologia da família que tinha como regente somente a figura do homem, estruturada numa condição monogâmica, com intuitos patrimoniais.

Ao longo dos anos, houve uma mudança na mentalidade social e, conseqüentemente cultural, que trouxe o afeto para o centro das relações familiares, colocando a convivência familiar como o ponto central de desenvolvimento do afeto e da construção diária das dinâmicas no seio familiar.

Relações extramatrimoniais sempre existiram, o ordenamento jurídico se viu forçado pelas circunstâncias sociais em estabelecer uma diferença entre concubina e companheira, para assim poder reconhecer essas relações como relações de fato³⁰.

Orlando Gomes afirma que com essa evolução de perspectiva, o ambiente familiar acaba por se concentrar nas relações existentes tanto entre os cônjuges, como entre os genitores e sua prole³¹, na qual há uma maior valorização do indivíduo e dá-se início a um reconhecimento da afetividade e convivência familiar, para a formação dos sujeitos e se observa uma necessidade de responsabilidade pelos atos cometidos entre estes.

²⁸ <<https://www.conjur.com.br/dl/base-lei-juiza-direito-substituta1.pdf>> Acesso em 08 de fevereiro de 2021.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto [livro eletrônico]** - 2 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. cit.

³¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 136.

Assim, passa a ter uma igualdade entre os cônjuges, na qual há espaço de importância para ambos. Segundo Maria Berenice Dias, “a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, provocou reflexos significativos no poder familiar”³², trazendo novos olhares para a conceituação de família e sua estruturação.

1.2. O afeto no centro das relações familiares

Com o Estado Democrático de Direito baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, foram-se superando aos poucos os moldes do modelo patriarcalista. A Carta Constitucional não mais se baseia na origem genética ou biológica para determinar a filiação, porque a partir do momento que desconsiderou qualquer traço da família patriarcal e exclusivamente matrimonial, equiparando os filhos naturais e filhos adotivos, fez com que a prioridade para formar um núcleo familiar fosse a da afetividade.

A prova de que o afeto está inserido nas relações é que retirado o objetivo patrimonial do casamento, as pessoas decidem não permanecer juntas se não há afeto, registros de nascimentos podem ser anulados em face de nunca ter havido uma relação socioafetiva. Por outro lado, famílias não biológicas se formam pelo afeto, adoções são deferidas pelo vínculo afetivo formado. Segundo Aline Biasuz Suarez Karow, “o estado de filho consolida-se com o estabelecimento do afeto”³³.

Conforme Sérgio Resende de Barros, “o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo ao outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo”³⁴. Segundo ele:

Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

³³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 126.

³⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. 2002a. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.conf>. Acesso em 21 de setembro de 2020.

vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar [...].

O afeto alcançou, na atual ordem constitucional, a qualificação de valor jurídico, sendo dotado de grande importância, especialmente para o Direito de Família. Inegável é seu o reconhecimento pelos julgadores que já possuem ciência deste instituto, como ao reconhecer o afeto como elemento que relaciona duas pessoas homossexuais e ao fim configurar a existência de uma união estável³⁵.

Assim como, no caso em que reconheceu licença paternidade de 90 dias ao pai solteiro adotante, compreendeu-se a necessidade desse tempo maior para criar laços de afetividade, sempre colocando o interesse maior da criança como ponto principal a ser observado³⁶.

O afeto começou a ser fato gerador de uma visibilidade jurídica que anteriormente não existia. Estas e outras decisões retiraram o afeto de uma existência meramente existencial para um patamar de notoriedade e respeito.

Trazer essa visão do afeto como componente, que não é só apenas presente comumente, mas sim como a sua presença ser um diferencial para o que fosse ou não considerado família, trouxe para a afetividade um espaço mais notório no âmbito do Direito de Família, como também se tornou um importante elemento decisivo jurídico³⁷.

Silvana Maria Carbonera fala que o afeto é um novo componente e que ele deve ser considerado juridicamente, pois passou-se a ter dimensões significativas de um elemento que estava à sombra, pois não se questionava sobre ele. Segundo ela, “a noção de afeto era tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelando o desejo de estar junto à outra pessoa”³⁸. Ainda complementa que, “embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais, a recepção de outras formas abriu espaço

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n° 70.006.542.377, da 8ª Câmara Cível de Porto Alegre, rel. Des. Rui Portanova, julgado em 11 de setembro de 2003.

³⁶ Decisão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao julgar decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região sobre o processo CSJT – 150/2008-895-15-00-0 em 03.04.2009

³⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Op. cit. p. 127.

³⁸ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família** In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 286.

para famílias fundadas pelo afeto e pelo desejo de estar junto, formando uma comunhão de vida e fazendo com que este seja seu elemento central”³⁹.

Porém, Flávio Tartuce elucida que o afeto não pode se confundir com amor, o afeto é uma interação com uma pessoa podendo ter carga negativa ou positiva, ou seja, pode ser o amor ou ódio e ambos não se excluem das relações familiares⁴⁰.

Sérgio Gisckow Pereira traz importantes considerações sobre utilizar as expressões afeto e amor, para ele não há equivalência semântica, sendo amor um gênero e afeto uma espécie⁴¹. Se faz importante destacar a diferença entre amor e afeto, visto que as diversas correntes que não reconhecem essa realidade do afeto no centro das relações, nas quais não concordam com a valorização jurídica do afeto.

Aline Biasuz Suarez Karow, em sua obra sobre o abandono afetivo, elucida a respeito do afeto englobar os tipos de sentimento familiares, como os gregos já faziam ao dividir o amor em espécies. Por isso é importante explicar que as famílias se desenvolvem pelo afeto, mas nem sempre conseguem alcançar o patamar de amor, desse modo, não há como exigir amor para receber proteção ou tutela do Estado. Segundo a autora, “a formação do vínculo emocional entre os membros familiares nem sempre se traduz em amor, mas senão que às vezes em mero afeto”⁴².

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que o afeto no âmbito do direito de família poderia ser compreendido como a confiança que existe nas relações familiares, de maneira que ela possa ser o núcleo em que se pode e deve promover o desenvolvimento daqueles que fazem parte do grupo familiar⁴³.

O afeto nas relações jurídicas é uma realidade, tanto que podemos constatar normas jurídicas envoltas no afeto, como o dever jurídico de assistir, educar e criar os

³⁹ CARBONERA, Silvana Maria. op. cit., p. 295.

⁴⁰TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**: Grupo GEN, 2020. 9788530990404. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990404/>. Acesso em 13 de abril de 2021.

⁴¹ PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Tendências modernas do direito de família**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 18 (1,2), p. 295-323, 1989.

⁴² KAROW, Aline Biasuz Suarez. Op. cit. p. 131.

⁴³ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Bragga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva, 2019. 9788553612086. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>.

filhos menores e em contrapartida estes possuem a obrigação com os genitores na velhice⁴⁴.

Segundo Aline Biasuz Suarez Karow, “o afeto está para os laços familiares assim como o sol para o dia. Muitas vezes está encoberto, mas sabido que está lá, mesmo que esteja atrás das nuvens”⁴⁵. É na família que se dá oportunidade ao desenvolvimento dos indivíduos para construir a própria personalidade e liberdade para interagir socialmente e ser cidadão. Uma família em que os laços afetivos são fortes e recíprocos é uma família na qual se tem autoridade, respeito e orientação filial, ao contrário do que ocorre em famílias que não possuem essa relação, havendo somente imposições e opressões⁴⁶.

Por meio de uma interdisciplinaridade que envolve psicologia, filosofia, assistência social, entre outras áreas, é possível observar como o afeto é importante nas relações familiares e como a falta dele pode causar danos aos seus membros e, por isso, a questão da valorização jurídica do afeto tem maior relevância, pois a reparação civil por abandono afetivo tem este como seu elemento principal.

1.3. A convivência familiar e o cuidado como obrigação dos genitores

A partir da nova perspectiva que a família passou a receber, através da constitucionalização do Direito de Família, a entidade familiar começou a ser personagem principal no exercício de direitos e deveres a ela inerentes, impostos pela Constituição Federal, garantindo a dignidade e todos os princípios já mencionados anteriores, dos membros desse núcleo.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a família desempenha “papel importante para o desenvolvimento do homem e sua coexistência social”⁴⁷, pois é nela que se tem o primeiro contato de convivência, nela que o sujeito é acolhido e protegido, sendo isto garantido pelo Estado.

⁴⁴ **Art. 229**, 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”. (BRASIL, Constituição Federal (1998). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 21 set 2020.

⁴⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Op. cit. p. 140.

⁴⁶ Giselda Hironaka, Op. cit.

⁴⁷ PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A Ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 522.

Os deveres jurídicos impostos a todos do núcleo familiar promovem a solidariedade familiar entre os membros e na relação entre pais e filhos, a chamada convivência familiar. Segundo Rolf Madaleno, é através da solidariedade que os vínculos familiares se sustentam, pois se desenvolvem “em um ambiente recíproco de compreensão e cooperação”⁴⁸.

Aos pais, na relação parental com sua prole, cabe a assistência material, mas também moral. Verifica-se o dever-direito de convivência entre pais e filhos que não pode ser simplesmente tolhido em razão de uma separação ou não reconhecimento de paternidade. A convivência é a forma como a família estrutura e direciona o sujeito que está em desenvolvimento, tanto em seu núcleo familiar próximo, como pelo extenso, que mais uma vez considera os laços afetivos como elemento nuclear⁴⁹.

Os vínculos de afeto e carinho são derivados de uma convivência mínima que existe entre a família, é isto que os une, pessoas que convivem dia após dia passam a criar relações emocionais e afetivas. Sendo assim, para ocorrer o afeto, é preciso que exista o mínimo de convivência entre genitor e prole, a sua efetivação depende disso, a criação de laços e comunicação provém de uma interação saudável com o menor.

Por isso, o direito à convivência familiar está elencado como um direito essencial da criança e do adolescente, encontrado positivado tanto na Constituição Federal, como no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁰. É importante ressaltar que essa obrigação relacionada à convivência familiar decorre também do dever jurídico de cuidado, decorrente dos princípios da solidariedade e afetividade⁵¹. Conviver não é

⁴⁸ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 90.

⁴⁹ **Art. 25** Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais **a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade**”. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 21 set. 2020.

⁵⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil como exigência parcial para obtenção do título de Doutor pela Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 201. n.º de págs. 260.

⁵¹ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 95.

apenas estar ao lado, é se fazer presente na criação e no direcionamento da prole, é prover as necessidades da criança e do adolescente de forma intelectual, moral e psicológica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 22 elenca que é incumbido aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e, em seu parágrafo único, coloca de forma igualitária estes deveres e responsabilidades no cuidado e na educação da criança a ambos os genitores, resguardando o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas. Pois bem, como poderia um pai passar suas crenças e culturas, como poderia efetivar esse cuidado sem o mínimo de convivência familiar?

Conforme o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, existe um conjunto mínimo de cuidados parentais que garantem aos filhos, afetivamente, condições para um adequado desenvolvimento psicológico e inserção social⁵². Aina Hohenfeld Angelini Neta, citando o autor Leonardo Boff, interpreta o cuidado como uma solicitude, que preza pela diligência e pela atenção⁵³.

O dever de cuidado sempre esteve presente como valor jurídico, principalmente no campo da responsabilidade civil, na qual a conduta do sujeito interessa, mesmo que não tenha agido de forma intencional, a falta de conduta também gera uma consequência jurídica, seja por imprudência, negligência ou imperícia.

O valor jurídico do cuidado passou a assumir um sentido de afeto, solidariedade e proteção, não apenas no contexto de cautela e atenção. Também no cenário jurídico ele foi construído a partir de laços afetivos, ficando mais evidente no campo da família, assumindo papel fundamental naquilo que se afigura como direitos e obrigações que decorrem das relações familiares⁵⁴.

Pode-se observar que o ordenamento jurídico possui diversas normas que apresentam o cuidado, como o art. 226, §7º, da Constituição Federal⁵⁵ no qual elencou

⁵² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. 3ª Turma, Relª Minª Nancy Andrighi, por maioria, DOU de 10.15.2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em 03 de março de 2021.

⁵³ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 95.

⁵⁴ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 96.

⁵⁵ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício

a paternidade responsável como um princípio relacionado à família, incumbindo aos pais o dever de cuidado, criação, sustento e educação, o que se encontra também no art. 22,⁵⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante ressaltar que esses deveres dos pais perante sua prole não se extinguem quando ocorre o divórcio, pois sempre são exercidos em observância do melhor interesse da criança que, conforme o art. 227, da CF, em primeiro lugar é dever da família garantir, com absoluta prioridade, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar, bem como, deixá-los a salvo de qualquer forma de negligência.

O art. 229, da CF também elenca deveres paternos que expressam o cuidado, pois a eles é atribuído o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, demonstrando assim, uma solidariedade entre os cônjuges e entre genitores e prole.

No contexto fático e jurídico acima apresentado, a omissão do dever de cuidado e convivência, obrigação inerente aos pais, ingressa na teoria da responsabilidade civil e conseqüentemente resulta na necessidade de indenizar os prejuízos advindos desse descumprimento.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. A responsabilidade civil como consequência do descumprimento de deveres no campo do direito de família

A responsabilidade civil no Direito de Família, como escreveu Ruy Rosado de Aguiar, é um tema bipolar, no qual se pode ter pontos de vista antagônicos, já que se coloca em confronto o questionamento de dois preceitos constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana e o interesse da entidade familiar⁵⁷. O conflito se insere entre a ideia de proteger o membro da família individualmente, como ser digno e

desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, Constituição Federal (1990). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 de setembro de 2020.

⁵⁶ **Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.** (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 21 de setembro de 2020.

⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no Direito de Família. Direitos fundamentais do Direito de Família. Grupo GEN, 2011. 978-85-309-3891-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em 02 de março de 2021.

a proteção do interesse da entidade familiar, pois o Estado tem o dever de preservar a família que, segundo o art. 227 da CF, possui especial proteção. Sendo assim, percebe-se uma dificuldade em lides que envolvam cônjuges e entre pais e filhos.

Com as alterações em nosso ordenamento, a constitucionalização do Direito Civil, o Direito de Família iniciou uma tendência mais social. Como elucida Rodrigo da Cunha Pereira, a responsabilidade está atrelada à liberdade⁵⁸ e diante disso pode-se, cada vez mais, observar que as decisões sobre dissolução do casamento, a escolha de criar uma família e o aumento dos direitos dos filhos concedeu uma perspectiva mais individualista, consagrando a autonomia da vontade e o interesse da pessoa passando a predominar sobre o da entidade familiar⁵⁹.

A partir de um direito mais humanizado, passou-se a observar os aspectos imateriais das relações, reconhecendo-se a família como o lugar no qual a pessoa se desenvolve para suas relações interpessoais e sua própria personalidade. Não se pode mais crer que se mantém uma criança apenas com o básico, como alimento, abrigo e saúde. É preciso entender que há necessidade de outros elementos para a sua adequada formação, que hoje são protegidos constitucionalmente, como o lazer e a educação, e é nesse sentido que os pais adquirem uma obrigação jurídica em face de seus filhos⁶⁰.

A ideia de responsabilizar alguém pelos seus atos é uma ideia contemporânea e nas relações familiares essa concepção é importantíssima para preservar a dignidade da pessoa humana. Ruy Rosado de Aguiar, ao citar Judith Martins Costa, demonstra como o conceito de dano é construído ao passo que a comunidade entende o que deve ser juridicamente protegido⁶¹. Nessa construção de um novo olhar do conceito de pessoa serviu para observar a existência de estudos dos direitos da personalidade e conseqüentemente de sua ofensa. Conforme o autor, ainda citando a professora Judith Martins Costa, o direito começou a estabelecer essa nova

⁵⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais E Norteadores Para A Organização Jurídica Da Família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná) - Curitiba. 2004.

⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

⁶⁰ REIS, Clayton. **Dano Moral - Ed. 2019 - Revista dos Tribunais**. p. RB-6.5. [livro digital] Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/184955702/v6/page/RB-6.5>. Acesso em 02 de março de 2021.

⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

perspectiva de uma tutela para a dimensão existencial, envolvendo a vida, a intimidade, a criação intelectual, a integridade psíquica, entre outros valores inatos⁶². Em que pese o reconhecimento desses direitos e da necessidade de proteção, abre espaço para demandas que observam a ofensa e em consequente dano de tais direitos. De acordo com a lição de Ruy Rosado de Aguiar:

E essa constatação é importante no Direito que trata da família, a menor célula social em que a pessoa convive, porque no seu seio sempre se deu prevalência à instituição da família, ainda que com sacrifício de eventual interesse da pessoa⁶³.

A aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família é um pouco jovem no Direito brasileiro, muito embora esteja acontecendo e sendo discutida com frequência. A autora Ainah Hohenfeld Angelini Neta cita o autor Carlos Alberto Bittar, autor brasileiro que elucida sobre a possibilidade da incidência da responsabilidade civil nas relações familiares. Segundo o mencionado autor, um membro da família “pode sofrer lesões provocadas por qualquer de seus integrantes, como o cônjuge, filhos e parentes outros, tanto naturais, como civis”⁶⁴.

A autora afirma que a evolução doutrinária e jurisprudencial proporcionou uma visão maior de que as funções familiares constituem verdadeiros direitos-deveres, e, sendo assim, não sendo observados poderia acarretar num dano. A discussão desse dano é um pouco conturbada em razão da esfera que ele está presente, qual seja o dano extrapatrimonial, mais precisamente o dano existencial⁶⁵. Com a Constituição de 1988 e sua valorização do ser humano é que se pode observar uma proteção à pessoa. Segundo Sílvio de Salvo Venosa⁶⁶, a Constituição Federal de 1988 foi divisor de águas:

“É indubitável que a responsabilidade civil em sede de direito de família decorre de toda essa composição porque, em última análise, ao se protegerem o abuso dos pais em relação aos filhos, ou vice-versa, de um cônjuge ou companheiro em relação ao outro, o que se protege, enfim, são os direitos da personalidade e a dignidade do ser humano”.

⁶² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

⁶⁴ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 147.

⁶⁵ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 148.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Grupo GEN, 2020. 9788597024678. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/>. Acesso em: 02 de março de 2021.

São diversas as situações que podem ensejar danos morais nas relações familiares, como o abandono moral dos pais com os filhos, injúrias graves, recusa do reconhecimento de paternidade, entre outros. Ainda é muito discutido na doutrina e na jurisprudência pátria a possibilidade de indenizações pelo descumprimento de obrigações parentais, no caso do presente trabalho são estudados os deveres de cuidado, convivência e assistência moral. Os julgados ora reconhecem e ora afastam essa consequência, não deixando uma decisão unânime.

Foi com a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi que mudou o paradigma que até então vinha sendo proposto pela Corte. Por esta decisão entendeu-se a possibilidade de responsabilização por dano moral em caso do descumprimento do dever de convivência. É mister colacionar trecho importante da decisão para demonstrar o ponto de vista da Ministra que permeia todo o acórdão:

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para sua manutenção - alimentos, abrigo e saúde -, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação - educação, lazer, regras de conduta, etc. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos⁶⁷.

Todo dever jurídico, em face de seu descumprimento, gera respostas no mundo jurídico, sob pena de apenas uma norma vazia. A convivência, o cuidado e a assistência moral dos pais perante os filhos são protegidos legalmente e são essenciais para a formação da personalidade do indivíduo. Devido a essa extrema importância, o Direito não pode deixar sem consequência quando ocorre um dano pelo abandono mediante a quebra desses deveres⁶⁸.

Flávio Tartuce, ao ser citado por Aina Hohenfeld Angelini Neta, explica que

A discussão sobre o abandono afetivo não deve se considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a amar o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não [...]. Ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que no abandono afetivo há a presença da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei, qual seja, o dever de convivência⁶⁹.

⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

⁶⁸ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 155.

⁶⁹ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 156.

Segundo a Ministra, em seu voto, foi sucinta ao analisar tecnicamente a aplicação da responsabilidade civil no campo do Direito de Família sobre o dever de indenizar. Para ela, não há restrições legais relativas a essas regras, pelo contrário, os dispositivos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X, da CF e os arts. 186 e 927, do CC) tratam de maneira ampla e irrestrita, do que se pode inferir que podem regular inclusive as lides nascidas no núcleo familiar⁷⁰.

2.2. A perda do poder familiar com sanção ineficaz ao abandono afetivo

A doutrina e a jurisprudência já encaminhavam o tema do abandono afetivo para o conjunto das ações que objetivavam a “monetização do afeto”, visto que, para quem apoia esse entendimento, já existiria uma sanção em nosso ordenamento para os genitores que descumprissem um dever parental, no caso do presente trabalho, o dever de convivência e cuidado. De acordo com a corrente que entende pela monetização do afeto, os arts. 1.673 e 1.638, do Código Civil trariam a sanção da perda do poder familiar.

Observando os artigos mencionados, podemos entender que se trata de uma opção, considerada última, que deve ocorrer após falta reiterada dos deveres parentais e, ao fim, deve ser aplicada apenas quando convir.

A doutrina defende o entendimento de que a perda do poder familiar é a sanção única aplicável ao caso de abandono afetivo (descumprimento do dever de convivência e cuidado), argumenta que a ação de descumprimento deve ser analisada somente no campo do Direito de Família, retirar o poder familiar do responsável que foi negligente é o que “defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito⁷¹”.

Ademais, seguem os argumentos dessa linha de pensamento, de que ocorrendo a violação desses deveres, as sanções devem ser aquelas pertinentes ao Direito de Família, não podendo ser inovado. Esses posicionamentos foram refletidos

⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

⁷¹ DINIZ, Daniela Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**. Jus Navigandi. Teresina, a. 14, n. 2184, 24 de jun. 2009. Disponível em: [HTTP://jus.com/artigos/12987](http://jus.com/artigos/12987). Acesso em 17 de março de 2021.

no primeiro caso sobre esta temática a chegar no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Fernando Gonçalves entendeu que:

O ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito, e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral⁷².

Segundo Maurício Benevides Filho, sanção “representa consequência positiva ou negativa prevista em lei norma para determinado ato praticado por determinado indivíduo. Realizada certa ação ou omissão prevista na norma jurídica, a retribuição será a aplicação de uma sanção igualmente nela prevista⁷³”.

Ainda conforme o mesmo autor, que cita Jhering, demonstra a importância da coação, na qual é exercida pelo Estado para manter as normas asseguradoras da vida em sociedade, tem papel essencial, pois “uma regra de Direito desprovida de coação jurídica não tem sentido é fogo que não queima, chama que não ilumina⁷⁴”.

Sendo assim, determinadas sanções como forma de coerção, são feitas para inibir condutas que não são desejadas, ou seja, antijurídicas, o que em contrapartida estimula o cumprimento dos deveres juridicamente impostos.

Conforme Aina Hohenfeld Angelini Neta:

Pensar na destituição do poder familiar como sanção para o genitor faltoso com seus deveres, sobretudo os deveres que ora se discute de cuidado e convivência, é praticamente bonificá-lo por sua conduta. Ora, retirar o poder familiar de quem não o exerce porque não quer, não implica em punição por violação de uma conduta. Pelo contrário, é “presentear” o genitor, afastando-o de maneira “legal” das obrigações que deveria cumprir por imposição do ordenamento.

A partir dessa construção, é possível entender que a sanção de destituição do poder familiar é uma norma que “não queima”, conforme Jhering, pois deixa de cumprir seu papel principal de coibir condutas antijurídicas, visto que, tudo o que o

⁷² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria. DJU de 27.03.2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em 17 de março de 2021.

⁷³ FILHO, Maurício Benevides. R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 355-373, jan./jun. 2013. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11850/1/2013_art_mbenevidesfilho.pdf Acesso em 17 de março de 2021.

⁷⁴ FILHO, Maurício Benevides. Op. cit.

genitor faltoso gostaria de receber é a liberdade e a notícia de que não é mais responsável por sua prole.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, numa hipótese de dano moral em questão ao desestímulo de novas agressões pelo ofensor, “a perda do poder familiar abrange somente [...], o da punição ao agressor, ou quiçá, nem mesmo importe em qualquer punição, já que o pai não desejava conviver com a filha, tanto que a abandonou”⁷⁵.

A perda do poder familiar tem muito mais o objetivo de proteger o menor das transgressões de seus genitores do que punir aqueles que não agem de acordo com seus deveres. Não se pode aceitar que a destituição do poder familiar seja a única forma de coibir os genitores a propositadamente deixar de cuidar e conviver com seus filhos, se não, como já dito, a norma seria vazia e sem sentido. Porém, é importante lembrar que há casos em que as duas punições coexistam (perda do poder familiar e indenização), pois são sanções com fundamentos diversos⁷⁶.

Nos dizeres de Aline Biasuz Suarez Karow, há uma diferença entre os pedidos de perda do poder familiar e abandono afetivo:

É necessário apontar que há diferença do critério para decretação da perda do poder familiar e do critério para condenação a reparar o abandono afetivo. Em que pese a correlação entre um e outro fato, os institutos não se equivalem. Decretação da perda do poder familiar é uma coisa, reparação civil outra. É bem verdade que os dois podem se originar da situação de abandono. Mas se deve atentar que a causa de pedir na demanda é a indenização por abandono afetivo não é a decretação da perda do poder familiar. Um não é consectário do outro. O caráter da pena da perda do poder familiar é sim de ordem punitiva, buscando sancionar o genitor negligente, enquanto que o caráter da indenização é compensatório e no máximo dissuasório. Assim temos dois institutos e duas funções de penas diversas, não podendo ser confundidos⁷⁷.

Esse tema foi abordado pela Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.159.242, paradigma da mudança de visão sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo:

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição

⁷⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Abandono afetivo: cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3232, 7 maio 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21706>. Acesso em 24 de março de 2021.

⁷⁶ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 177.

⁷⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Op. cit. p. 144.

possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02). 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.

Maria Helena Diniz defende também a possibilidade de aplicar as duas sanções de forma simultâneas:

Se o dever de convivência familiar não for cumprido, ter-se-á um desequilíbrio emocional da prole, dando azo à perda do poder familiar (cc, art. 1.683; ECA, art. 98, CC) por abandono imaterial, ante a ausência de afetividade e de assistência mora, e à responsabilidade civil por dano aos direitos da personalidade, uma vez que se atinge a integridade físico-psíquica, a dignidade e a honra do menor ⁷⁸.

A doutrina, que entende pela única possibilidade de sanção ao descumprimento desses deveres ser a perda do poder familiar, argumenta que não se pode aplicar a responsabilidade civil, pois ninguém é obrigado a amar ninguém, nem um pai a amar seu filho. A alegação é equivocada, uma vez que não se discute o dever de amar, de dar afeto.

Segundo Aina Hohenfeld Angelini Neta, “não é possível de fato para o Direito estabelecer o dever de amar. O que se discute aqui são os deveres parentais impostos pelo ordenamento aos pais para que cuidem, assistam e convivam com seus filhos”⁷⁹. Não se pode obrigar a amar, mas deve-se seguir o ordenamento jurídico e exercer os deveres impostos para afastar de qualquer forma de negligência às crianças, resguardando seus direitos constitucionais e infraconstitucionais.

É nessa direção que a jurisprudência e a doutrina caminham e se dirigem aos institutos da responsabilidade civil para conseguir responder essas demandas sociais de forma juridicamente adequada e suficiente.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Direito à convivência familiar**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito patrimonial e existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 809.

⁷⁹ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. *Op. cit.* p. 179.

2.3 A extraconjugalidade como um dos fatores para o abandono afetivo

Nas famílias romanas, o repúdio aos filhos ilegítimos era enorme, pois eles não podiam exercer o papel a que se destinavam, conforme a religião. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao citar Fustel Coulanges, elucida que o laço de sangue isolado não constituía, para o filho, a família; era-lhe necessário o laço do culto. Ainda aborda que:

A perpetuação do culto, que se fazia por meio do lho varão, não era deferida pelo *pater* ao lhe havido fora do matrimônio religioso - justo e legítimo - e este, então, não se responsabilizaria jamais pelo culto doméstico nem seria encarregado de manter, ardendo, o fogo sagrado no altar da família. Isto porque o *pater*, senhor e guarda vitalício do lar e representante dos antepassados, não declarava o vínculo moral e religioso decorrente do nascimento do lhe ilegítimo. Sem esta formalidade, portadora de força obrigatória em Roma, na Grécia e na Índia, o recém-nascido não integrava a família e o seus nascimentos e constituía em tão apenas um laço físico⁸⁰.

Os filhos eram o retrato dos erros e pecados de seus pais, pois eram uma prole contrária à moral e à religião. Esses seres humanos não possuíam lugar definido, não podiam fazer parte das atividades da família, ficavam excluídos. Foi a partir de Justiniano (529) que foi permitida a sucessão *ab intestato* e a atribuição ao pai da obrigação alimentar⁸¹. Ainda segundo a autora, “somente na última fase do Direito Romano é que os filhos naturais, havidos de uniões concubinárias, foram equiparados aos legítimos, sendo que os espúrios não contaram com tal benefício já que não eram considerados filhos e não tinham um pai”⁸².

A extraconjugalidade faz parte das relações familiares, não é mérito do trabalho discursar sobre sua evolução histórica ou sobre a moralidade do ato, a breve contextualização no Direito Romano serviu para destacar que esse tipo de relação não é recente, pelo contrário, é enraizado desde os primórdios.

Conforme o Direito de Família foi evoluindo e construindo a ideia do ser humano como centro dos relacionamentos, sendo digno de sentimentos e desejos

⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento**. in Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento>. Acesso em 31 de março de 2021.

⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

passou-se a ter um prisma de querer estar com quem desejar, na hora que for mais agradável.

Superando essa visão matrimonial do casamento, o afeto passou a balizar a caracterização de família, basta esse elemento para ser reconhecida uma entidade familiar. Dito isso, os relacionamentos extraconjugais acabam por gerar frutos e sobre o reconhecimento desses filhos que se pairam os problemas, desde o reconhecimento até a criação e convivência.

Conforme elucida ainda a autora anteriormente citada, há uma questão intimamente ligada à "noção de "paternidade responsável", exatamente assim acolhida por nossa Constituição, ao dizer que toda pessoa, ao nascer, deva ser filho de alguém, decorrendo a obrigatória relação jurídica do parentesco, da qual serão inegavelmente extraídos os direitos daquele, e os deveres incumbidos a este último⁸³.

Crianças não possuem a maturidade necessária para entender que aqueles que deveriam cuidar e proteger estão abandonando-as, sendo assim, acabam por conviver com a rejeição e a indiferença do genitor que não consegue admitir a situação que ocorreu, isso se deve ao fato de que numa sociedade construída a base da religião e da monogamia, a extraconjugalidade possui um estigma imoral e vergonhoso. Essa repulsa direcionada ao fruto dessa relação ocorrida fora do casamento ocasiona e fortalece, ainda mais, a quebra do convívio familiar e do cuidado que deveria ser exercido por aquele que gera o ser humano em questão, pois isso é a paternidade responsável.

Esse princípio pode ter dois sentidos, “em relação à autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos, bem como, quantos filhos as pessoas desejam ter, [...] também interpretado sob aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos, ou seja, o dever parental”⁸⁴.

Conforme Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos Santos:

Em suma, os princípios da Paternidade Responsável e da Dignidade da Pessoa Humana, constituem a base para a composição da família no

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar.** Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/> Acesso em 07 de abril de 2021.

ordenamento jurídico brasileiro, pois retratam a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família⁸⁵.

Rodrigo da Cunha Pereira elucida que a paternidade responsável permeia os princípios norteadores do Direito de Família, ele está presente no princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, entre outros, visto “a importância da paternidade/maternidade tem na vida das pessoas”⁸⁶.

O mesmo autor ainda ressalta que a paternidade é fundante e substancial ao sujeito, “a estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não”⁸⁷. Ainda segundo Rodrigo da Cunha Pereira, pode-se observar na sociedade um problema de descompromisso de pais com seus filhos, devido a isso:

Muitos filhos não tiveram outra alternativa a não ser recorrer aos tribunais para buscar algum reparo ao seu desamparo advindo da ausência voluntária do pai. Nestes casos, recorre-se à justiça não em busca de ajuda material, pois para isto há formas jurídicas mais céleres e mais práticas. [...] não é o valor da indenização que irá recompor ou restituir o afeto negado ou omitido aos filhos. Certamente, quando esses filhos chegaram às barras dos tribunais, já haviam esgotado todas as formas consensuais de tentativas de aproximação com seus pais. A quase totalidade desse abandono é por parte do pai⁸⁸.

Ademais, ainda complementa dizendo que “pai e mãe não podem se divorciar de seus filhos e devem ser responsabilizados pelo não exercício do dever de criar, enfim dar afeto, não apenas no sentido de sentimento, mas principalmente de uma conduta e uma ação de cuidado, proteção e educação”⁸⁹.

A criança que cresce sem a figura paterna enfrenta o abandono sem entender o motivo pelo qual está sendo rejeitada, o impacto que isso causa gera uma

⁸⁵ SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. **Os princípios Constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioria civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13469&revista_caderno=14>. Acesso em 07 de abril de 2021.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Paternidade responsável: mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não têm o nome do pai na certidão de nascimento**. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/paternidade-responsavel/>. Acesso em 07 de abril de 2021.

⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit.

⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit.

⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit.

lacuna na vida deste ser humano que irá se transformar em problemas psicológicos, físicos e emocionais, sendo carregados pelo resto da vida⁹⁰.

Nos casos em que se busca reparação no Poder Judiciário pelo fato do pai ter abandonado o filho e causado essa dor pela privação da convivência, do amparo moral e psíquico e de ser cuidado por ele adentra também o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, esta é a pergunta crucial nessas situações: qual o limite da responsabilidade do sujeito?

Como aborda em seu artigo, “a razão da existência do Direito reside exatamente em colocar limite e responsabilizar os sujeitos para que seja possível o convívio e a organização social”⁹¹.

2.4. A configuração do abandono afetivo à luz da responsabilidade civil

Há uma nova perspectiva de (des)construção familiar, basta apenas manifestar um desejo para unir-se ou colocar fim a união. Porém, o mesmo não ocorre quando se trata dos filhos advindos dessas relações, não se pode dissimular que o resultado dessa união não existe, a luz da liberdade de planejamento familiar. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “os varões não assumem ou reconhece para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos”⁹².

Ainda nos dizeres da autora, “o fim da conjugalidade não leva ao fim da parentalidade. A família constituída entre pais e filhos não se dissolve. Se o par conjugal fracassou, a dupla parental obrigatoriamente precisa ser preservada”⁹³.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “os pais representam a ancoragem indispensável para o sadio e pleno desenvolvimento do filho, em particular durante seu

⁹⁰ TRAPP, Edgar Henrique Hein; ANDRADE, Railma de Souza. **As Consequências da Ausência Paterna na Vida Emocional dos Filhos**. Revista Ciência Contemporânea jun./dez. 2017, v.2, n.1, p. 45 - 53. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/guaratingueta/revista.php?id_revista=31> Acesso em 07 de abril de 2021.

⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit.

⁹² DIAS, Maria Berenice. Op. cit. pg. 222.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. pg. 222.

processo de formação, de identificação, propiciando, assim a materialização do princípio do melhor interesse⁹⁴.

Atualmente não se questiona que os deveres parentais são deveres jurídicos e que devem ser observados, visto sua imposição pelo ordenamento jurídico vigente. A responsabilidade parental, no ordenamento brasileiro, possui fundamentos constitucionais, como os arts. 226, §7º, 227 e 229 da Constituição Federal⁹⁵, e como a Convenção sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1990.

Em seu preâmbulo, a Convenção traz diretrizes, reconhecendo que para crescer e desenvolver sua personalidade, de forma plena e harmoniosa, deve ser no seio familiar, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, como nos artigos 3, inciso 2, artigo 9, inciso 3 e artigo 18, inciso 1⁹⁶.

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Pai por que me abandonastes?** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/41/Pai,+por+que+me+abandonaste%3F#:~:text=A%20partir%20dessa%20compreens%C3%A3o%20e.Pai%2C%20porque%20me%20abandonaste%3F%E2%80%9D&text=CUNHA%20PEREIRA%2C%20Rodrigo>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁵ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, Constituição Federal (1998). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁶ **Artigo 3 inciso 2.** Os Estados Partes se comprometem a **assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei** e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Artigo 9, inciso 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança;

Artigo 18, inciso 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que **ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais** ou, quando for o caso, aos representantes legais, **a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança.** Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. [grifo meu] (BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Crianças (1990). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

Há também os fundamentos infraconstitucionais como os arts. 1.643, I e 1.566, IV, do Código Civil⁹⁷ que versam sobre a responsabilidade dos pais para a criação e educação dos filhos, como também o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 3º, 4º, 22 e 33⁹⁸, nos quais abordam a prioridade dos direitos da infância e da juventude.

Nesse sentido, Ainah Hohenfeld Angelini Neta entende que o dever jurídico de convivência parental, conseqüentemente implica cuidado, assistência, criação e educação dos filhos. Transgredir esses deveres gerará à criança uma situação de vulnerabilidade, o que vai ao contrário do disposto norteador da Carta Magna na qual elenca que se deve colocar as crianças e os adolescente a salvo de todas as formas de negligência⁹⁹. Ainda segundo a autora, ao citar Rui Stoco, tais direitos quando transgredidos devem ser merecedores de ampla tutela, devendo o Estado propiciar meios para sua correção¹⁰⁰.

Diante do apresentado, tendo sido situado o tema no âmbito dos deveres jurídicos, como já feito anteriormente no capítulo 1, a questão que se coloca no momento é sobre as conseqüências pelo descumprimento desses deveres.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, “a assistência moral e afetiva é, portanto, um dever jurídico, não uma faculdade, e o seu descumprimento pode caracterizar-se

⁹⁷ **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;

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos;] (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁸ **Art. 3º** A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁹ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 181.

¹⁰⁰ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 181.

como um ato ilícito pela qual pode ter como consequência a condenação ao pagamento de indenização”¹⁰¹.

Como já abordado, a consequência prevista para o descumprimento desses deveres é a perda do poder familiar, porém, não é eficaz no que se refere a punir o agente causador do dano, pois justamente afasta o genitor faltoso do filho que ele inicialmente já não queria ter convivência ou qualquer tipo de cuidado. Segundo Aina Hohenfeld Angelini Neta, “pelo contrário, “regulariza” a conduta omissa do genitor que deliberadamente deixa de conviver com o seu filho”¹⁰².

Sendo assim, a alternativa que se encontra para essas situações passou a ser a responsabilidade civil, possibilitando com a sanção punir o violador da norma e compensar aquele que sofreu o dano. De acordo com Eliene Ferreira Bastos, o que caracteriza a “responsabilidade civil por parte do pai ou da mãe, não guardião do filho, é a conduta omissiva de abandono a gerar dano injusto”¹⁰³.

Pelo exposto, de acordo com Jones Figueiredo Alves, “a omissão de cuidado mínimo ingressa na teoria da responsabilidade civil, obrigando o pai omissor a indenizar os prejuízos advenientes da sua omissão”¹⁰⁴. Estabelecido assim a possibilidade de a responsabilidade civil adentrar esse tema e punir o genitor faltoso, resta discutir a configuração dessa responsabilização.

Para Rodrigo da Cunha Pereira,

Para que haja a imposição do dever de indenizar, deve haver uma atuação lesiva que seja considerada contrária ao direito, ilícita ou antijurídica. A responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator. É indispensável também a existência de um dano ou prejuízo para que a responsabilidade civil seja configurada. Sem a ocorrência desse elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, não teria o que responsabilizar. 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 parentais¹⁰⁵.

¹⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 247.

¹⁰² NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 182.

¹⁰³ BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antonio Ferreira (Coords.). **Família e Jurisdição II**. São Paulo: Del Rey, 2008. pg. 61.

¹⁰⁴ ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono Afetivo**. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. V35. (agosto/setembro 2013). Editora Magister. Porto Alegre. pg. 101.

¹⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte; IBDFAM, v. 29, pg. 11, ago./set. 2012.

O abandono afetivo gera uma espécie de dano moral, o dano afetivo, e sendo assim, só poderá ser indenizado se presentes todos os pressupostos exigíveis para a responsabilização deste tipo de dano.

Quando se inicia os estudos da responsabilidade civil temos primeiramente a diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva. A responsabilidade objetiva, em suma, é aquela que transcende a culpa do agente, podendo perfectibilizar a reparação apenas com a prova do dano e o nexo de causalidade, como aquelas presumidas pela lei como nos arts. 936 e 938, do Código Civil¹⁰⁶, outros se fundam na teoria do risco, como as relações de consumo, das quais no exercício de uma atividade possui um risco de dano a terceiro e deve ser obrigado a reparar, ainda que não tenha tido culpa¹⁰⁷.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, nosso Código Civil filiou-se à teoria da responsabilidade subjetiva. Segundo ele, o art. 186, do Código Civil instituiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Sendo assim, a responsabilidade subjetiva é a regra, porém não se exclui a possibilidade da responsabilidade objetiva advindas da lei¹⁰⁸.

O mesmo autor, ao citar Caio Mário da Silva Pereira, elucida que a regra é “fundamentar a responsabilidade civil na ideia de culpa, mas sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre o legislador fixar (reparação) [...], independentemente daquela noção”¹⁰⁹. Carlos Roberto Gonçalves reconhece a amplitude que o art. 927 do Código Civil trouxe ao Judiciário, pois ajusta a nova tendência do ordenamento na qual há espaço para as duas formas de responsabilidade.

¹⁰⁶ **Art. 936.** O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2021

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**: Editora Saraiva, 2019. 9788553617173. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/> . Acesso em 13 de abril de 2021.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

Por isso, para o caso em estudo, o qual se aplica a responsabilidade subjetiva, destacam-se os elementos de configuração da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, culpa ou dolo, dano e nexos de causalidade, o que passo a analisar.

2.4.1. Da ação ou omissão do agente

Segundo Rui Stoco, “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”¹¹⁰, pois sem a conduta, um comportamento humano, não há como observar um descumprimento de uma norma jurídica.

O autor acima citado, ao elucidar os ensinamentos de Adauto de Almeida Toaszewski, afirma que o ser humano pauta sua conduta em sociedade de forma que não cause danos às outras pessoas, devendo mesmo na prática de atos lícitos ter o cuidado e a cautela necessárias em suas ações ou omissões¹¹¹.

Para o ordenamento jurídico, é necessário que o ato seja voluntário, ou seja, “exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”¹¹².

Há doutrinadores como Sylvio Capanema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona que acreditam ser acidental a culpa genérica, ou seja, a ação ou omissão voluntária. Porém, ainda prevalece o entendimento de que a culpa em sentido genérico é um elemento essencial da responsabilidade civil, visto que o Código Civil tem como regra a responsabilidade subjetiva.

Flávio Tartuce traz o questionamento de que ter como regra a responsabilidade subjetiva não condiz com a realidade fática atual que se atrela muito mais ao dano¹¹³.

¹¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Revista dos Tribunais. 2015 [livro eletrônico]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102785881/v10/document/102786367/anchor/a-10278636>. Acesso em 13 de abril de 2021.

¹¹¹ STOCO, Rui. Op. cit.

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

¹¹³ TARTUCE, Flávio. Op. cit.

2.4.1.1. A conduta omissiva do genitor faltoso

Em primeiro lugar, o que caracteriza o abandono afetivo, ou como prefiro chamar neste trabalho de descumprimento do dever de cuidado e convivência, é a omissão do genitor em relação à sua prole sobre determinados deveres juridicamente imputados a ele. A jurisprudência que rechaça a busca pela indenização por abandono afetivo entende que não é um dever jurídico manter uma relação com sua prole, nem a amar¹¹⁴. Porém, a doutrina vai mais além, como a jurisprudência é a favor dessa possibilidade, reconhece que existem comportamentos positivos para com os filhos que não são facultativos¹¹⁵.

Como já apresentado anteriormente, os pais possuem deveres jurídicos expostos tanto na Constituição Federal, como em normas infraconstitucionais, o que deixa claro que os pais são legalmente responsáveis não só pela assistência material dos filhos, mas também, e de forma fundamental, na sua formação moral.

A Ministra Nancy Andrighi, o qual será citada diversas vezes no decorrer do trabalho devido a sua tamanha contribuição para o tema, esclarece em seu relatório no REsp paradigma da jurisprudência favorável à indenização por abandono afetivo, que:

É possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.¹¹⁶.

A autora Paula Bodanese refere-se, em sua monografia, um importante entendimento do juiz Mário Romano Maggioni sobre o processo nº 141/1030012032-0, da Comarca de Capão da Canoa, no qual elucida que “o sustento representa somente uma das parcelas da paternidade e que ser pai, na amplitude legal do conceito, invoca também deveres de guarda e educação”¹¹⁷.

¹¹⁴ STJ, REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves.

¹¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹¹⁷ BODANESE, Paula. **O dever de indenizar por dano afetivo na relações paterno-filiais**. Monografia de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, p. 80. 2011. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021

Já se explicitou anteriormente a relevância da convivência e da criação para a formação da personalidade do infante, pois são nesses momentos e vivências que serão transmitidos os valores éticos, morais, sociais e afetivos, podendo ser corrigidos desvios de condutas que eventualmente surjam no caminho.¹¹⁸

A extraconjugalidade possui uma relação direta com a omissão, pois o genitor ao se ausentar pela vergonha ou simplesmente por não querer reconhecer seu filho, tolhe o direito de convivência e de cuidado. Porém, é importante sempre frisar que essa omissão não pode ser temporária, ela necessita ser contínua. O que vemos frequentemente acontecer, em casos de filhos extraconjugais, é a interpretação social de que são “escapadas” do pai ou da mãe e a rejeição que sofrem.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, o cuidado é formado por elementos objetivos e distingue-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento através de ações concretas como a presença e o contato (mesmo que não presencial), ou seja, estar e procurar estar presente na vida de seu filho. Ainda traz que esses comportamentos, como comparações entre o tratamento dado aos demais filhos e ações voluntárias em favor da prole são formas de o julgador apreciar o (des)cumprimento do dever de cuidado e convivência¹¹⁹.

Resume então, na frase que trouxe o novo paradigma de responsabilização neste campo do Direito de Família que “amar é faculdade, cuidar é dever”¹²⁰.

Comprovado que essa imposição legal foi descumprida há então um ilícito civil, sob a forma de omissão, pois deixou de fazer.

2.4.2. A conduta culposa

Para a configuração do ato ilícito, não basta apenas a conduta voluntária, é necessário para a caracterização deste, que exista dolo ou culpa comprovada do agente em relação ao evento danoso.

¹¹⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**: Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 26 abr. 2021

¹¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

Segundo Flávio Tartuce, a culpa é um conceito interdisciplinar que não pode ser negado ou eliminado, é inerente ao ser humano e à civilização. Ainda segundo esse autor, ao citar Giselle Câmara Groeninga, “o que se afigura nos dias atuais é a substituição do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade”¹²¹.

Arnaldo Rizzardo traz o entendimento de três grandes doutrinadores acerca da culpa, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald dizem que “a culpa é elemento nuclear da responsabilidade civil e justificativa filosófica da teoria subjetiva. Ela ocupa papel nevrálgico na etiologia do ilícito, pois quando a ele fazemos alusão, sempre estarão compreendidos os modelos da culpa e do dolo”¹²².

Georges Ripert, citado por Arnaldo Rizzardo, declara que não entende ser fácil a conceituação desse pressuposto. Sendo assim, o modelo francês, país importante para a construção da responsabilidade civil, dividiu-se em dois grandes grupos com o intuito de resolver esse problema conceitual. O primeiro grupo, tendo como doutrinador principal René Savatier, entendeu que a culpa é uma inexecução de um dever que o agente podia conhecer, sendo assim se conhecia e por voluntariedade o violou, ocorre o delito civil. Se o dever é conhecido e involuntariamente violado, tem-se a culpa simples, o que chamam de quase delito¹²³.

O segundo grupo, liderado por Mazeaud e Mazeaud, entende que o fato danoso é um fato social, resultante de uma conduta irregular do agente causador do dano, esse entendimento provém de um conceito de erro de conduta, podendo ser intencional ou advir de uma imprudência ou negligência de quem deveria ser o responsável¹²⁴. O mesmo autor traz a importante consideração de que a culpa consistiria em “uma ação ou omissão de um dever que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com seus semelhantes”¹²⁵.

Esse problema não se mostra tão intenso no ordenamento jurídico brasileiro, pois o legislador optou por adotar um sistema de culpa genérica, no qual se desdobra em dolo (caracterizada pela ação ou omissão voluntária) e em culpa *stricto sensu*

¹²¹TARTUCE, Flávio. Op. cit.

¹²²RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 8ª edição: Grupo GEN, 2019. 9788530986087. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em 20 de abril de 2021.

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

(caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia), conforme o art. 186, do Código Civil. Sendo assim, o dolo, conforme Arnaldo Rizzardo, “à prática voluntária de uma infração à lei. Age a pessoa deliberadamente no rompimento da ordem natural das coisas ou do equilíbrio no relacionamento humano. A infração é pretendida, repercutindo maior gravidade nas consequências e no combate pela lei”¹²⁶. Nesse sentido, o agente quer o resultado ou pelo menos assumiu os riscos desses.

A culpa em seu sentido estrito é uma conduta voluntária que produz um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. É importante frisar que o resultado precisa ser previsto mentalmente, gerando assim a culpa consciente, porém difere do dolo, pois na culpa não se queria o resultado, o agente observa as consequências, mas não acredita que irão acontecer. Não sendo previsto, o limite mínimo da culpa é de que o resultado seja previsível, e nesse sentido, ser previsível é ter um certo grau de probabilidade¹²⁷.

Ainah Hohenfeld Angelini Neta, ao citar Aguiar Dias, elenca que a “culpa é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou como querem outros, a omissão de diligência exigível”¹²⁸. A culpa, de forma majoritária na doutrina, é composta por três elementos: negligência, imprudência e imperícia¹²⁹. Cada uma se entrelaçando com a outra e trazendo diferentes visões de imprevisão. Podendo ser contratual e extracontratual ou *aquiliانا*, sendo a última, ponto de interesse do trabalho, se funda num dever geral de cautela, devendo provar a quem alega ter sido ofendido injustamente¹³⁰.

A negligência, para Arnaldo Rizzardo, é “a ausência de diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana”¹³¹, e conforme Rui Stoco “é o descaso, a falta de cuidado ou de atenção, a indolência, geralmente um *non facere quod debeat*, quer dizer, a omissão quando do agente se exigia uma ação ou conduta positiva”¹³².

¹²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹²⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**: Grupo GEN, 2020. 9788597025422. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>. Acesso em: 23 abr. 2021

¹²⁸ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 193

¹²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹³⁰ STOCO, Rui. Op. cit.

¹³¹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹³² STOCO, Rui. Op. cit.

Por outro lado, a imprudência, mais uma vez na lição de Arnaldo Rizzardo, é a “precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos. Os atos praticados trazem consequências ilícitas previsíveis, embora não pretendidas, o que, aliás, sucede também nas demais modalidades de culpa”¹³³. Ou seja, significa agir de forma a não considerar uma cautela ordinária que se espera da conduta humana.

Por fim, a imperícia, esta se relaciona com a inabilidade profissional. São situações em que o profissional deixa de observar a técnica própria de sua atividade, causando danos a outrem¹³⁴.

Paula Bodanese, ressalta a importância de que “para a imputação da conduta culposa é necessário que o agente seja imputável, ou seja, um sujeito capaz de entender o caráter reprovável de seus atos e de determinar-se de acordo com esse entendimento”¹³⁵. Para isso elenca que são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e os enfermos ou deficientes mentais, que não possuem o necessário discernimento para a prática dos seus atos, sendo os responsáveis pelos atos dos menores seus pais e pelos deficientes mentais, os curadores. Porém, o incapaz deve reparar o dano que causar quando seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não tiverem meios suficientes, desde que a indenização não o prive do necessário à sua sobrevivência¹³⁶.

¹³³ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹³⁴ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 194.

¹³⁵ BODANESE, Paula. Op. cit.

¹³⁶ **Art. 3º** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. **Parágrafo único.** A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

2.4.2.1. A culpa do genitor faltoso

No caso específico do presente trabalho, a doutrina em sua maior parte aplica a responsabilidade civil subjetiva na modalidade culposa, considerando a conduta do genitor faltoso como negligente.

Nesse sentido, Giselda Fernandes Novaes Hironaka entende que é necessária a comprovação da culpa daquele genitor que não mantém a guarda do infante e se ocultou a conviver com o filho de forma deliberada, negando-se a participar do desenvolvimento de sua personalidade¹³⁷. Em vista disso, ainda segundo a autora:

A conduta do genitor, que de forma deliberada, deixa de participar da vida do filho, abandonando-o imaterialmente e descumprindo os deveres parentais que lhe são inerentes, se causar danos a este filho, deve se enquadrar no instituto da responsabilidade civil, ensejando o dever de indenizar. Embora seja possível dizer que muitos casos o resultado danoso ao filho pode não ser desejado por este genitor, é certo que se trata de resultado previsível, o que configura a culpa¹³⁸.

Desse modo, o genitor sabe de suas obrigações ao ter escolhido ser pai, pois o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo assim, não há como negar que o descumprimento desses deveres não irá causar nenhum dano à criança. Por outro lado, é importante frisar que em algumas situações o genitor está impossibilitado de cumprir seu dever de convivência e cuidado, não devendo ser imputado culpa a esse pai ou mãe. O que Giselda Fernandes Novaes Hironaka apresenta como excludentes de culpabilidade:

não há que se fala em culpa do não-guardião, sempre que se apresentar, por exemplo, fatores que impedem de conviver com o filho, como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de família menos abastadas, assim como na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não se saber se, realmente, “este suposto incumprimento é imputável à própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião¹³⁹.”

A jurisprudência que opta pela não indenização entende que não seja hipótese de ato ilícito, uma vez que “a legislação de família prevê institutos específicos,

¹³⁷HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>
Acesso em 20 de abril de 2021.

¹³⁸HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

¹³⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit.

inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos¹⁴⁰, sendo assim, deveria ser resolvida no campo específico desse direito. Poderia haver a conduta culposa do genitor faltoso, mas a consequência não seria a responsabilidade civil. Por outro lado, a jurisprudência que compreende ser possível a indenização entende que

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie¹⁴¹.

Em grande parte da doutrina, o descumprimento do dever de convivência e cuidado se mostra como uma conduta culposa omissiva, pois como mostra a Ministra Nancy Andrighi em seu voto, “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 legal¹⁴²”.

Porém, como apresenta Ainah Hohenfeld Angelini Neta, ao citar Romualdo Baptista dos Santos, há perspectivas como do citado autor de que a conduta faltosa poderia ser configurada como dolosa gerando repercussão diferente no quantum indenizatório, para efeitos punitivos e pedagógicos, pois ele entende que se trata de uma omissão deliberada para causar na vítima um sentimento de menos valia¹⁴³.

Como é o caso trazido por Paula Bodanese, em sua monografia, referenciando Giselda Fernandes Novaes Hironaka, em que uma filha, autora da ação, processou o pai por abandono afetivo, pois logo após seu nascimento, seu pai separou-se da mãe, constituiu nova família com mais filhos e “fingia” que não a conhecia, desprezando-a reiteradamente nos encontros da comunidade judaica que ambas as famílias pertenciam. Em acertada colocação, Paula Bodanese entendeu que, “mesmo que o pai não soubesse de seu dever jurídico de dar assistência imaterial à

¹⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 757.411/MG. Op. cit.

¹⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹⁴³ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 195.

filha (o que parece pouco provável), ele conhecia, ao menos, seu dever moral com a menina, do que se omitiu deliberadamente”¹⁴⁴.

O comportamento desse genitor, e de diversos outros casos levados ao Judiciário, são a conduta típica de pais que rejeitam os filhos havidos fora do casamento, quer seja humilhando-os, quer seja fingindo sua inexistência. O que se faz mister ressaltar, mais uma vez, que devido ao princípio das igualdades entre os filhos (igualdade de filiação) tal tratamento é proibido.

2.4.3. Do dano

Segundo Rui Stoco, ao citar Sergio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”¹⁴⁵. Sendo assim, o dano é essencial para a configuração da responsabilidade civil, ou seja, o dever de indenizar. Aina Hohenfeld Angelini Neta, ao citar João Casillo Savatier, esclarece que:

É em torno do dano que os demais temas gravitam, pois, de acordo com o posicionamento atual, ele sempre aparece como requisito fundamental e indispensável, o que já não ocorre, por exemplo, com a culpa que, como se sabe, dia a dia, vai tendo a seu lado outras figuras como sustentáculos da responsabilidade civil¹⁴⁶.

Inicialmente o conceito de dano estava ligado ao patrimônio, pois antes não se admitia danos de natureza extrapatrimonial, porém dependendo do interesse protegido é que nasce a espécie do dano. O dano patrimonial é perfectibilizado quando “impediu a satisfação da necessidade econômica”, podendo atingir o patrimônio atual, mas pode se estender para o futuro, os primeiros são os danos emergentes, os segundos são os lucros cessantes, presente no art. 402, do Código Civil¹⁴⁷. No

¹⁴⁴ BODANESE, Paula. Op. cit.

¹⁴⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Revista dos Tribunais. 2015 [livro eletrônico]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102785881/v10/document/102786367/anchor/a-10278636>. Acesso em 21 abril de 2021.

¹⁴⁶ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 184.

¹⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

presente trabalho, não irá se debruçar sobre os danos patrimoniais, visto que o núcleo do trabalho trata de uma subespécie do dano moral (dano afetivo).

A partir da consagração da tese do dano moral, devido ao conceito de dano não ser mais suficiente, Aina Hohenfeld Angelini Neta elucida bem, ao citar Anderson Schreiber, dizendo que:

A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativa ou subitamente, a conceder reparação a lesões de interesses existenciais, antes considerados de forma meramente programática, como escopo de comandos dirigidos tão somente ao legislador, inaptos a deflagrar direta proteção contra violações perpetradas pelo Estado ou por outros particulares¹⁴⁸.

Segundo Arnaldo Rizzardo, ao citar Wilson Melo da Silva, os danos morais “são as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”¹⁴⁹.

Sérgio Cavalieri Filho entende que os danos morais se qualificam através da esfera subjetiva do ser humano, aqueles que atingem os pontos mais íntimos da personalidade humana ou de sua valoração no meio em que vive. Desdobra-se em dois aspectos, o dano interno quando diz respeito ao interior do homem, quando ele próprio se sente diminuído pela lesão do outro, fere sua própria estima, e a externa que é a lesão causada por outrem atingindo-o objetivamente na comunidade em que se insere¹⁵⁰.

Ainda segundo o mesmo autor, com a Carta Magna de 1988, pode-se observar uma concepção de centralizar a pessoa e não o patrimônio no centro das relações, reconhecendo a tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos danos morais. A Constituição Federal no art. 1º, III, coloca a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo assim, conseguiu atrelar a ideia de uma subjetividade constitucional à dignidade sendo a base de todos os valores morais que dela advierem¹⁵¹.

¹⁴⁸NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 184.

¹⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹⁵⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit.

¹⁵¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit.

Além desse novo reconhecimento, a Constituição Federal também elencou a reparação do dano moral, o que antes não era possível sob o argumento que não se podia mensurar tal valor. Compreende-se bem que devido à natureza imaterial do dano moral, ele acaba por impossibilitar uma avaliação pecuniária, tanto que a compensação passa a ter um objetivo mais satisfatório ao sofrimento ou humilhação sofrida do que indenizatório. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento da vítima”¹⁵².

Atualmente, a regra geral do dano moral é de que não basta o fato em si do acontecimento, deve ser comprovado a sua consequência prejudicial para surgir o dever de indenizar, ou seja, deve ocorrer o fato, porém deve ser provado que houve o dano na esfera moral da pessoa para que se possa indenizar. Novamente, como bem explica Sérgio Cavalieri Filho,

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Porém, essa colocação tem sido relativizada, pois há parte da doutrina que entende que existem danos *in re ipsa*, ou seja, danos presumidos, bastando a alegação, deixando o ônus de provar à outra parte. Devido a gravidade da ofensa e de sua repercussão, por si só se justifica a concessão da reparação pecuniária no sentido de satisfação ao lesado¹⁵³.

¹⁵² FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit.

¹⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

2.4.3.1. Dos danos aos filhos

Diante do acima exposto, o descumprimento do dever de cuidado e de convivência pelo genitor faltoso provoca no filho um “abandono”, que gera um dano de natureza extrapatrimonial, ou como a doutrina também chama de existencial. A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e do desamparo, por parte dos pais que os privam de sua convivência, amparo afetivo, moral e psíquico é terrível e, acima de tudo, irreversível, pois o trauma é “indelével e irretirável”¹⁵⁴.

Ainah Hohenfeld Angelini Neta, ao citar Giselda Fernandes Novaes Hironaka, entende que o abandono afetivo é um dano à personalidade do indivíduo, bem como, que essa personalidade existe, cresce e se manifesta por meio do grupo familiar que é responsável pela construção do caráter social da criança¹⁵⁵. A mesma autora ao citar a advogada e escritora Cláudia Maria da Silva, elucida que:

Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda, interfere intensamente em seu comportamento, causa-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor, já estão tutelados a honra e moral, posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro “papel de pai”¹⁵⁶.

Imagine uma criança que sofre o desprezo do genitor e precisa conviver com diversas datas comemorativas impostas pela sociedade que o lembrem de que não pode fazer parte, como Dia dos Pais e Dia das Mães? O infante, com toda certeza, sofrerá um abalo emocional repetidamente, presenciando seus pares apreciando tais datas e lembrando que seu ente não está presente¹⁵⁷. Esse é o posicionamento de Claudete Carvalho Canezin, citada por Ainah Hohenfeld Angelini Neta.

O dano afetivo não existe *in re ipsa*, conforme a jurisprudência que o permite, devendo ser comprovado os prejuízos na vida do ofendido. Sendo assim, a Ministra Nancy Andrighi elucida em seu voto que

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada

¹⁵⁴ STOCO, Rui. Op. cit.

¹⁵⁵ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 187.

¹⁵⁶ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 187.

¹⁵⁷ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 188.

patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem¹⁵⁸.

Sendo assim, não basta ter ocorrido o descumprimento do dever de cuidado e convivência, para que ocorra a indenização é fundamental que seja observado a existência de um dano efetivo ao filho vítima do abandono.

O Ministro Barros Monteiro, em seu voto vencido, no REsp 757.411/MG, elucida que “o dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo”¹⁵⁹.

Anderson Schreiber, ao ser citado por Ainah Hohenfeld Angelini Neta, entende que deve o autor demonstrar que a quebra desses deveres afetou concretamente a formação de sua personalidade, em conjunto com os demais elementos da responsabilização¹⁶⁰.

Por vezes, a falta desse genitor é suprida por algum outro parente que exerce a figura representativa desse, como a criação dos filhos por padrastos e madrastas, avós e avôs que se colocam na figura de pai e mãe.

Nas palavras de Aline Biasuz Suarez Karow, “o dano necessita ser demonstrado, inclusive porque a ausência do pai, em que pese sua função indiscutível, pode haver a substituição desta figura por outra e a mesma poderá suprir a carência afetiva do genitor não guardião”¹⁶¹.

Como o Ministro Fernando Gonçalves no Resp 757.411/MG argumenta, trazendo parte da sentença que julgou improcedente o pedido de abandono afetivo que subiu à Corte:

[...]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).

¹⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹⁵⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 757.411/MG. Op. cit.

¹⁶⁰ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 188.

¹⁶¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Op. cit. p. 144.

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.

Paula Bodanese cita o autor, Sigmund Freud, que ilustra a frase “aquilo que não foi compreendido inevitavelmente reaparece, como um fantasma que não pode descansar até que o mistério tenha sido resolvido e o encanto quebrado”¹⁶².

Nesses casos, normalmente não há um abalo psicológico ou emocional que comprometa a formação do sujeito, como leciona Maria Celina Bodin Moraes, ao ser citada por Ainah Hohenfeld Angelini Neta:

Para configuração do dano moral à integridade psíquica de filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém “faz as vezes” de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico¹⁶³.

Haverá casos em que o dano será mais evidente, como o caso dos autos tratados no REsp 1.159.242/SP, no qual observa-se o total “desmazelo do pai em relação a sua filha desde o forçado reconhecimento paterno passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores”¹⁶⁴.

Como também nos casos em que os laços são rompidos, após a extinção dos laços conjugais e formação de novas famílias, pois em relação a esses eventos, os genitores acabam por se distanciar dos filhos anteriores ao novo casamento, ou como é o caso do presente trabalho, não estabelecem uma convivência desde o início, pois não querem ter contato ou convivência com a prole havida fora do casamento. Como diz Ainah Hohenfeld Angelini Neta, “é como se apagassem o que ficou para trás, inclusive os filhos da relação anterior”¹⁶⁵.

¹⁶² BODANESE, Paula. Op. cit.

¹⁶³ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 188.

¹⁶⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹⁶⁵ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 189.

2.4.4. O nexu de causalidade

A ninguém deve ser imputado o dever de indenizar se o dano e a culpa não precederem de um raciocínio lógico, anterior, que tenha levado aos acontecimentos presentes. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo: “faz-se necessário a verificação de uma relação, ou um liame, entre o dano e o causador, o que torna possível a sua imputação a um indivíduo”¹⁶⁶. Quando verificada que houve a ocorrência de que o autor chama de triangulação (culpa, dano e nexu causal), decorre a configuração da responsabilidade civil. Coloca Sérgio Cavalieri Filho que “o nexu causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”¹⁶⁷.

É necessário ressaltar a importância do nexu de causalidade, pois até onde se tem responsabilidade objetiva, que se dispensa a análise da culpa na conduta do agente é necessário que se estabeleça o nexu de causalidade entre o dano e o ilícito¹⁶⁸.

Nos casos de abandono afetivo, o nexu causal entre o dano sofrido pelo filho vítima desse abandono parental e a conduta ilícita do genitor não é uma tarefa muito fácil. Aina Hohenfeld Angelini Neta, ao citar Giselda Fernandes Novaes Hironaka, afirma que:

[...] ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexu de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado
É de extrema relevância que o laudo pericial estabeleça o motivo destes danos, se possuem ou não relação direta com a conduta do genitor, pois não se poderá imputar ao pai, por exemplo, um dano que tenha se manifestado na criança em época anterior ao abandono, pela flagrante ausência de nexu causal¹⁶⁹.

A perícia técnica tem importante valor nos casos de abandono afetivo, pois apenas o dano, ou seja, o descumprimento do dever de convivência e de cuidado

¹⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit.

¹⁶⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit.

¹⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2: Grupo GEN, 2020. 9788597024678. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/> . Acesso em 21 de abril de 2021.

¹⁶⁹ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 198.

pelo genitor faltoso não enseja a responsabilidade, é necessário que haja uma relação entre a conduta e o dano causado pelo pai ou mãe.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi já revelou a importância de tal instrumento nesses casos, ao dizer que a “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”¹⁷⁰. Portanto, o ponto central é comprovar o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e voluntária do pai e o dano causado ao filho, ficando provado que essa omissão causou o dano de modo que não reste dúvidas quanto ao dever de indenizar¹⁷¹.

2.4.5. A indenização

De acordo com a lógica da responsabilidade civil acima exposta, o agente que comprovada a conduta culposa, um dano e seu nexo causal deve reparar através de uma indenização. Nesse sentido, a indenização possui feição verdadeira de sanção civil.

Ainah Hohenfeld Angelini Neta aborda a sanção nos casos de dano imaterial sob três aspectos, a partir da visão de Rodrigo da Cunha Pereira: a) compensatório; b) punitivo; e c) pedagógico ou dissuasório. Nos dizeres do próprio autor, “compensatória ao dano causado à vítima, punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva”¹⁷².

Nas situações em que envolvem o descumprimento do dever de convivência e cuidado, a indenização acaba ganhando uma relevância, pois é extremamente reprovável tal descumprimento, em razão das consequências irremediáveis e perpétuas causadas na vítima. Ainda segundo Ainah Hohenfeld Angelini Neta, ao citar novamente Rodrigo da Cunha Pereira, “o dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito e que tanto sofrimento causa a ponto de provocar danos à

¹⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹⁷¹ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 198.

¹⁷² NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 198.

pessoa. O mau exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. Abandonar e rejeitar significa violar direitos”¹⁷³.

É por esses e outros motivos já elencados, ao longo do trabalho, que a Ministra Nancy Andrighi entende a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, pois:

[...]é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

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

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever¹⁷⁴.

A indenização nos casos de tema que o trabalho aborda não devem apenas compensar o dano sofrido pelo filho, mas de forma prioritária devem demonstrar o quão reprovável socialmente é a conduta do genitor faltoso, coibindo, assim, comportamentos semelhantes, desincentivando outras pessoas de cometer o mesmo.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, o que se deve alcançar com a indenização é “o caráter pedagógico, para que se possa cumprir deveres éticos, voltados para o futuro, assegurando a proteção daqueles carecedores de especial proteção”¹⁷⁵.

O mesmo entendimento é reforçado por Giselda Fernandes Novaes Hironaka:

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo

¹⁷³ NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 199.

¹⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

¹⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit.

desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.

É preciso esclarecer que não se trata de monetizar o afeto como de forma equivocada entendem alguns doutrinadores, e até mesmo em algumas decisões judiciais, como por exemplo o Ministro Fernando Gonçalves, no REsp 757.411/MG, ao não conceber a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo por pautar-se que “a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso” ou que não vislumbra na indenização atender a demanda que seria receber afeto, vendo no processo uma forma de afastar cada vez mais pai e filho”¹⁷⁶.

Ainda segundo o referido Ministro, “quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos”¹⁷⁷.

Romualdo Baptista dos Santos, ao ser citado por Ainah Hohenfeld Angelini Neta, expõe um importante argumento que rebate tais suposições do Ministro Fernando Gonçalves:

[...] se a questão foi trazida a juízo é porque já não existe um bom relacionamento entre as partes, de modo que se esse relacionamento continuar não existindo, nada se perdeu. Além disso, dada a complexidade do ser humano, cada pessoa recebe esse fato de maneira diferente, de modo que não é de se duvidar que a propositura de uma ação, em alguns casos, possa até ensejar uma reaproximação entre os parentes afastados. Ainda que tal situação não aconteça, a indenização por dano moral, como é o caso do abandono afetivo, tem o condão de produzir conforto na vítima, em substituição ao valor que lhe foi suprimido, mas representa também uma sinalização dada pelo Poder Judiciário de que a conduta é reprovada pela sociedade.

Ao contrário do que preconiza a doutrina e a jurisprudência contrária, a indenização nessas situações assume caráter compensatório, pois entende-se que a quantia arbitrada “tem valor simbólico, pois não há dinheiro que pague o abandono afetivo. Trata-se de compensação, não ressarcimento”¹⁷⁸.

Ainah Hohenfeld Angelini Neta, ao citar João Casillo, leciona que a restituição integral à vítima é mais apropriada nos casos de dano patrimonial, ao passo

¹⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 757.411/MG. Op. cit.

¹⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 757.411/MG. Op. cit.

¹⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit.

que no dano imaterial há mais uma compensação, pois não se retorna ao *stato quo ante*, como se pode fazer com situações materiais¹⁷⁹.

2.4.5.1. Do *quantum* indenizatório

Para a definição do montante a ser indenizado, o magistrado deve observar as três características apresentadas anteriormente nos casos de dano imaterial, ou seja, compensatório, punitivo e pedagógico ou dissuasório. Também é necessário levar em conta o regramento legal, conforme o art. 944 do Código Civil,

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.

Diante disso, é preciso se atentar a dois pontos importantes. Primeiro, a importância do laudo pericial para que se possa auferir a extensão do dano sofrido pelo infante. Segundo a possibilidade pelo parágrafo único do art. 944 em de acordo com o grau de culpabilidade do genitor faltoso influenciar o *quantum* indenizatório.

Sobre esse assunto, Aina Hohenfeld Angelini Neta traz um importante ensinamento de João Casillo, no qual aborda ser um debate antigo sobre a possibilidade ou não do grau de culpabilidade ensejar uma definição da quantificação da indenização. Segundo ele:

Para alguns autores, quando da fixação do montante a ser pago pelo responsável pelo dano, aquela deve variar, principalmente se o juiz verificar que a culpa do agente pode ser classificada como leve. Neste caso, em especial, argumentam que não seria justo o pagamento de uma mesma indenização para aquele que agiu com dolo ou culpa grave.

[...]

Já em sentido contrário, outros autores, inclusive tendo por base um antigo texto do Digesto (“in lege Aquilia et levissima culpa venit”, sendo caso de ato ilícito, a culpa levíssima é punida), entendem que o grau de culpabilidade não deve ser levado em conta na fixação da indenização, pois o que interessa, realmente, é a extensão do dano¹⁸⁰.

Como leciona Sérgio Cavalieri Filho, a conduta do agente pode ser dividida em graus: grave, leve e levíssimo. Para ele:

¹⁷⁹ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 200.

¹⁸⁰ NETA, Aina Hohenfeld Angelini. Op. cit. p. 201.

A culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um bonus pater familias.

Já a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular¹⁸¹.

Muito embora o referido autor entenda que o Código Civil não faz distinção entre os graus de culpa como é feito no Código Penal, ainda assim, acredita que é necessário valorar a conduta do agente para a quantificação da indenização na responsabilidade civil, pois o referido dispositivo evita o excesso de condenação¹⁸².

Nesse sentido de confirmar a possibilidade de graduar a culpa do agente e por consequência definir o quantum indenizatório, Rui Stoco explica que:

[...] O Direito brasileiro não se mostrou alheio ou insensível à indagação do elemento subjetivo da conduta do agente - a intensidade do dolo ou os graus da culpa - na perquirição da obrigação de reparar.

Aliás, a qualidade da conduta do agente ou a intensidade do querer e a maior ou menor possibilidade de prever exsurgem como relevantes não só para a determinação da responsabilidade, como no estabelecimento do quantum indenizatório.

Na jurisprudência, mais precisamente no Resp de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, é abordado que o valor da compensação por danos morais é entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, onde apenas situações excepcionais devem ser objeto de nova deliberação. No caso do acórdão, foi entendido apenas pela redução do quantum, pois exacerbado o montante fixado, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado transgredidos pelo genitor¹⁸³.

Diante do exposto, a valoração da conduta do genitor faltoso deve ter relevância para fins de definição do quantum indenizatório no caso de descumprimento do dever de convivência e cuidado parental, uma vez que diversas são as possibilidades do descumprimento desses deveres, sendo inimagináveis as ações.

¹⁸¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit.

¹⁸² FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit.

¹⁸³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.159.242/SP. Op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O único modelo anteriormente aceito de família eram aquelas constituídas por pai, mãe e filhos, porém, como bem se sabe, diversos eram os modelos familiares que a legislação insistia em não observar. Até que com o advento da Constituição

Federal de 1988, houve a mudança desse paradigma. A sociedade brasileira perpassou por diversas transformações, desde a industrialização, passando pela emancipação feminina na sociedade e na relação conjugal, situações que proporcionaram ao Direito uma nova visão das relações sociais.

Ao longo do trabalho se discutiu a possibilidade de indenizar o filho que for moralmente abalado pelo genitor faltoso. O dano moral por si só já é assunto complexo e necessita da atenção do julgador para perceber a gravidade da lesão à pessoa. Por essa razão ainda é um tema amplamente debatido.

A presente monografia analisou uma espécie de dano ainda mais sensível, pois tem em seu âmago complicações inerentes ao campo que pertence: o dano afetivo. No caso o elemento se complica pelo fato de envolver o filho e seu genitor, no qual aquele pleiteia reparação por danos sofridos por esse, tendo como cerne da alegação o abandono. Tal pedido é tido como absurdo por alguns, por se tratar de uma questão moral. Não querendo o pai manter relações com o filho, ele não deve ser obrigado a isso. Parece ser uma solução simples, porém envolve questões muito mais complexas.

Tal pensamento não encontra espaço no ordenamento jurídico vigente, pois nos encontramos em um momento que preconiza a criança e ao adolescente, nossa legislação está voltada à proteção desses infantes. Vemos isso exposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil.

Nesse sentido, os referidos diplomas elencam que compete aos pais a criação, o cuidado, a educação, bem como mantê-los em sua companhia. Diante desse fato não é mais admissível que um pai entenda que apenas pagar a pensão é cumprir com seu dever de pai, a bem da verdade, adimplir com a pensão alimentícia é apenas uma das obrigações que lhe incumbe.

Por isso, o voto do Ministro Fernando Gonçalves no REsp 757.411/MG não pode mais servir de parâmetro para as lides que chegam ao judiciário sobre abandono afetivo. Os argumentos trazidos pelo Ministro são amplamente rechaçados pela doutrina do Direito de Família. A corrente majoritária possui outra linha de pensamento, debatendo os argumentos trazidos anteriormente. A visão que o Ministro Fernando

Gonçalves defende não se filia a princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e, principalmente, a afetividade.

Tal entendimento é de 2005, o que se mostra totalmente fora do contexto atual em que nossa sociedade se insere, tendo em vista a evolução cultural e mental desde então. A compreensão do Ministro se pauta na impossibilidade de aplicar os institutos da responsabilidade civil no campo do Direito de Família, o qual já conta com sanção específica, caso ocorra o descumprimento, qual seja a perda do poder familiar.

Aqui é importante fazer uma objeção: que aprendizagem teria o pai que já não quer conviver, educar, dirigir o filho, ao receber a perda do poder e exatamente não precisar realizar tais obrigações? Para aqueles que já não possuem interesse em adimplir com suas obrigações paternas, a perda do poder familiar seria um presente.

Ademais, o Ministro elucida que a condenação do pai a indenizar o filho, impossibilitaria qualquer chance de reaproximação. Pois bem, pode acontecer que após um genitor ser condenado não queira ter mais relações com seu filho, pela mágoa ou pela raiva. Por essas razões é que são defendidas as ações de reparação pelo descumprimento dos deveres parentais de convivência e de cuidado, em situações específicas e bem analisadas.

A mudança, através do voto da Ministra Nancy Andrighi, em 2012, sete anos após o primeiro entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, com esse novo entendimento, no qual foi possível ter maior aprofundamento e análise da questão.

O argumento trazido pela Ministra é de que “amar é faculdade, cuidar é dever”, e, nessa linha, a doutrina majoritária seguiu para elaborar seus entendimentos. Quando se escolhe ser pai ou mãe, mesmo que por acidente, nasce uma obrigação perante a prole que não pode ser desfeita. Quando os genitores se separam, isso não quer dizer que a vinculação pai-filho termina também, muito embora na grande maioria dos casos esse seja o pensamento.

Através desses cuidados mínimos, e aqui não se fala apenas dos cuidados materiais legalmente instituídos dos quais se pode observar o descumprimento. Quanto à impossibilidade de a responsabilidade civil adentrar o Direito de Família, esse

entendimento é rechaçado pela Ministra que entende não existir prejuízo em destituir do poder familiar e ao mesmo tempo indenizar.

Resta deixar claro que não se está defendendo que todo distanciamento do pai para com o filho resulte em indenização, nem que se deva “encher” o judiciário com ações indenizatórias. A verdade é que a reparação é uma forma de mitigar a dor, mas mais importante, uma punição verdadeira ao pai que deverá pagar a pecúnia de ter sido faltoso para com seu filho. A reparação ideal seria o restabelecimento do vínculo, a reinserção do filho em sua vida, como um verdadeiro alívio emocional, porém, não é o que acontece, pois se levado ao judiciário é porque muito provavelmente, amigavelmente, não houve resposta positiva quanto a isso.

Por fim, o que se buscou com o presente trabalho foi uma reflexão acerca do abandono afetivo de filhos extraconjugais e da possibilidade de reparação ante os pressupostos da responsabilidade civil à luz dos dois paradigmas jurisprudenciais dicotômicos sobre o assunto, trazendo importantes considerações sobre a afetividade nas relações familiares.

O que se espera, daqui para frente, é que os julgados se tornem, cada vez mais, firmes e acertados a esse respeito, continuando a analisar caso a caso para uma maior compreensão acerca do tema, podendo cada vez mais consolidar o entendimento de que é possível sim a reparação por abandono afetivo. A reparação demonstra ser uma forma contundente na conscientização social, visto que a famosa frase “quando toca no bolso dói”, mostra-se verdadeira, nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no Direito de Família. Direitos fundamentais do Direito de Família.** Grupo GEN, 2011. 978-85-309-3891-8.

Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em 02 de março de 2021.

ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono Afetivo**. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. V35. (agosto/setembro 2013). Editora Magister. Porto Alegre. pg. 101.

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. 2002. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>. Acesso em 21 de setembro de 2020.

BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antonio Ferreira (Coords.). **Família e Jurisdição II**. São Paulo: Del Rey, 2008. pg. 61.

BODANESE, Paula. **O dever de indenizar por dano afetivo na relações paterno-filiais**. Monografia de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, p. 80. 2011. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2021.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 10 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal (1998)**. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 03 de março de 2021.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Crianças (1990)**. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 10 de abril de 2021.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)**. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 03 de março de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Resp 1.159.242/SP. 3ª Turma, Relª Minª Nancy Andrichi, por maioria**, DOU de 10.15.2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em 03 março de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Resp 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria**. DJU de 27.03.2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em 17 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n° 70.006.542.377, da 8ª Câmara Cível de Porto Alegre**, rel. Des. Rui Portanova, julgado em 11 de setembro de 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família** In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 286.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p.75.

Decisão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao julgar decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região sobre o processo CSJT – 150/2008-895-15-00-0 em 03.04.2009.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto [livro eletrônico] - 2 ed.** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 3 ed.** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias. 4ª ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.407.

DINIZ, Daniela Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**. Jus Navigandi. Teresina, a. 14, n. 2184, 24 de jun. 2009. Disponível em: [HTTP://jus.com/artigos/12987](http://jus.com/artigos/12987). Acesso em 17 de março de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Direito à convivência familiar**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). Direito patrimonial e existencial. São Paulo: Método, 2006. p. 809.

FARACO, Luciane. **Os princípios constitucionais do direito de família** - Revista da Faculdade de Direito - nº32, 2014.

FILHO, Maurício Benevides. **R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34**, n. 1, p. 355-373, jan./jun. 2013. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11850/1/2013_art_mbenevidesfilho.pdf Acesso em 17 de março de 2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil: Grupo GEN**, 2020. 9788597025422. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>. Acesso em 23 de abril de 2021.

GILDO, Nathália. **Evolução histórica do conceito de filiação**. in Jus Navigandi, artigo digital disponível em <https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao>. Acesso em 29 de julho de 2020.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 136.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 16.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**: Editora Saraiva, 2019. 9788553617173. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/>. Acesso em 13 de abril de 2021.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil como exigência parcial para obtenção do título de Doutor pela Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 201. nº de págs. 260.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, 1999., p. 8.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento**. in Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento>. Acesso em 29 de julho de 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil na Relação Paterno-filial**. Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania: o novo Código Civil Brasileiro e a ‘vacatio legis’, em 26.10.2001, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e pela OAB/MG, na cidade de Ouro Preto (MG).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288> Acesso em 05 de agosto de 2020.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro** - Revista brasileira de direito comparado nº35.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**: Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em 26 de abril de 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 90.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família** – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 40.

NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 95.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdán. **Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar**. Disponível em

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/> Acesso em 07 de abril de 2021.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 18 (1,2), p. 295-323, 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná) - Curitiba. 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A Ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 522.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 247.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte; IBDFAM, v. 29, pg. 11, ago./set. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Paternidade responsável: mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não têm o nome do pai na certidão de nascimento**. Disponível

em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/paternidade-responsavel/>. Acesso em 07 de abril de 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Pai por que me abandonastes?** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/41/Pai,+por+que+me+abandonaste%3F#:~:text=A%20partir%20dessa%20compreens%C3%A3o%20e,Pai%2C%20porque%20me%20abandonaste%3F%E2%80%9D&text=CUNHA%20PEREIRA%2C%20Rodrigo>. Acesso em 10 de abril de 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado, 1ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502622852. Disponível em: <https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622852/>. Acesso em 04 de agosto de 2020.

REIS, Clayton. Dano Moral - Ed. 2019 - **Revista dos Tribunais**. p. RB-6.5. [livro digital] Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/184955702/v6/page/RB-6.5>. Acesso em 02 de março de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família, 10ª edição**: Grupo GEN, 2018. 9788530983062. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/> . Acesso em 26 de abril de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil, 8ª edição**: Grupo GEN, 2019. 9788530986087. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em 20 abril de 2021.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Bragga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553612086. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em 20 abril de 2021.

SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. **Os princípios Constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioridade civil.** In: *ambito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13469&revista_caderno=14>. Acesso em 07 de abril de 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Abandono afetivo: cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3232, 7 maio 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21706>. Acesso em 24 de março de 2021.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** *Revista dos Tribunais*. 2015 [livro eletrônico]. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102785881/v10/document/102786367/anchor/a-10278636>. Acesso em 13 de abril de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil:** Grupo GEN, 2020. 9788530990404. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990404/>. Acesso em 13 de abril de 2021.

TRAPP, Edgar Henrique Hein; ANDRADE, Railma de Souza. **As Consequências da Ausência Paterna na Vida Emocional dos Filhos.** *Revista Ciência Contemporânea* jun./dez. 2017, v.2, n.1, p. 45 - 53. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/guaratingueta/revista.php?id_revista=31> Acesso em 07 de abril de 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2.:** Grupo GEN, 2020. 9788597024678. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/>. Acesso em 02 de março de 2021.