



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LORRANNA OLIVEIRA VALVERDE**

**A (IN)EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS  
CASOS DE ABANDONO AFETIVO**

Salvador

2015

**LORRANNA OLIVEIRA VALVERDE**

**A (IN)EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS  
CASOS DE ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador

2015

## TERMO DE APROVAÇÃO

LORRANNA OLIVEIRA VALVERDE

### A (IN)EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2015

Aos meus pais, razão de ser dessa caminhada, e a minha irmã, por todo carinho e apoio diário. Amo vocês!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me concedido a força e coragem para seguir em frente, sem Tuas graças não seria possível.

Aos meus pais, pelo amor e compreensão sempre concedidos, a realização desse trabalho muito se deve ao apoio incondicional de vocês.

A minha irmã, peça chave do meu dia a dia, por ter sido amiga e companheira, e me trazer a confiança necessária para chegar até aqui.

Ao orientador, prof. Cristiano Chaves de Farias, por toda solicitude e disposição em ajudar nessa produção monográfica, colaborando de forma significativa.

Aos meus amigos e colegas por dividir essa fase da minha vida, entendendo as ausências e os “nãos” necessários a essa jornada.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram de alguma forma para a conclusão dessa etapa.

“Uma coisa não é justa porque é lei, mas deve ser lei porque é justa”.

Montesquieu

## RESUMO

Nesse trabalho será analisada a existência ou não de efetividade da Responsabilidade Civil quando da ocorrência do abandono afetivo. Iniciando-se o problema pela análise das funções contemporâneas atinentes a ciência da Responsabilidade, estas advindas da constitucionalização instituída nos mais variados ramos do Direito. Cuidando-se posteriormente da distinção estabelecida entre o dever de cuidar, mandamento legal, e o abandono afetivo, que é decorrente da não concessão de afeto por um ou ambos os genitores por mera expressão de vontade. Avalia-se a possível caracterização desse dever e as mais variadas formas de ocorrência do abandono. Por fim, adentra-se a problemática a ser discutida, onde se demonstra o entendimento dualista em face da natureza do afeto, vez que há quem o entenda enquanto dever principiológico, que obrigatoriamente deve ser cumprido pelos pais, cuja ofensa pode repercutir em reparação, bem como há o posicionamento em sentido contrário, percebendo a concessão de afeto na ideia de gratuidade, de doação por liberalidade, livre de qualquer imposição. Parte-se esse trabalho na impossibilidade de se curvar a obrigatoriedade do amor, não havendo na reparação a capacidade de satisfazer o abandono enquanto lesão, observando-se outros meios mais efetivos na consecução desse fim. Trazendo a perda do poder familiar e a mediação como institutos capazes de oferecer uma melhor resposta, vez que aproximam a solução do real intuito do Direito de Família, que é a reconstrução do vínculo paterno/materno – filial.

**Palavras-chave:** Novos Danos; Direito de família; Responsabilidade Civil; Abandono afetivo; Dever de cuidado; Afeto.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SE	Sergipe
SP	São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2 FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	12
2.1 FUNÇÃO REPARATÓRIA	13
2.2 FUNÇÃO PUNITIVA	17
2.3 FUNÇÃO PRECAUCIONAL	21
2.4 NOVOS DANOS	25
<b>3 DISTINÇÃO ENTRE DEVER DE CUIDADO E ABANDONO AFETIVO</b>	31
3.1 DEVER DE CUIDADO	31
3.1.1 A obrigação de cuidar	31
3.1.2 Os preceitos legais que o norteia	34
3.2 ABANDONO AFETIVO	37
3.2.1 O que é afeto?	38
3.2.2 Caracterização do abandono	41
<b>4 (IN) EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO</b>	45
4.1 A COMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO	46
4.1.1 O descumprimento do dever de cuidado enquanto afronta constitucional	46
4.1.2 Aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil	51
4.2 A INCOMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO ABANDONO AFETIVO	55
4.2.1 A dificuldade em quantificar sentimentos	55
4.2.2 A Ineficácia da ação reparatória diante do abandono	59
4.3 ALTERNATIVAS MAIS EFICIENTES A RECONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO AFETIVA	63
4.3.1 Perda do poder familiar	63
4.3.2 Mediação familiar	67
<b>6 CONCLUSÃO</b>	70
<b>REFERÊNCIAS</b>	73

## 1. INTRODUÇÃO

Foi devido a afinidade com a disciplina Direito de Família que se determinou o tema desse trabalho monográfico. A seara familiarista traz consigo fortes embates jurídicos e existências que decorrem das próprias relações nesse contexto encontradas. Percebendo a família como núcleo central para a formação do indivíduo, bem como de sua dignidade e personalidade.

Deixando o transcorrer dessa pesquisa ainda mais satisfativa, fez-se possível corroborar de outro ramo do direito de grande apreço, qual seja a Responsabilidade Civil. Vale-se dessa ciência, através de suas características e pressupostos (culpa, nexos causal e dano), para averiguar a real colaboração e incidência em face do tema ora proposto.

O objetivo aqui buscado, nada mais é, do que demonstrar a não efetividade da Responsabilidade Civil na hipótese de abandono afetivo. Restando-se esclarecido em todo o contexto que é esse um problema controverso na doutrina e na jurisprudência, vez que se encontra decisões de todas as formas e sentidos.

A constitucionalização sofrida pela direito vem dando margem para a caracterização de novos danos, esses decorrentes da necessidade imperiosa de proteger aquele que teve seu direito violado como é caso do menor diante do abandono afetivo. A dignidade da pessoa humana, válvula propulsora do sistema jurídico atual, entra como base fundante no sentido de possibilitar a reparação, quando da causação do dano, restando esse princípio, em decorrência do abandono, afrontado.

Há, hoje em dia, uma diferença singela entre o que é realmente um dano a bem jurídico, e o que derivaria apenas da tristeza, do aborrecimento, da ausência de afeto por ato de vontade do genitor, bem como ocorre na aplicação da reparação civil na falta de amor. Partindo dessa ideia se questiona: É possível a aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de família? Especificamente, diante do abandono afetivo, seria a aplicação dessa ciência eficiente e eficaz? São essas problemáticas a serem enfrentadas no decorrer dessa pesquisa.

O estudo, portanto, dos opostos possíveis quando do abandono, ou seja, da possibilidade de reparação por entender o afeto como obrigação, para alguns

inerentes no dever de educação, para outros como implícito na égide do cuidado. E, por fim, a ineficácia da reparação pecuniária quando da falta de afeto em face do menor, evidenciando outros meios mais efetivos diante da problematização em monta.

O primeiro capítulo desse trabalho se propõe a demonstrar as funções contemporâneas exercidas pela Responsabilização. Afigurando-se a reparatória como primordial, buscando reaver ao sujeito a mesma condição anteriormente a conduta danosa assumida, tendo como intento o restabelecimento do *status quo ante*. Seguindo o caminho funcional, denota-se a punição, em que pese não esteja prevista na legislação, tem sua imposição definida pelo julgador, ainda que implicitamente, quando da quantificação do dano moral, sendo uma maneira de pagar mais pela lesão ocasionada, respondendo para além do dano injusto. E, por fim, a precaucional, que incide tendo em vista que vive-se em uma sociedade de risco, onde a conduta ilícita é mais evidente, fazendo-se necessário o estabelecimento de deveres prévios a serem pela sociedade seguidos, resguardando o meio social e efetivando o princípio precaucional.

Seguindo essa linha, parte-se para o segundo capítulo, onde se encontra a distinção entre o abandono afetivo e o dever de cuidar. Aqui denota-se uma verdadeira discussão doutrinária, tendo em vista que parcela da doutrina e da jurisprudência, vê o afeto enquanto dever, logo tido enquanto obrigação, e, conseqüentemente, possível de reparação. Em contraponto, salientando ser esse o posicionamento defendido por esse trabalho, entende-se que não cabe ao direito julgar sentimentos enquanto uma imposição, a palavra sentir já traz consigo a ideia de leveza, doação, gratuidade, características que não incidiriam na hipótese de ter no afeto um dever passível de ser obrigado.

Por fim, no terceiro capítulo evidenciam-se as diretrizes da compatibilidade a Responsabilidade Civil, quando entender ser o afeto dever, caracterizando o seu descumprimento como desobediência a mandamento constitucional, a exemplo do princípio da afetividade, influenciado da constituição social e psíquica da prole. Aplicando-se os pressupostos: culpa, nexa causal e dano quando do desamor do pai configurado por meio do abandono do filho. Em contrapartida, é ainda nesse contexto que se traduz a incompatibilidade da Responsabilidade Civil pelo abandono sentimental, moral. Salientando que trata-se o afeto de um sentimento imensurável,

de grande dificuldade quando da quantificação do dano moral, pois não haveria concretude para o estabelecimento do quanto indenizatório. E, além do mais, não se encontra no aporte pecuniário o verdadeiro valor da relação paterno/materno-filial, sendo imperiosa a incidência de outras vias.

Encerra-se esse trabalho trazendo duas vertentes reputadas como mais eficientes diante do abandono. A perda do poder familiar, esta decorrente de imposição legal, aplicável ao pai detentor de direitos e deveres em face da prole, e a mediação familiar, mecanismo de excelente aplicação, principalmente no Direito de Família, onde razão dar lugar a emoção, vez que favorece o diálogo entre os autores, afastando do judiciário questões cujo regramento jurídico, não se impõe como melhor solução.

## 2.FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil é umaciência que busca a reparação do indivíduo pelo dano causado por outrem. É, portanto, um dever jurídico sucessivo<sup>1</sup>, surgindo do descumprimento de uma obrigação preexistente. Além de aplacar as marcas incitadas pelo dano, tem esse sistema o intuito de restabelecer a harmonia entre os jurisdicionados e o Direito, tendo em vista o anseio da sociedade pela justiça, o que o leva a assumir uma esfera social.

Assume o papel de restabelecer, ao máximo, o *status quo antedaquele* que foi atingido pelo ato ilícito, de maneira a reparar o dano sofrido, podendo, inclusive, valer-se de pecúnia como forma de alcançar sua finalidade reparatória.

Além do dever de reparar, tem como função, mesmo que de forma secundária, a punição do ofensor. Alvo de grande discussão, o caráter punitivo tem como finalidade desestimular a incidência do ato lesivo, na tentativa de inibir o agir de forma reiterada.

Ainda em sua seara funcional, exerce esse sistema um viés precaucional, de modo a prevenir a sociedade acerca da inadmissibilidade de determinadas condutas, não atuando apenas diante da ocorrência do dano.

Sabe-se que a Responsabilidade Civil não se conforma apenas nas funções reparatória, punitiva e precaucional, havendo outras hipóteses funcionais, não menos importantes, a exemplo da: social<sup>2</sup>, demarcatória<sup>3</sup>, preventiva<sup>4</sup>. Porém, tendo

---

<sup>1</sup> De acordo com SérgioCavaliere Filho, há o dever jurídico originário, também conhecido enquanto primário, que ocorre da realização de um ato ilícito, violando o direito de outrem. E dessa violaçãodecorre o dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o ato de indenizar o prejuízo causado. Ocorrendo, portanto, o dever secundário do descumprimento prévio de uma obrigação. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14).

<sup>2</sup> Segundo Salomão Resedá, além do escopo jurídico, pertinente se faz avaliar o viés sociológico atinente a aplicação da Responsabilidade Civil. É uma função que se materializa através de uma contraprestação efetivada em decorrência da realização de um ato contrário aos anseios da coletividade, uma prática, portanto, repugnada pela sociedade. O dano, por vezes, vai além da individualidade do sujeito atingido, vinculando-se a inúmeros fatos sociais. (RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 47).

<sup>3</sup> Nelson Rosenvald traz ainda, enquanto função da Responsabilidade Civil, a demarcação. Esta decorre da limitação estabelecida pela ciência entre a liberdade de atuação do sujeito e a proteção conferida a determinados bens juridicamente tutelados. Vez que o agir livremente pode implicar na responsabilização. (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64-65).

em vista o recorte epistemológico realizado neste trabalho, demonstra-se relevante para a análise cognitiva a abordagem da reparação, punição e precaução. Isso se dá por se questionar a efetividade da obrigação de reparar do genitor em decorrência do abandono afetivo em face da prole, mas não só isso, como também a inserção de um caráter punitivo em consequência do dano, levando em conta a possibilidade de precaver o evento danoso ou restabelecer a relação ora desnaturada entre pai e filho através da aplicação de outros meios que não de cunho pecuniário.

## 2.1 FUNÇÃO REPARATÓRIA

É esta função primordial da Responsabilidade Civil. Em que pese não se fale em supremacia em relação às demais funções, tem como objetivo o restabelecimento do equilíbrio da relação jurídico – econômica do ofendido por ocasião do fato danoso. Oferecendo, conseqüentemente, à sociedade um ideal de justiça, diante do cometimento de uma conduta, positiva ou negativa, no momento em que obriga o causador do dano a repará-lo.

É a violação a uma obrigação legal ou contratual, estabelecida enquanto dever jurídico primário, que faz surgir um dever obrigacional de reparar, definido como dever secundário ou sucessivo, que apenas ocorre pelo descumprimento de norma pré-estabelecida. Dessa forma, encarrega aquele que lesionou (sujeito ativo) a reparação da lesão sofrida pela vítima (sujeito passivo).<sup>5</sup> Forma-se, portanto, uma relação obrigacional cujo objeto é a prestação ressarcitória.

Dessa nova relação jurídica estabelecida, nasce para o autor do dano a necessidade de recompor a vítima, da maneira mais próxima possível, a situação que se encontrava antes do comportamento lesivo. Deslocando o ônus para quem, legalmente, deve suportá-lo, e, por conseguinte garantir a segurança, assim como

---

<sup>4</sup>Fernando Noronha traz que a função preventiva da responsabilidade civil visa dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos que venha a atingir a esfera de direito de outrem. Ao obrigar o lesante a reparar o dano praticado busca-se coibir a reiteração da prática danosa, tanto pelo autor do dano, o que se chama de prevenção especial, como por quaisquer outras pessoas, conhecida como prevenção geral. (NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Revista dos Tribunais. Vol. 761, p. 31-44).

<sup>5</sup> RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 48.

valores outros (morais, jurídicos, sociais), a quem teve o seu direito violado. Solidificando, dessa forma, o princípio dominante na Responsabilidade Civil, qual seja *arestitutio in integrum*<sup>6</sup>, estabelecendo este à necessária reposição da vítima a situação anterior à lesão, pela via que se aproxime da forma mais exata possível a extensão do dano causado. A ideia de que não reparar, ou até mesmo fazê-la de maneira reduzida, é fazer com que a vítima, que deveria ser assistida, acabe por aturar os prejuízos não compensados.

O direito brasileiro, seguindo os moldes do direito francês, sempre evidenciou o princípio da reparação integral. Porém no Código Civil de 2002 resta delimitada essa reparação, de forma explícita, no art. 944<sup>7</sup>, quando diz: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Limita-se, portanto, o quanto indenizatório, como forma de evitar que a utilização de paradigmas constitucionais, como dignidade da pessoa humana e solidariedade, resultem na ofensa a sobrevivência do causador do dano, que é também constitucionalmente tutelado.<sup>8</sup>

Entretanto, em contraponto ao que estabelece o caput do art. 944 do Código Civil, tem-se o parágrafo único<sup>9</sup> desse mesmo artigo que traz a possibilidade de, discricionariamente, o juiz estabelecer um valor a título indenizatório levando em consideração a proporção entre a culpa e o dano ocorrido. É, portanto, uma exceção, onde não será a extensão do dano o único limitador.

Deste modo, deverá o ofendido ser ressarcido na medida do seu dano, para que não tenha que suportar o prejuízo, por outrem causado, a direito seu. Ressaltando que ultrapassar o limite do dano pode vir a resultar em um enriquecimento injustificado ao lesionado, precisando o *quantum* indenizatório equivaler a proporção do agir lesivo, definindo o magistrado casuisticamente, a prestação pecuniária a ser cumprida.

Não é a indenização, enquanto pecúnia, a solução ideal na satisfação do prejuízo, visto que, o propósito maior é restabelecer *in natura* a situação anterior do ofendido, reconstruindo o seu *status quo ante*. Porém, há situações em que o direito

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, V. 7, p. 23.

<sup>7</sup> BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27-28.

<sup>9</sup> Art. 944. Parágrafo Único. “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

lesionado não pode ser concretamente restabelecido, a exemplo dos direitos existenciais. Valendo-se nas hipóteses de danos extrapatrimoniais do ressarcimento pecuniário, da forma mais correspondente possível, para corrigir o prejuízo em face do ofendido, assumido uma função de satisfação e não de equivalência com o dano causado.

Surge, portanto, a figura do dano moral como meio hábil de tutela. Todavia, traz consigo problemáticas, que repercutem também na seara da responsabilidade, como a dificuldade em estabelecer o *quantum* indenizatório, impondo ao magistrado uma análise minuciosa, caso a caso, para que defina a prestação jurisdicional adequada.

Maria Helena Diniz, no que concerne à Responsabilidade Civil e à sua função reparatória, parte do seguinte pressuposto:

Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante*. Logo, o princípio que domina a Responsabilidade Civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural de recursos a sua situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.<sup>10</sup>

Como fenômeno presente no Direito Civil, previsto no art. 265<sup>11</sup> do Código Civil Brasileiro, a solidariedade estabelece bases também na responsabilidade, podendo ser estabelecida por imposição legal ou por vontade das partes. No contexto contemporâneo da Responsabilidade Civil, foi introduzida como uma maneira de repartir o ônus ressarcitório, culminando no que vem se chamando de diluição dos danos. Reconhece-se o caráter normativo do princípio da solidariedade social, revolucionando o direito privado que era orientando por base liberal e individualista.<sup>12</sup>

A solidariedade em face do dano, decorrente da vertente objetiva da Responsabilidade Civil, é um elemento que atua diretamente no contexto reparatório, visto que a objetividade na imputação da reparação fez com que, em certos casos, o dano fosse transferido para além daquele que o causou. Em outras

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, V. 7, p. 23-24.

<sup>11</sup> Art. 265, Código Civil/2002. "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes." (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>12</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 224.

palavras, é a coletivização da obrigação de reparar, caso em que, pessoas que exerçam a mesma atividade de risco, ainda que não tenha participado da conduta danosa, restarão atingidas pela relação obrigacional nova.<sup>13</sup> Amplia-se, dessa forma, o polo passivo, no intuito de evitar a irreparabilidade do indivíduo lesado, dando, com isso, uma maior efetividade a função ora evidenciada.

Em que pese de suma importância para o sistema, não é a função reparatória imune de críticas. Inicialmente destaca-se que, o ressarcimento não é capaz de apagar por completo os prejuízos decorrentes do ato ilícito em determinadas situações. Tem-se, apenas, uma transferência de riquezas do causador do dano para a vítima, que não tem o condão de promover uma total recomposição do caráter intersubjetivo. Tende-se a dizer como isso que danos, principalmente de esfera existencial, não são verdadeiramente apagados por meio da indenização, vez que o que se tem não é uma ofensa material, mas sim de cunho subjetivo, que não necessariamente se desfaz através de um aporte pecuniário. Além disso, a tutela ressarcitória opera seus efeitos apenas no plano individual, atingindo, pontualmente, o ofendido, desguarnecendo a sociedade a partir do momento em que não se propõe a recompor a ofensa ao ordenamento jurídico, minimizando o fato do ato ilícito permanecer vivo no contexto social.<sup>14</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu, através de seus julgados, a possibilidade de aplicação da função reparatória como forma de ressarcir por um dano causado. Tendo como exemplos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 1127913 / RS<sup>15</sup>, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, caso em que foi definido um valor enquanto reparação, a ser pago por empresa de táxi aérea descendentes, devido à morte de parente próximo por conta de um

---

<sup>13</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 71-72.

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, V 3, p. 40.

<sup>15</sup> CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO REPARATÓRIA. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE HELICÓPTERO QUE CULMINOU NA MORTE DE PARENTE PRÓXIMO DOS EMBARGANTES: PAI E ESPOSO/COMPANHEIRO. FIXAÇÃO DA QUANTIA INDENIZATÓRIA DE FORMA GLOBAL, POR NÚCLEO FAMILIAR, QUE TRATA DE FORMA DIFERENCIADA PARENTES QUE SE ENCONTRAM SUBSTANCIALMENTE NA MESMA SITUAÇÃO. METODOLOGIA INDIVIDUAL, PARA FINS DE ESTIPULAÇÃO DOS DANOS MORAIS REPARATÓRIOS, QUE MELHOR SE COADUNA COM O TEOR DE UMA JUSTA INDENIZAÇÃO PARA OS FAMILIARES EMBARGANTES. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO ESPOSADO NOS ACÓRDÃO PARADIGMAS. EMBARGOS PROVIDOS. (Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 1127913 / RS. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 04/06/2014).

acidente de helicóptero. Qualificando-se esse dano enquanto psíquico, onde o lesionado é atingido no seu interior, de forma anímica.

## 2.2 FUNÇÃO PUNITIVA

É inegável que a reparação atua enquanto função primária da Responsabilidade Civil, no entanto faz-se necessário admitir funções outras que permeiam o sistema. A função punitiva, por sua vez, tem como escopo o fato de apenas o ressarcimento econômico não ser suficiente, principalmente quando diante de danos de caráter existencial, para restabelecer o desequilíbrio causado.

Por decorrência de alguns fenômenos, sejam eles sociais, econômicos, jurídicos, nota-se que a tutela ressarcitória demonstra-se, em algumas hipóteses, insuficiente como forma de sancionar o ato ilícito, ou até a atividade de risco, capaz de gerar danos ao indivíduo ou a sociedade de modo geral, impedindo conseqüentemente o restabelecimento do equilíbrio social.

Tendo em vista a ausência de critérios legalmente postos, assim como a dificuldade em estabelecer bases objetivas para que sejam quantificados os danos morais, faz com que o caráter punitivo possa ser facilmente introduzido pelos juristas no momento da quantificação. Não sendo estranho o fato de ter assumido a função em questão maior evidência, no campo da responsabilidade, através das determinações de dano moral, mas precisamente quando diante de ofensas a preceitos constitucionais, a exemplo de valores imateriais, como a dignidade.<sup>16</sup>

A reparação não se demonstra suficiente diante de determinadas condutas danosas, assim como não assume o viés preventivo, que é relevante na sociedade como meio de evitar ocorrência do dano. Porém, o punir na Responsabilidade Civil encontra grandes entraves, como a determinação do dano, pois ausência de regramento resulta no aplicar arbitrário por parte do magistrado, que valorará o *quantum* a ser indenizado de forma discricionária, o que, por vezes, implica em condenações desproporcionais e desarrazoadas.

---

<sup>16</sup> PÜSCHEL, Flávia Portela. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, V. 3, N. 2, jul – dez 2007, p. 20-21.

O ressarcimento através do dano moral assumiria um aspecto dualista. Um caráter compensatório, na busca de satisfazer economicamente a vítima, e também uma vertente punitiva, como meio de punir aquele que causou o dano, atuando diretamente na moral, desestimulando a conduta. Contudo, essa punição deve atender aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, acolhendo a função a que foi destinada, qual seja punir a conduta ilícita, não devendo ter como foco excessivo enriquecimento da vítima.

Questionando-se o eventual enriquecimento sem causa que sofreria o lesado, já que a reparação culminaria em valor superior ao prejuízo sofrido, autores, como Caroline Vaz, traz enquanto solução, na hipótese de danos de grande relevância, a distribuição desse excedente, estabelecendo a superioridade danosa de acordo com os bens jurídicos lesionados, a exemplo de dano contra meio ambiente, contra consumidor, criança e adolescente. Partindo desse posicionamento tem-se que entidades, públicas ou privadas, que exercem atividade voltada para o interesse público, e atuasse com mesmo bem jurídico atingido, receberia o valor estabelecido no quantum indenizatório a título de punição, cabendo ao órgão cedente à fiscalização do que foi repassado. Estabelece-se essa hipótese pelo fato de não ser o enriquecimento da vítima o objetivo em questão, mas sim à moralização da conduta praticada.<sup>17</sup>

Fato é que a referida função está presente do contexto da responsabilidade, não sendo em verdade atual, no entanto assume destaque devido aos contornos contemporâneos assumidos pelo instituto, que culminou na erosão dos filtros que lhe configuravam, especialmente, no que se refere a culpa do ofensor. E foi entendendo a necessidade de seu reconhecimento para punir o ato ilícito, e conseqüentemente, desestimular a sua prática, que o Tribunal do Rio Grande do Sul, tendo enquanto relator o Desembargador Cacildo de Andrade Xavier, proferiu decisão no julgamento da Apelação Cível nº 70001615152 admitindo, claramente, a necessidade de imputar-se o caráter punitivo no estabelecimento do *quantum* indenizatório.<sup>18</sup> Valorando, dessa forma, a subjetividade no momento da aplicação.

---

<sup>17</sup> VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão: os punitivedamages no direito comparado e brasileiro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84-85.

<sup>18</sup> EMENTA: APELAÇÃO CIVEL ERECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ACUSAÇÃO INJUSTA DE FURTO EM MERCADO. A injusta imputação de furto a cliente de

Não raro, encontram-se decisões que estabelecem, claramente, a conotação punitiva nas imposições indenizatórias. Ainda em linha exemplificativa, tem-se o Recurso Cível Nº 71004502118, da Segunda Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul, com Relator Alexandre de Souza Costa Pacheco, que, por entender ser a postura de uma empresa de telefonia, ao furtar-se das vias administrativas na solução da questão, descabida, de tal modo, a ter o cliente que se valer do judiciário como via única na tentativa de resolução, valeu-se o judiciário da subjetividade ao estabelecer o valor indenizatório, para demonstrar a reprovabilidade da conduta, aplicando-lheefeito punitivo, e também corroborar para a prevenção.<sup>19</sup>

Ademais, dentre as novas nuances oriundas da responsabilidade civil objetiva, está a socialização do dano como forma de proteger à vítima no mais alto grau possível. Todavia, tal ação traz enquanto reação à minimização do caráter dissuasório/punitivo, outrora assumido pelo instituto, quando detinha enquanto um de seus elementos primordiais a responsabilização do autor do dano.

Um clássico exemplo dessa socialização são os contratos de seguro. Há um desenvolvimento significativo no que se refere a seguradoras, o que resulta na crescente ineficácia do desestímulo a conduta danosa, tendo em vista que, em casos como esse, não é de grande relevância para o assegurado agir ou não ilicitamente, vez que o ressarcimento não recairá, efetivamente, sobre o seu patrimônio. Comunga do mesmo sentido as hipóteses de concorrência desleal, ilícitos existências ocasionados por meios de comunicação em massa, onde a compensação nada repercute no efeito inibitório.<sup>20</sup>

---

mercado e sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e punitivo. Redução. Preliminar rejeitada. Apelação provida em parte. Recurso adesivo desprovido. (BRASIL. Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001615152. Sexta Câmara Cível. Relator: Cacildo de Andrade Xavier. Julgado em: 11/04/2001).

<sup>19</sup>EMENTA: CONSUMIDOR. TELEFONIA FIXA. PORTABILIDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA PARTE AUTORA, POSTULANDO O ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NO PROCEDIMENTO QUE PROVOCOU A INDISPONIBILIDADE DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR E RECEBER LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL, DIANTE DA RESISTÊNCIA DA RÉ EM RESOLVER A SITUAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 2.000,00, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71004502118, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 18/12/2013).

<sup>20</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, V 3, p. 44.

Dessa maneira, não basta alterar os pressupostos que norteiam o sistema como forma de efetiva-lo, dando-lhe contornos objetivos de aplicação, é preciso, como forma de prevenir e desestimular, valorar a conduta do agente, ou seja, analisar para além do nexu causal, levando em conta a culpabilidade do autor do dano.

Repercute-se o entendimento de não ser a função punitiva pertinente na seara cível, diante de danos indenizáveis, vez que evoluiu-se na ideia de não ter a culpa como centro, mas sim o ressarcimento, e também por conta da forma pela qual se insere essa punição. Na concepção de Maria Celina Bodin de Moraes, não haveria como buscar o equilíbrio na definição do valor a título de indenização se o próprio sistema se perfaz de forma antagônica: o intuito punitivo e a discricionariedade do juiz diante do arbitramento pecuniário. Assim sendo, não se alcançaria o intuito pedagógico pela função intentada, ficando a margem, por consequência, a ideia de prevenção. E além do mais, resultaria no estímulo a mercantilização de direitos existenciais.<sup>21</sup> Schreiber, por seu turno, entende que o caráter punitivo estaria em discordância com a evolução do instituto, que assumindo uma tendência objetiva, afasta a subjetividade enquanto pressuposto para sua aplicação, havendo a mitigação, portanto, do elemento culpa. E além do mais, aplicar a essência do *punitivedamages* seria andar em sentido contrário a evolução já conquistada, visto que esse tem como fundamento a reprovação moral do ato ilícito praticado, fundando-se, plenamente, na culpa do ofensor.<sup>22</sup>

Entretanto, em contraponto ao que afirma o autor, a função punitiva não assume como ideia central a punição, como ocorre na aplicação do *punitivedamages*, que é instituto não aceito no ordenamento jurídico brasileiro, mantendo a indenização, como intuito primordial, a reparação máxima do dano.

Pelos fatos relatados, resta evidente que a função punitiva é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, ainda que não determinada legalmente como tal. Valendo-se os magistrados da liberdade que lhe é conferida, para impor na determinação do quantum indenizatório valor além da extensão do dano, efetivamente, causado, como forma de punição. Longe de ser de aplicação pacífica, a culpa volta a ser relevante nos meandros da Responsabilidade Civil,

---

<sup>21</sup> MORAES, Maria Cecília de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 261.

<sup>22</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 217.

fundamentando-se essa vertente funcional, basicamente, na análise da culpabilidade do ofensor.

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça diverge quanto a real aplicação da referida função, havendo julgados para ambos os sentidos. O Recurso Especial nº 1.354.536 / SE<sup>23</sup>, foi esse um julgado de matéria ambiental, onde relator, Ministro Luis Felipe Salomão, é claro em seu julgado ao determinar que a indenização tem que ser suficiente a satisfação da vítima, tendo em vista o dano causado, não havendo que se falar em indenização punitiva, entendendo ser essa uma discussão de pertinência administrativa ou penalista, não se inserindo na quantificação do dano. Em contraponto a esse entendimento, destaca-se o Recurso Especial nº 604801 / RS, de relatoria da ministra Eliana Calmon, onde a jurista determina que o dano moral deve atender uma função dúplice, quer dizer, reparar a vítima pelo dano que lhe foi imputado, bem como punir o causador da lesão.<sup>24</sup>

### 2.3 FUNÇÃO PRECAUCIONAL

Vive-se, nos dias atuais, em uma “sociedade de risco”<sup>25</sup>, devendo a Responsabilidade Civil, e os pressupostos que a compõem, atuarem de acordo com os ditames dessa nova atmosfera, embasada pela aplicação objetiva do sistema.

---

<sup>23</sup> Responsabilidade objetiva da Empresa - Aplicação da Teoria do Risco Integral, implicando apenas na análise da existência do dano e do nexos de causalidade - Configuração de dano moral passível de reparação - Comprovação da condição de pescador - Devidos os lucros cessantes - Provas nos autos que demonstram o recebimento de renda inferior ao salário mínimo - Manutenção da quantia fixada na sentença - Possibilidade de compensação das verba atribuída aos lucros cessantes com o período de pagamento do defeso - Dano moral - Reforma do quantum indenizatório arbitrado a título de dano não patrimonial, para atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade diante do caso concreto. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.354.536/SE. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 24/05/2013.)

<sup>24</sup> ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 604801 / RS; Recurso Especial, 2003/0180031-4. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 07 mar. 2005)

<sup>25</sup> Ulrich Beck passou a ser um dos teóricos sociais mais destacados do presente depois da publicação de Risk Society. O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego. (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 23/28).

Dessa forma, sobre uma perspectiva macro, olha-se o lesado e o lesante, não apenas como uma relação obrigacional bilateral, mas como também inseridos em um contexto social mais amplo.

O princípio da precaução vincula-se intimamente com a objetividade apregoada na Responsabilidade Civil, vez que tem como fundamento evitar a ocorrência de dano. Diante da incerteza ou da irreversibilidade do prejuízo, além da ideia de compensar, é preciso impedir a ocorrência da lesão, depreendendo, com isso, a necessidade de valer-se de meios que reduzam o possível risco ao limite do razoável ou até mesmo elimine - o.<sup>26</sup>

A responsabilidade não está voltada, necessariamente, a cura do dano já causado, atuando a posteriori, como ocorria tradicionalmente, dirigindo-se para riscos futuros, logo a priori, principalmente, aqueles capazes de resultar em danos de grande relevância, cujo evento danoso, uma vez ocorrido, por ser de impossível recomposição.

Como forma de enfrentar os riscos na contemporaneidade se faz mister estabelecer deveres prévios, conformando assim o princípio da precaução e da prevenção. Separados por uma linha tênue, diferenciam-se da seguinte forma: a prevenção se perfaz quando diante de uma atividade conhecidamente perigosa, produtora de um risco atual; e a precaução está voltada para uma atividade econômica que não tem a periculosidade definida, evita-se, portanto, um risco em potencial.<sup>27</sup>

Assenta-se, portanto, a função precaucional na ideia de ameaça de um dano sério. Mesmo que não reste cientificamente comprovada o nexo de causalidade entre a atividade exercida e os resultados que dela podem sobejar. É, portanto, que hajam métodos que atuem preventivamente, como maneira de evitar que o evento danoso ocorra.

Para que restasse solidificada, a precaução e a prevenção, na sociedade, importante seria a implementação de políticas públicas, que levassem ao cidadão a importância da função então trabalhada. No entanto, é evidente a carência nesse

---

<sup>26</sup> LEWICKI, Bruno. Princípio da Precaução: Impressões sobre o segundo momento\*. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Cord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 360-361.

<sup>27</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 228.

sentido, fazendo com que se instaurem outros meios, materiais e processuais, que realize tal desempenho.

O princípio da precaução foi introduzido no Brasil através do Direito Ambiental, mas precisamente, na Declaração do Rio de Janeiro (ECO 92), que estabeleceu no artigo 15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, e acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.<sup>28</sup>

Corporificar-se ainda quando da exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), como forma autorizativa para o desenvolvimento de determinadas atividades, potencialmente, causadoras de dano ao meio ambiente. Sendo esse um preceito constitucionalmente posto, no art. 225, §1º, IV da Constituição Federal.<sup>29</sup>

Importante esclarecer que, não apenas o direito ambiental utiliza o princípio da precaução enquanto expoente, diversos outros ramos, como a Responsabilidade Civil, percebendo o notório efeito inibitório que decorre da função precaucional, tendo em vista, a possibilidade de sanção diante de sua violação, o toma como premissa. Gerando a sociedade uma espécie de desestímulo em desenvolver atividades com alto potencial lesivo.

O Direito do Consumidor é um exemplo de área que utiliza dessa função, na busca de precaver incidentes de consumos de grande monta, diante da avaliação de alguns casos práticos, demonstra-se nitidamente a aplicação direta da função em questão, até mesmo sem a real ocorrência do dano, apenas pelo potencial risco a pessoa.

Avaliando o Recurso Especial nº 1. 424. 304 – SP<sup>30</sup>, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, depreende-se que na presença de corpo estranho em alimentos, ainda que

<sup>28</sup> Declaração da ECO 92. [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf). Acesso em: 26 mar. 2015.

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 225. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-lhe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º - "Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: IV – "exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

<sup>30</sup> SÃO PAULO. Recurso Especial nº 1. 424. 304 - SP. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 11 mar. 2014.

não ingeridos, resultou no dever de indenizar no caso concreto. Ou seja, mesmo sem a ingestão do produto pela vítima, o risco potencialmente existiu, e diante da gravidade na sua ocorrência, tendo em vista, que levaria a possível lesão à pessoa, aplicasse um quantum indenizatório, ainda que minorado, pela ausência de precaução. É, portanto, a responsabilização sem o efetivo dano.

Há, frente ao que já foi dito, uma função precaucional, que, mesmo não definida enquanto tal no ordenamento jurídico, sobrepõe-se no contexto da Responsabilidade Civil, no intuito de realizar a máxima que lhe é atribuída, qual seja a proteção e reparação daquele que sofreu ou poderá sofrer o dano.

Ao fim, percebesse que a o instituto detém quatro expoentes enquanto funções fundamentais, que se alteram em grau de significância de acordo com o período em que se insere e o ambiente em que é posta, são elas: reagir ao evento causador do dano; reipristinar a vítima ao *status quo ante*; confirmar o poder punitivo do Estado; e desestimular aquele que tenha a intenção de causar dano a outrem. Ao delimitar as funções em reparatória, punitiva e funcional, tem-se por dizer que a prevenção se instaura em todas elas.<sup>31</sup>

A prevenção seria uma espécie de “macrofunção”, presente em todas as vertentes da Responsabilidade Civil, não podendo, diante da importância dos valores que protege, estabelecer uma função una. Tendo todo o campo funcional o mesmo objetivo, que é oferecer ao sujeito em sociedade segurança, seja pelo dano já causado, seja pelo potencial risco de ocorrer.

Mas precisamente, na função precaucional, opõe-se um desvio ao curso normal, vez que não atua na ocorrência da lesão, mas sim restringindo, em certo ponto, a liberdade no exercício de determinadas atividades, na busca de equilíbrio social, que é o seu objetivo maior. De modo que, a finalidade reparatória, tida como preponderante no sistema, acrescenta-se a ideia de prevenção do ato ilícito, submetendo-se aquele que praticar o ato lesivo a possíveis sanções civis.

---

<sup>31</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, V 3, p. 54.

## 2.4 NOVOS DANOS

A Responsabilidade Civil é um sistema de amparo daqueles que tiveram seus direitos violados e estão em busca do ressarcimento como forma de resolução do conflito. Diversas são as hipóteses, principalmente nos dias atuais, em que uma ação (positiva ou negativa) poderá resultar na ofensa a esfera de direito alheio. Sofrendo o Direito Civil significativas mudanças, que necessitam ser amparadas pelo ordenamento jurídico.

O Brasil, mais precisamente, na metade do Século XX, passou por um processo que ficou conhecido como constitucionalização do Direito Civil<sup>32</sup>. Momento em que incidesse ramo do direito alguns fundamentos com base em regras e princípios constitucionais, incorporando ao conceito civilista valores trazidos pela Constituição Federal de 88.<sup>33</sup>

A constitucionalização do Direito Civil, e conseqüentemente da ciência da Responsabilidade Civil, introduz a base axiológica da Carta Magna nas relações privadas, de modo que, confrontos atinentes a direitos da personalidade passam a ser discutidos no âmbito privado. Princípios como dignidade da pessoa humana, este de maneira bastante contundente, e solidarismo social tornam-se significativos em um espaço em que imperava o patrimonialismo/ individualismo.

Com essa evolução, retira-se o patrimônio do centro da relação jurídica, passando a dar supremacia à pessoa. Admitindo assim que o sistema não gire apenas em torno do Código Civil, baseado em subsunção a regras estanques, abarcando os ideais sociais evidenciados na Constituição.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> A cidadania passa a ser a força motriz, reformulando a dogmática jurídica pela inserção da Constituição Federal de 1988. Promovendo dessa maneira a releitura de determinados institutos jurídicos, bem como determinando a criação de novas categorias jurídicas capazes de abarcar as novas nuances. Não menos importante é a aproximação, dessa constitucionalização decorrente, dos mais diversos ramos jurídicos, mitigando, significativamente, a dicotomia entre o direito público e o direito privado tradicionalmente existente. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB**. 10 ed, Bahia: JusPODIVM, 2012, v. 1, p. 63.)

<sup>33</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 56.

<sup>34</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, V. 59, mar/abr.2014, p. 18/19.

Caitlin Sampaio Mulholland, debruçada na esfera da dignidade da pessoa humana como fundamento do direito de dano, nos diz:

O princípio da dignidade da pessoa humana, alçado constitucionalmente a fundamento do Estado Democrático de Direito, é hoje a base valorativa de sustentação de toda e qualquer situação jurídica de Direito Privado, especialmente aquelas de cunho existencial. Sua inclusão no texto constitucional representou a escolha sócio-cultural-jurídica por uma sociedade solidária e justa, proporcionadora do livre desenvolvimento pessoal de seus cidadãos.<sup>35</sup>

Um dos resultados mais evidentes desse processo é o alargamento das hipóteses possíveis de aplicação da Responsabilidade Civil, não apenas como forma de ressarcir, mas também de efetivar os objetivos do Estado Democrático de Direito postulados pelo art. 3º da Constituição Federal de 1988.<sup>36</sup> Esse instituto passa a oferecer tutela a novos interesses, a exemplo dos existenciais, que resulta em uma expansão qualitativa do sistema, sendo possível falar ainda em um afrouxamento quantitativo, tendo em vista o vertiginoso crescimento de ações no judiciário com pedido de indenização, principalmente de cunho moral.

Nessa conjuntura, destaca-se ainda a concepção de solidarismo que nasce da interdependência dos indivíduos, vez que não há como viver em sociedade de forma individualizada. A solidariedade social é uma forma de concretizar a igualdade substancial, mas precisamente, a equivalência entre os sujeitos, assim como também consolida um pilar constitucional de grande incidência e relevância nessa “nova” configuração, que é a dignidade da pessoa humana.

A responsabilidade solidária, legalmente posta, advém da mitigação sofrida pelos filtros da Responsabilidade Civil. Isso porque tem como resultado a abrangência significativa das hipóteses de incidência do instituto, passando a conceber que aquele que sofreu o dano não pode arcar sozinho com o prejuízo que lhe foi causado.

A cumplicidade na realização do dano e a responsabilidade por fato de terceiro eram limitadores da solidariedade passiva quanto ao dever de indenizar, não havia, portanto, uma interpretação extensiva dessas hipóteses. Entretanto, os tribunais,

<sup>35</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2009, p. 69.

<sup>36</sup> Art. 3º, Constituição Federal de 1988 - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

percebendo a necessidade de ampliação fática, passaram a romper essa limitação, tendo como escopo uma das teorias decorrentes do nexu causal, qual seja acausalidade alternativa, determinando esta que os causadores em potencial do evento lesivos são, diante da impossibilidade de identificação do real causador do dano, considerados responsáveis solidariamente perante a vítima.<sup>37</sup>

Nota-se que, não foi apenas o Direito Civil alvo dessa constitucionalização. Todo o sistema jurídico passa a conceber essa influência principiológica, acentuando a unicidade do próprio ordenamento. Desmistificando a dicotomia entre direito público e privado tradicionalmente presente na sistemática jurídica<sup>38</sup>.

Vencida a demonstração dos entornos que levaram à reforma sofrida no sistema com um todo, dar-se relevância a ambiência da Responsabilidade Civil. Vez que, os filtros tradicionais (culpa, nexu causal, dano) foram alvos diretos da influência constitucional introduzida no sistema.

Levando em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social, peças de destaque nessa nova configuração, é que se percebe a necessidade de mitigação dos elementos formadores da Responsabilidade Civil, resultando no que hoje é conhecido como novos danos ressarcíveis.

Têm-se consubstanciado nesse cenário o aumento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, onde elementos como culpa e nexu causal perdem a relevância, dando espaço aquele que passa a ser o cerne da reparação: o dano. Não há, portanto, responsabilidade sem que haja dano. Desvincula-se o foco da punição do ofensor pelo dano causado, voltando-se para a reparação do lesado pelo dano sofrido.

O dano remete a diminuição de um bem jurídico, que pode ser de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. É majoritário na doutrina atual o posicionamento de que a indenização pode ocorrer tanto por danos materiais quanto por danos morais. Sendo

---

<sup>37</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

<sup>38</sup>De acordo com Gustavo Tepedino – “Tais contornos doutrinários, perfeitamente compatíveis com as necessidades da sociedade pré-industrial, mostram-se, no entanto, abalados pela crescente demanda da sociedade tecnológica, em que a economia massificada e os avanços científicos colocam em crise a demarcação, antes cristalina, dos territórios do direito público e do direito privado. O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novo meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando a redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual.” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 42-43).

um dos precursores desse entendimento Sílvio de Salvo Venosa<sup>39</sup>. Conceito este também presente no art. 927, Código Civil<sup>40</sup>, no momento em que não há a restrição a danos exclusivamente materiais diante do cometimento de ato ilícito.

Novos interesses passam a ser considerados como merecedores de tutela, e conseqüentemente de caráter indenizável. Todavia, essa abrangência não é de todo pacífica, trazendo como contraponto o fato de questões que não deveriam permear a seara jurídica, baseada em aborrecimentos ou frustrações, movem a máquina estatal, servindo como argumento para o que se chama hoje de “indústria do dano moral”.<sup>41</sup>

Dentre as mais diversas espécies de danos que permeiam o Judiciário recentemente, destacam-se alguns exemplos a título elucidativo. Traz-se como primeiro exemplo a perda de uma chance<sup>42</sup>, esta não é de aplicação pacífica na doutrina e na jurisprudência, se caracterizando pela retirada da probabilidade que tinha o indivíduo de obter uma vantagem ou de afastar um possível dano, ressalta-se que não há a real ocorrência do evento danoso, mas sim a possibilidade.

No Recurso Especial nº 614266 tem-se um exemplo claro de aplicação, caso em uma empresa BH Farma Comércio Ltda requer indenização a título de perda uma chance a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pelo fato de ter cerceado, diante da não entrega da proposta, a possibilidade de participação da referida empresa em processo licitatório, onde a probabilidade de contratação era significativa.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001, v. 3, p. 514.

<sup>40</sup> Art. 927, Código Civil/2002 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>41</sup>SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padm, abril/junho 2005, v. 22, p. 59-63.

<sup>42</sup> Silvia Bellandi demonstra que a perda de uma chance não se configura por uma possibilidade em abstrato apenas, mas sim quando diante de uma possibilidade provável, factível. (FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. A perda de uma chance. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, v. 12, n. 85, set./out. 2013, p. 49).

<sup>43</sup>RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - CIVIL - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO LICITATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - ENVIO DA PROPOSTA PELO CORREIO A ESTADO DIVERSO DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE CONCRETA DE ÊXITO - PREJUÍZO REAL - ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - SÚMULA Nº 7/STJ. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. 1. A teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. 2. O êxito em licitação, possibilidade frustrada em virtude da conduta ilícita da empresa responsável pela entrega, em tempo hábil, da documentação devidamente enviada, enseja dano concreto, aferível à luz do art. 159 do Código Civil de 1916. 3. O exame relativo à mensuração do valor econômico da efetiva possibilidade da recorrida em obter o resultado útil esperado, caso a

Ainda nesse contexto exemplificativo salienta-se o dano estético, comum dentre os novos danos ressarcíveis, se configura por uma lesão de ordem corporal que resulta no indivíduo lesionado uma deformidade aparente. O próprio Superior Tribunal de Justiça já o reconhece de forma autônoma, como bem aduz o Agravo Regimental 1.259.457/RJ, sendo o valor da indenização elevado pela gravidade do dano gerado, que culminou com a perda do membro superior direito do agravado.<sup>44</sup>

A perda do tempo útil insere-se como espécie de novo dano indenizável, sendo aplicado pelos mais diversos tribunais. Muito comum no âmbito consumerista, a conduta danosa se perfaz pelo tempo perdido pelo consumidor na tentativa de solucionar questões decorrentes da relação de consumo. Tem-se como exemplo a Apelação Cível nº 0282343-47.2012.8.19.0001<sup>45</sup>, onde se demonstra que a falha do serviço prestado pela Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda, por meio da indevida imputação de débitos ao consumidor inocente, fez com que o apelado perdesse tempo que lhe seria útil, na tentativa de corrigir a situação, dando margem a aplicação de danos, nascendo para os fornecedores a obrigação de indenizar.

É nesta seara que se encontra o dano em decorrência do abandono afetivo, objeto desse trabalho, que será minuciado em capítulos posteriores. De pronto, pode-se

---

correspondência houvesse sido adequadamente enviada ao destino correto, resta insindicável, nesta instância processual, pelo óbice formal da Súmula nº 7/STJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 614266, Terceira Turma Recursal Cível, Relator: ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Julgado em 18/12/2012).

<sup>44</sup> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PERDA DE MEMBRO SUPERIOR. INDENIZAÇÃO VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva. 2. Nesses termos, o valor (R\$ 50.000,00) revela-se, de fato, irrisório, se levados em consideração os aspectos conjunturais e a extensão do dano perpetrado, que culminou em lesão irreversível com perda de membro superior direito e dano estético - reconhecido pelo acórdão hostilizado. 3. In casu, revela-se mais condizente com a situação o valor indenizatório equivalente a R\$(oitenta mil reais), sendo R\$(cinquenta mil reais) a título de danos morais e R\$(trinta mil reais) a título de danos estéticos, tudo atualizado desde o presente julgado e acrescido de juros de mora desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1.259.457/RJ, Segunda Turma, Ministro relator Humberto Martins, Julgado: 13/04/2010).

<sup>45</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA. CANCELAMENTO DO CARTÃO DE CRÉDITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRINCÍPIO DA ASSERTÃO. PARCERIA COMERCIAL ENTRE OS FORNECEDORES DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 7º C/C § 1º DO ART. 20 DO CDC. DANOS MORAIS. PERDA DO TEMPO ÚTIL. FRUSTRAÇÃO DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (BRASIL. APL 02823434720128190001/RJ 0282343-47.2012.8.19.0001, Nona Câmara Cível, Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza, Julgado: 16/04/2013).

dizer que é essa uma lesão de ordem existencial, que muito diverge nos tribunais enquanto espécie de lesiva passível de indenização. O cuidar e o dar afeto não deveriam ser objeto de discussão judicial, vez que são elementos, como regra, intrínsecos a relação entre pais e filhos. No entanto, é significativo o aumento dessas demandas, traduzindo a realidade de diversos núcleos familiares.

A paternidade, de acordo com autores como Conrado Paulino da Rosa, é uma escolha, que possui como decorrência o surgimento de deveres postos tanto pelo CC/2002, art. 1634, incisos I e II<sup>46</sup>, como pela CF/88, art. 229<sup>47</sup>. Porém, não se tem estabelecido legalmente consequências indenizatórias a cargo da ausência de afeto.<sup>48</sup> Partindo desse pensamento, não estaria a resolução da questão em uma reparação pecuniária, mas sim em meios outros, passíveis de uma real reconstrução da relação familiar.

Em contraponto, destaca-se que a incidência de soluções, como perda poder familiar, não afastaria a compensação por danos morais, como bem aduz a ministra Nancy Andrighi em sede do Recurso Especial 1159242/SP<sup>49</sup>, devendo a Responsabilidade Civil incidir em face do genitor que não cumprir com o seu dever de cuidado em relação a prole, restabelecendo o dano que lhe foi causado. Ser ou não o abandono afetivo um dano indenizável é um questionamento complexo, a cargo desse trabalho demonstrar, principalmente, por envolver uma entidade de alta subjetividade como a família, onde sentimento e razão possuem liames de difícil separação.

---

<sup>46</sup> Art. 1634, Código Civil/2002 – compete aos pais, quanto as pessoas dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda.

<sup>47</sup> Art. 229, Constituição Federal /88 – os pais tem 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.

<sup>48</sup> ROSA, Conrado Paulino da; ; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips. **Dano moral e direito das famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: 2012, p.112.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242/SP. Rel. ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 24. abr. 2014.

### **3. DISTINÇÃO ENTRE DEVER DE CUIDADO E ABANDONO AFETIVO**

Uma vez demonstrada a seara funcional da Responsabilidade Civil, guardada a delimitação pelo tema proposto, faz-se necessário estabelecer a diferença entre o dever de cuidado, enquanto uma obrigação decorrente da relação paterno/materno-filial, e o abandono afetivo, podendo este se configurar por meio de diversas situações fáticas, dando ensejo, atualmente, a um número considerável de demandas no Judiciário.

#### **3.1 DEVER DE CUIDADO**

O Direito de Família contemporâneo direciona suas bases para as relações humanas, incentivando o desenvolver socioafetivo entre os membros de uma mesma família, estabelecendo direitos e deveres recíprocos como forma de estreitar os vínculos interpessoais.

A obrigação de cuidar traz consigo a ideia de paternidade responsável. São, portanto, os pais assumindo deveres que vão além do campo material, a exemplo da concessão de alimentos, de escola, de saúde, para adentrar também na esfera existencial. O contexto familiar deve, portanto, ir além da subsistência, configurando-se como verdadeiro formador da personalidade, preservando a dignidade da pessoa humana em seu mais amplo sentido.

##### **3.1.1 A obrigação de cuidar**

Foram introduzidos, por meio do legislador constituinte e ordinário, novos preceitos que conformam uma nova realidade, acompanhando a evolução ocorrida na entidade familiar, principalmente no que tange a relação paterno/materno-filial. Dessa forma, afastou-se o foco apenas da ideia de amparo patrimonial, para dar também destaque a necessidade de proteção ao menor.

É cediço que ao se falar do cuidado enquanto dever jurídico remete-se a exteriorização de uma conduta, direcionada ao sujeito, não sobre a forma de conselho, mas como imposição decorrente do direito positivo, de modo a direcionar a vontade humana no que se refere a determinadas relações interpessoais.

Apregoa Giselda Hironaka que, nos casos específicos da relação entre pais e filhos, a dor causada pela ausência do genitor em face da prole não decorre necessariamente do afeto não concedido, consubstancia-se, em verdade, no cuidado não dedicado pela ausência de convivência.<sup>50</sup> Determina a autora que não seria o afeto em si o motivo ensejador do sofrimento, mas sim o descumprimento de um dever constitucionalmente posto, sob a máxima da proteção integral do menor, qual seja o de ter os filhos em sua companhia os seus pais.

O ministro Marco Buzzi, em relatoria de Embargos de Divergência<sup>51</sup>, defende que o ordenamento jurídico traz o cuidado como cláusula geral aplicável a inúmeros preceitos estabelecidos no sistema, a exemplo do que determina os artigos 1.583, §3º<sup>52</sup> e 1584, inciso II<sup>53</sup> do Código Civil. De modo que, assume o cuidar a dimensão principiológica impregnada em diversas passagens, ratificada por diversos dispositivos legais, configurando-se como forma de exercer os meios necessários a proteção da prole.

Aduz ainda o jurista não se tratar da obrigação de amar, mas no “impostergável dever de cuidar”, de maneira que ao exigir a concessão de amor ou afeto, quando diante das medidas protetivas a serem adotadas em face dos filhos, estaria direcionando aos pressupostos que compõe o dever de cuidar.

O cuidado, portanto, é um dever intrínseco a seara familiarista, aplicada em seu contexto nos mais diversos aspectos. É nítida a sua importância na busca de atender a nova configuração assumida pela família, passando esta a buscar a

---

<sup>50</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **A ética da convivência familiar - Sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Embargos de Divergência em REsp nº 1. 159.242 – SP (2012/0107921-6). Segunda Seção. Rel. ministro Marco Buzzi. Julgado em: 09 abr. 2014.

<sup>52</sup> Art. 1583, §3º do Código Civil - “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”. (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>53</sup> Art. 1584, §5º, Código Civil – “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que releve compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”. (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

proteção dos indivíduos que a constitui, abandonando a vertente de instituição, outrora assumida pela entidade familiar, para configurar-se como instituto protetor dos seus membros, principalmente no que tange ao filho menor.

Rolf Madaleno preleciona que é imposto aos pais independentemente da formação familiar em que se vive, sejam monoparentais, socioafetivas, biológicas, adotivas, o dever de criar, assistir e educar os filhos menores, de modo a prepara-los para a vida adulta, tornando-os indivíduos capazes de assumir responsabilidades de cunho pessoais e sócias. Sendo, portanto, a assistência do genitor necessária em todo o desenvolvimento, até que forme a prole a sua personalidade.<sup>54</sup>

Salienta-se que, para aqueles que defendem o afeto como elemento constante no dever de cuidar, mas precisamente, decorrente da ausência paterna ou materna, diz não discutir, enquanto dever obrigacional, algo imensurável, como o amor, mas sim uma imposição jurídica, qual seja o convívio, cujo descumprimento poderá resultar em sanção. No entanto, ao se consubstanciar um princípio da afetividade, mesmo que implícito, e entender que o abandono resulta em sua ofensa, estaria se levando em conta, não apenas a presença do genitor, que muitas vezes é impossibilidade pelas circunstâncias que se impõe na relação conjugal, mas sim a doação de sentimento desses para com a prole.

Partindo-se ainda do afeto enquanto decorrência de um dever, salienta-se o posicionamento da ministra de Nancy Andrighi<sup>55</sup>, esta parte do pressuposto de que as fases de criação do menor não podem ter o zelo enquanto subsidiário, mas sim primordial, visto que a muito se demonstra o seu caráter essencial na construção do indivíduo enquanto formador de alicerces consistentes para o seu convívio em sociedade, de modo a acatar limites, assumindo direitos e deveres que lhe são ofertados.

Resta-se evidente, diante do que foi exposto, que a inserção do cuidado enquanto uma obrigação legal, que permeia o sistema jurídico no intuito de efetivar o corolário da proteção ao menor, é um preceito largamente utilizado, defendido enquanto dever de grande amplitude, indo além do material, para englobar a esfera do emocional, tendo o cuidar relação direta com o afeto. Sendo aplicável,

---

<sup>54</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 801.

<sup>55</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Terceira Turma. Rel. ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012.

atualmente, tanto na doutrina como na jurisprudência. Podendo o descumprimento dessa imposição, tendo em vista seu viés legalista, como também obrigacional, resultar em responsabilização a título de indenização.

### **3.1.2 Preceitos legais que o norteia**

A obrigação de cuidar, inerente à condição de genitor, paterno ou materno, detentor ou não da guarda, advém de normas legalmente postas pela Constituição Federal, regulamentando esta de maneira mais igualitária a relação paterno/materno-filial, conferindo aos menores garantias quanto ao seu desenvolvimento familiar e social. Mas não apenas da Carta Maior sobrevêm as regras aplicáveis a essa relação, mas também de legislações específicas, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil, bem como de Tratados Internacionais estabelecidos entre países que dignam a mesma importância ao tema.

Evidente que não tem esse tópico o condão de exaurir todo o direito aplicável, ou que verse sobre a matéria, mas sim demonstrar aspectos jurídicos relevantes, que caracterizam o dever de cuidar de maneira mais evidente e determinante.

De logo, importante destacar que a preocupação com o dever de cuidado, mas precisamente com a proteção do menor, não paira apenas no arcabouço jurídico brasileiro, mas também por outros países. Tal situação fica evidente com a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, que constata em seu art. 3º:

“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”.

A Constituição Federal, por sua vez, reserva alguns de seus dispositivos para tratar da defesa desses deveres, demonstrando com isso a relevância da questão. Destacando-se o art. 226, §7º<sup>56</sup>, este instituindo a ideia da paternidade

---

<sup>56</sup>Art. 226 – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou

responsável, oart. 227<sup>57</sup>, muito utilizado enquanto fundamento jurídico para pleitear a indenização por ausência de afeto, vez que traz em seu conteúdo a convivência familiar enquanto dever necessário a ser implementado perante o menor, bem como outros de cunho moral. Salienta-se ainda no contexto constitucional o art. 229<sup>58</sup>, tendo este o intuito de fixar deveres a serem perseguidos pelos pais perante os seus filhos, como também exigidos dos filhos diante da velhice de seus pais.

O legislador constituinte percebe a necessidade de estabelecer de forma expressa deveres de cunho protetivos a criança e ao adolescente, levando em conta a nova realidade que estava instaurada na promulgação da Constituição de 1988, efetivando seu caráter social, não se valendo apenas das entrelinhas principiológicas, passíveis de subjetividade interpretativa.

Incidindo em uma seara mais específica, tem-se que, mantendo o liame normativo previsto no Código de 16, o novo Código Civil de 2002 reserva algumas de suas regras para tratar da família e, conseqüentemente, das obrigações daqueles que a formam. Voltando-se para a relação familiar estabelecida entre pais e filhos é possível remeter ao art. 1634<sup>59</sup>, este, por sua vez, define obrigações inerentes à condição de genitor, que deveram por este ser efetivada de forma impositiva, quais sejam:

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

- I** - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II** - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI** - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

---

privadas". (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>57</sup>Art. 227 - "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>58</sup>Art. 229 - "Os pais tem 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 da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>59</sup>BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

**VII** - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
**VIII** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
**IX** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Avaliando-se o artigo ora citado, percebe-se que é o inciso I, primordialmente, que caracteriza o abandono moral. Isso porque resta nítida na sua percepção o dever de criação, bem como de educação a serem exercidos obrigatoriamente pelos pais perante seus filhos.

Destaca-se que o último inciso –“exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição” – é alvo de grande polêmica. Isso ocorre por se entender que estaria configurado um retrocesso, visto que o poder familiar não atua mais no sentido de obediência irracional a figura do pai, com corretivos exacerbados e submissão. Contudo, há quem defenda a necessidade de limites como melhor forma de criação, corroborando dessa ideia Orlando Gomes<sup>60</sup>, que leciona: “o pai tem o direito de correção, que, embora não esteja expressamente referida na lei, é irrecusável”.

Tartuce<sup>61</sup> demonstra a aplicabilidade recorrente do art. 1632<sup>62</sup> do Código Civil. Esse dispositivo traz para o menor o direito à convivência familiar, e um conseqüente dever dos pais de manter os filhos em sua companhia. Essa norma jurídica vem sendo muito utilizada no cenário em que se configuram os novos danos, como fundamento para a caracterização da responsabilidade por abandono afetivo, valendo-se dessa tese por entender que a expressão “companhia” traz consigo a ideia de afeto. Na prática, pode-se dizer não ser sua aplicação pacífica, mas pelo contrário, detentora de grande divergência jurídica, que será explorada em capítulo a seguir.

Ressalta-se que os artigos supracitados, bem como qualquer outro dispositivo constante em leis infraconstitucionais, não podem ser interpretados de maneira isolada, devendo-se levar em conta os preceitos constitucionais que norteiam a

<sup>60</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 394 -395.

<sup>61</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, v. 5, p. 388.

<sup>62</sup> Art. 1632 – “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

relação familiar ora trabalhada, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, e da proteção integral do menor.

Partindo-se do pressuposto de que os deveres a serem exercidos pelos pais se dão em face de menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não restaria afastado, trazendo em seu conteúdo normas que resguardam os direitos fundamentais dos filhos a serem concretizados pelos pais. Em face disto preceitua o art. 3º do ECA<sup>63</sup>:

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.

É relevante demonstrar que, dentre outros dispositivos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a temática, destaca-se o 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” – que ratifica, ainda mais, a necessidade de por em prática os cuidados necessários a boa formação, moral e social, da prole, como maneira de incentivar a formação de um adulto responsável, capaz de interagir apropriadamente no meio social.

Resta demonstrado, portanto, que a regulamentação jurídica oferecida pela Carta Magna, mas não apenas por ela, como pelo Código Civil, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aqui já ilustradas, traduz a ideia de que é o dever de cuidado, imbuído das demais obrigações que o forma, uma máxima, que deve ser efetivada pelos pais como maneira de concretizar direitos fundamentais inerentes à condição de filho.

### 3.2 ABANDONO AFETIVO

Trata-se de um novo dano decorrente da aplicação da responsabilidade civil objetiva, remetendo a situação em que o filho aciona o judiciário com intuito de pleitear indenização, tendo como fundamento a ausência de afeto por um de seus

---

<sup>63</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

genitores. Ressalta-se que não se trata, em regra, da inadimplência material, mas sim sentimental, tendo como escopo a negativa afetiva.

Não é esse um dano de fácil provação, tendo em vista que permeia a seara familiarista, onde sentimento e razão, por vezes, se confundem. Caracterizando-se essa violação como de caráter complexo, movendo o judiciário para questionar a falta de carinho, amor, atenção, questões essas de difícil percepção, visto que paira na esfera anímica do indivíduo.

Indaga-se hoje, no contexto da família contemporânea, o que é o afeto. Analisado as suas mais diversas perspectivas, por meio de questionamentos, como: conceito, natureza jurídica, bem como, a exigibilidade ou não.

A pertinência do dever de indenizar, ou a sua negação, sob o fundamento do abandono afetivo, é uma questão controvertida na doutrina e na jurisprudência, alvo de grandes discussões, a serem demonstradas nessa pesquisa. Caracterizar o abandono requer o estudo de diversas situações fáticas, vez que não se estabelece apenas pela ausência física, mas, principalmente, pela carência sentimental.

### 3.2.1 O que é afeto?

Afeto é uma expressão que possui diversos significados<sup>64</sup>, variando de acordo com a ciência que o trabalha. Em atenção ao Direito, passou a ser avaliado juridicamente a partir do momento em que a família, tradicionalmente considerada, configurada sobre o viés de instituição, passou a entender a necessidade de olhar para seus membros de forma individualizada.

Seguindo as lições de Madaleno<sup>65</sup>, o afeto é o elemento central no que tange as relações interpessoais e familiares, pois são elas movidas por sentimentos, que terminam por dar sentido ao indivíduo.

Percebe-se, portanto, que o afeto é a “mola propulsora da engrenagem familiar”<sup>66</sup>, afastando do contexto familiar o entendimento, outrora utilizado, que balizava as

---

<sup>64</sup> AFETO – “1. sentimento terno de adesão ger. por uma pessoa ou animal; afeição. 2. afinidade, ligação espiritual terna em relação a alguém ou a algo. 3. o objeto dessa afeição. 4. reação de agrado ou desgosto com relação a algo ou alguém. (Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. 2º Reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: objetiva, 2007, p. 102).

<sup>65</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

suas relações no patrimônio ou da relação biologicamente configurada. Evoluindo juntamente com o conceito atual de família, plural e democrática, pressupondo a dignidade da pessoa humana enquanto escopo.

Para além dos aspectos jurídicos, é possível entender o afeto sobre outros prismas, a exemplo do psicológico. Ao falar da afetividade na psicológica percebe-se que o seu conceito detém uma maior amplitude, não estando apenas voltado para a doação de amor, carinho. Valendo-se da dualidade do sentimento, seja o prazer ou o desprazer.

De acordo com as lições de Freud<sup>67</sup> o afeto remete a forma como chegariam às sensações no inconsciente do indivíduo, podendo causar sensações adversas, ou seja, boas ou ruins, movendo-se por um aspecto qualitativo. Nesse sentido, determina o autor:

Afeto inclui o que acontece ao indivíduo e o modo como ele percebe e entende o que lhe acontece. A percepção da descarga e as sensações de prazer ou desprazer são imediatamente apreendidas na rede de representações que compõe o pré-consciente e o consciente. O afeto é variação corporal e psíquica, bem como a apreensão desta variação pela consciência num movimento reflexivo.<sup>68</sup>

Avaliados os conceitos jurídicos e psicológicos é possível conceber que o primeiro é mais restrito, abarcando o afeto apenas enquanto sentimento positivo, prospectador de união entre sujeitos, entre membros de uma família. A psicologia, por seu turno, pensa na afetividade de forma dual, como elemento unificador, como o amor, mas também desagregador, a exemplo da raiva ou rancor.

Discute-se a natureza jurídica de afeto, mas precisamente se há, dentre os princípios norteadores do direito de família, o princípio da afetividade. Essa é uma questão ensejadora de discussão, divergindo a doutrina quanto a essa determinação. De acordo com o que leciona Stolze e Pamplona<sup>69</sup>, não há como negar a existência de um princípio apenas por ser a sua extensão de difícil

---

<sup>66</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>. Acesso em: 12 mai. 2015.

<sup>67</sup> WINOGRAD, Monah; TEIXEIRA, Leônia Cavalcanti. **Afeto e adoecimento do corpo: considerações psicanalíticas**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151614982011000200001&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151614982011000200001&script=sci_arttext) ; Acesso em: 12 mai. 2015.

<sup>68</sup> BRASIL. **Decreto nº 99.710/1990**. Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)

<sup>69</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 87-92.

delimitação. Para esses autores, o direito de família encontra-se fundado na afetividade, enquanto elo entre membros de uma mesma família, sem que com isso afaste-se a individualidade inerente a cada um. Dessa forma, não há como entender uma análise no Direito de Família sem que tenha por base o princípio da afetividade, que, portanto, é dotado de imperatividade, e aplicável às decisões como meio de ir além da racionalização, dotando-as de valoração pela avaliação do afeto entre seus membros.

Em sentido contrário, pode-se destacar Walsir Rodrigues Júnior e Renata Almeida<sup>70</sup>. Segundo esses doutrinadores, não assume o afeto a natureza jurídica de princípio, em que pese mereça atenção jurídica, pois assim entender-lhe acabaria por determinar a sua imperatividade, residindo exatamente neste aspecto a negativa da questão, vez que não haveria como exigir que alguém que conceda afeto em face de outrem, mesmo que assuma esse outro indivíduo a posição de filho, assim como seria árdua a sua exigibilidade. O afeto encontra-se no âmbito emocional, decorrendo da espontaneidade e autonomia, não havendo como impor ao sujeito dar ou não, pois, se assim fosse, terminaria por perder o sentido, vez que se trata de sentimento.<sup>71</sup>

Percebe-se, entretanto, que a negativa quanto ao caráter principiológico da afetividade denota-se mais coerente. Isso porque falar em afeto é o mesmo que expressar vontade, não havendo como impor ao indivíduo o agir de maneira afetiva. Embora elemento fundante no Direito de Família e digno de vigilância jurídica não deve ser tido enquanto obrigatório, muito menos, suscetível de imposição por meio do judiciário.

---

<sup>70</sup> RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41-43.

<sup>71</sup> A esse respeito, Paulo Lôbo entende haver uma importante diferença entre afeto e afetividade. A afetividade se configuraria enquanto princípio jurídico, sendo, portanto, imposta aos genitores, independente da existência de desamor entre eles, configurando-se enquanto dever jurídico. Já o afeto, por seu turno, elemento psíquico, configurado no âmbito anímico, não incorrendo em imposição. (LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios do Direito de Família Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, nº 35, p.129-151).

### 3.2.2 Caracterização do abandono

O abandono a ser caracterizado remete à ausência de afeto na relação paterno/materno-filial. É, portanto, a falta de um, ou até mesmo, de ambos os pais, em situações como festas escolares, aniversários, passeios, de maneira reiterativa, configurando um abalona formação da própria prole.

A “falha” do genitor, quando diante do abandono afetivo, não decorre do descumprimento de obrigações materiais, a exemplo de prestações alimentícias, que é dever jurídico passível de imposição, mas do não conceder amor, carinho, atenção, voltando-se para uma área imensurável das relações interpessoais.

Giselda Hironaka compartilha do entendimento de que a omissão dos pais, ou de um deles, faz com que reste configurado o abandono afetivo, no entanto para a autora essa ausência estaria vinculada ao dever de educação, em seu sentido amplo, englobando aspectos como afeto, atenção, zelo, educação.<sup>72</sup>

Paulo Lôbo, por sua vez, entendendo haver uma relação de obrigação, diz decorrer o abandono de evidente descumprimento de deveres jurídicos impostos aos pais, não se referindo apenas ao campo da moral<sup>73</sup>.

Levando em conta o entender desses autores, que o abandono seria decorrência da ofensa a deveres jurídicos postos por dispositivos legais, cujo descumprimento imputa-se uma reparação. Entretanto, o que se percebe é que a necessidade de reparar ocorre quando se estiver diante da quebra de concreto dever, não sendo o afeto, em verdade, de cumprimento obrigatório, passível de reparação. Determinando Schreiber<sup>74</sup> quando a aplicação da função reparatória que “a área de atuação não pode ser delimitada em abstrato, mas exige sua concreta definição frente a conduta lesiva”.

Faz mister salientar que o abandono poderá decorrer tanto em face de pais separados, como quando diante de pais presentes, mesmo que apenas fisicamente.

<sup>72</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>, Acesso em: 15 mai. 2015.

<sup>73</sup>LOBO, Paulo. **Direito de civil: família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.312.

<sup>74</sup>SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.189.

Podendo o genitor ter ciência do abandono, assim como ignorar, totalmente, a existência da prole.

Apesar da expressão “abandono” remeter a ideia de ausência, é possível que o genitor, ainda que presente, não faça cumprir os deveres que lhe cabe, afetando assim a formação dos filhos, de maneira a causar danos. Nesses casos é comum a transferência das obrigações para outros sujeitos, ou até instituições, porém não é essa uma postura adequada, tendo em vista que se trata de funções a serem cumpridas, majoritariamente, pelos pais.<sup>75</sup> Dessa forma, fica evidente a complexidade desse dano, pois o estabelecimento de limites para sua configuração resta bastante diminuída, visto que há a possibilidade de realização do pedido de indenização pelos filhos ainda que convivam com seus pais.

Outra caracterização do abandono bastante comum é em decorrência da separação, seja por divórcio ou dissolução da união estável, dos genitores. Nessa situação tem-se que, via de regra, é aplicada a guarda compartilhada onde aum dos pais é concedida a guarda física, restando a ambos a guarda jurídica. É possível diante dessa situação que o genitor não guardião tenha sido negligente para com suas obrigações em relação ao filho, de modo a possibilitar a responsabilização do mesmo. Havendo ainda casos em que o elo entre o casal é rompido, e em decorrência disto, há o afastamento do filho com relação a um dos pais que detém apenas a guarda jurídica. Tal situação ocorre não necessariamente por se omitir de maneira deliberada, mas por influência daquele que também possui a guarda física.<sup>76</sup>

Vale dizer, o pai ou mãe que detém a presença do menor dia a dia reporta para este suas angústias conjugais, de maneira a fazer com que ocorra o afastamento com relação aquele que não se encontra constantemente presente, gerando na criança a sensação de repulsa em face de um dos genitores, quando em verdade seria essa culpa de caráter dualista, tanto daquele que deveria, em que pese as circunstâncias, fazer-se presente, como do detentor da companhia constante que acaba por incutir na prole suas decepções.

---

<sup>75</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>, Acesso em: 15 mai. 2015.

<sup>76</sup>*Ibidem*.

Faz-se necessário, e de extrema importância, questionar os limites dessa atuação paterno/maternal. Isso porque, em que pese sejam pais, estar-se tratando de pessoas humanas, cujos sentimentos variam e se exprimem de forma diferente. Concede-se ao menor proteção, no entanto não é o pai ou a mãe desguarnecido de direitos, devendo, portanto, haver limites quanto a judicialização pela não demonstração de afeto, para que não se recorra ao judiciário por questões que na verdade não são de resolução no Direito, mas de pura ganância de quem a interpõe ou por mero descontento familiar.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 757.411 – MG, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, concebeu que:

[...] É preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.<sup>77</sup>

Em que pese ocorra, inclusive de forma corriqueira, a confusão entre a relação conjugal e a relação parental, o Código Civil é claro ao definir no art. 1632<sup>78</sup> que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Aduzindo, portanto, que não deve a relação entre marido e mulher afetar o convívio familiar entre pais e filhos, visto que são, em verdade, interações distintas e aos filhos é garantido, como forma de proteger a sua dignidade, o convívio com ambos os genitores.

Ressalta-se que o abandono pode se configurar em mais algumas outras hipóteses, como quando o genitor demonstra ser perigoso, sendo o seu afastamento diante da prole necessário para a proteção do mesmo, caso em que não se coaduna uma punição, já que o afastamento é uma forma de proteção do menor. Ou ainda na situação em que a ausência no convívio do filho decorra por fatos possíveis de

---

<sup>77</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 – MG. Quarta Turma. Rel. Fernando Gonçalves. Julgado em: 27 mar. 2006.

<sup>78</sup>BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

imputação a ambos os genitores, como o distanciamento de tal modo que torna a relação paterno/materno-filial extremamente dificultada.<sup>79</sup>

O abandono afetivo é, dentre as mais variadas formas em que pode se apresentar, a falta de afeto, de carinho, de atenção, que são sentimentos impossíveis de determinação concreta, incapazes, portanto, de configurar uma obrigação em que incida, pelo descumprir, uma reparação. Não se diz haver a dispensa de uma responsabilização, pelo contrário, o indivíduo que é pai, ou mãe, deve assumir essa condição em todos os sentidos, inclusive emocional, tendo em vista a importância para a formação desses indivíduos, que deve ser preparado para assumir suas obrigações quando diante da vida adulta. No entanto, discute-se se seria o aporte pecuniário, mas expressamente o dinheiro em substituição do amor, o ideal de solução, capaz de possibilitar a reconstrução familiar.

---

<sup>79</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>, Acesso em: 15 mai. 2015.

#### 4. (IN) EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Muito embora devesse ser implícita nas relações familiares a existência do dever de cuidado e, principalmente, a necessária e gratuita, concessão de afeto, inúmeras famílias vivem realidade adversa. Demonstração disso é a movimentação do Judiciário de forma cada vez mais recorrente na tentativa de solucionar conflitos dessa espécie.

Frente a todas as premissas já discutidas, busca-se nesse momento enfrentar o real cabimento da Responsabilidade Civil quando diante da ausência de afeto. Tem-se que, ao falar em reparação, é entender que estar se trabalhando com um bem jurídico, material ou imaterial, objeto de tutela pelo sistema, capaz de ser mensurado concretamente ao ponto de configurar a aplicação de um *quantum* indenizatório, cujo objetivo é a reconstituição do indivíduo pela lesão ocasionada.

É sabido, e já foi aqui determinado, que existem várias normas, inclusive de caráter constitucional, que defendem os direitos fundamentais inerentes ao menor, no entanto muito divergem os doutrinadores, a serem nesse capítulo demonstrados, quanto a alocação do afeto enquanto fundamento impositivo na relação familiar. Isso ocorre por se partir do pressuposto de que o cuidado teria um sentido amplo, englobando para além das obrigações materiais, aquelas de esfera emocional.

Falar em sentimento, como amor, carinho, atenção é relacionar-se com a gratuidade, com o sentir desobrigado. Impor ao pai uma responsabilização, baseada no emprego de um valor pecuniário ao filho “abandonado” não seria uma resolução, mas uma punição, que em nada contribuiria no restabelecimento da relação paterno/materno – filial.

Em nenhum momento se nega a responsabilidade do pai/mãe que deixa, deliberadamente, de assistir o filho, de modo a não conceder-lhe o mínimo de cuidado afetivo, assim como também não se exime a responsabilização quando do descumprimento de obrigações legalmente estabelecidas. O gravame se constata na maneira como se pretende punir o genitor por essa ausência, pois uma vez quebrado o cumprimento de um dever se faz possível, ainda que com dificuldades,

estabelecer o *quantum* indenizatório, no entanto o mesmo não se pode falar quando da mensuração de um valor abstratamente considerado, a exemplo do amor.

Dessa forma, repensa-se a aplicação da Responsabilidade Civil como objeto de resolução do conflito, abrindo espaço para outros meios entendidos como mais efetivos na pacificação e na reconstrução da relação familiar.

#### 4.1 A COMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO

Ao se falar em dever<sup>80</sup> é nítida a concepção de que se está por impor um comportamento a ser seguido, por meio de uma ação ou omissão, podendo ocorrer o seu descumprimento a aplicação de medida sancionatória. Esta poderá assumir o viés apenas de reparação, ou ainda ser constituída como forma de punição do transgressor.

Partindo da ideia de compatibilidade da Responsabilidade Civil, o abandono afetivo, enquanto descumprimento de um dever, perfaz-se por omissão de um ou ambos os genitores, decorrendo desse agir negligente a causação de dano a prole. Havendo, portanto, a constituição de seus pressupostos, quais sejam: culpa, dano e nexo causal.

Entretanto, como se trata de contexto familiar, onde a casuística muito se transforma a depender do caso concreto, não podem os filtros ensejadores da incidência da Responsabilidade Civil serem visto de forma rígida, devendo ser analisados caso a caso, de acordo com o que determina a situação fática.

##### 4.1.1 O descumprimento do dever de cuidado enquanto afronta constitucional

É primordial definir que não há, expressamente, no ordenamento jurídico o dever de afeto a ser exercido pelos pais em face dos filhos. Derivando, portanto, a imposição

---

<sup>80</sup> DEVER: “7. Regra imposta pela lei, pela moral, pelos usos e costumes ou pela conveniência legítima do agente; obrigação.” (**Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 2<sup>o</sup> Reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: objetiva, 2007, p. 1025).

afetuosa da interpretação de diversos dispositivos constantes no arcabouço jurídico, bem como da esfera principiológica que conforma a entidade familiar.

A incidência da Responsabilidade Civil, através da configuração de seus pressupostos, se dá por entender que o afeto é uma imposição, ainda que implícita, cujo descumprimento atinge para além de normas infraconstitucionais, ferindo, de maneira direta, direito fundamental previstos na Constituição Federal.<sup>81</sup> Observa-se assim, que a configuração do ato ilícito, donexo causal e do dano, estes filtros da responsabilização, incidirão por se entender que o dever de cuidado necessita ser visto com maior amplitude, para assim englobar, além das obrigações racionais, aquelas de fundo moral.

Partir do entendimento de que a Responsabilidade Civil é ciência aplicável no que se refere ao abandono afetivo, é o mesmo que consolidar a reparação por ausência deafeto, por meio de uma indenização de caráter pecuniário. Vale dizer, é determinar a incidência da função reparatória, tida esta como primordial na responsabilização, que tem como escopo a restituição integral da vítima, em decorrência de um evento danoso, através quantificação de valor indenizatório.

Paulo Lôbo denota que, tendo em vista a proeminência dos deveres jurídicos dos pais para com os filhos, é possível a configuração da Responsabilidade Civil quando transgredido deveres inerentes ao poder familiar.<sup>82</sup> Levando-se em conta os princípios que norteiam a relação paterno/materno-filial, pressupõe-se que além dos deveres materiais, é necessária a assistência emocional, esta também tida enquanto obrigação, logo, passível, quando do inadimplemento, de indenização. Para o referido autor, o abandono afetivo não se restringe a sanção de esfera moral, mas também jurídica, sendo estabelecidas consequências que não podem ser afastadas.<sup>83</sup>

Pressupõe-se que princípios constitucionais como o da paternidade responsável e da afetividade, para quem entende ter estede natureza principiológica, abririam espaço para a aplicação da Responsabilidade Civil, estando a ideia de afeto inserido

---

<sup>81</sup> A ofensa a Constituição ocorre, por exemplo, em artigos como 227, já citado nessa pesquisa, que determina a convivência como dever inerente a condição de genitor, dentre outros já demonstrados.

<sup>82</sup> Maria Berenice Dias traz que o poder familiar é aquele concedido a ambos os genitores, como meio de proteção da prole, advindo pela necessidade que se tem de alguém que guie o menor em seus mais amplos aspectos, levando em conta a esfera pessoal e patrimonial. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 435).

<sup>83</sup> LOBO, Paulo. **Direito de civil: família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 311-312.

no campo jurídico devido a necessária concessão de zelo e cuidado em face da prole.

Caso emblemático no que se refere a aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil foi o julgamento da Ação de Indenização protagonizada no Capão da Cano – Rio Grande do Sul. Sobre a égide do Juiz Mario Romano Maggioni foi deferido a título de indenização por abandono afetivo o valor de 200 salários mínimos, tendo por fundamento a ausência do pai, que desguarnecia dessa forma o direito do filho de tê-lo em seu convívio familiar. Ainda nas palavras do magistrado, em que pese adimplindo com seu dever de pensão alimentícia, não seria a função do genitor apenas sustentar, mas também amar, configurando a falta de amor como displicência no dever de educação.<sup>84</sup> Configurou-se, portanto, tutela indenizatória como forma de suprir o afeto não concedido pelo pai, valendo-se da reparação, melhor dizendo de um aporte em dinheiro, como forma de solucionar uma questão em que o debate gira em torno da afetividade.

Defende-se que a negativa de afeto resultaria em consideráveis abalos ao filho abandonado que teria sua saúde psicológica, bem como a formação da personalidade, ofendida pela ausência paterna ou materna. Corroborando da ideia de sanção através da Responsabilidade Civil, se encontra Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze. Para os referidos autores apenas a perda do poder familiar<sup>85</sup> não configuraria ato satisfatório quando se refere a um descumprimento obrigacional dessa máxima, aplicando-se essa ciência como forma de punir o genitor que por mero desleixo descuida do filho, bem como prevenir possíveis reincidências. Partindo desse posicionamento é possível vislumbrar a defesa na aplicação funcional não apenas da reparação como também da punição, sendo esta também um veículo de resposta social pelo descumprimento de um dever socialmente repugnante, conformando também a função social da Responsabilidade.<sup>86</sup>

De acordo com a vertente supracitada, por vezes se percebe que a reparação não sedemonstra ser suficiente em relação ao dano causado, fazendo-se necessário,

---

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação de Indenização nº 141/1030012032-0. Segunda Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS. Juiz Mario Romano Maggioni. Julgado em 15 set. 2003.

<sup>85</sup> Art. 1.638. “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono;” (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>86</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em uma perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 737.

para efetivamente sancionar a conduta danosa, assim como conceder uma melhor resposta a sociedade, a concretização de um viés punitivo, muito comum, principalmente, quando diante de danos existenciais, que atingem diretamente a personalidade do indivíduo, por serem esses de extrema dificuldade no que tange a quantificação indenizatória.

A função punitiva funcionaria, portanto, como um plus na indenização, por se entender não ser a reparação satisfatória diante do caso. Como regra, deve haver o ressarcimento integral daquele que sofreu o dano, que só seria possível, para alguns, pela concretização da punição, servindo esta também como forma de prevenção, no intuito de inibir o agir reiterativo.

O Superior Tribunal de Justiça a muito vem debatendo sobre a incidência ou não dos pressupostos da Responsabilidade Civil quando diante do abandono afetivo. Vivia-se uma verdadeira dicotomia nesse tribunal, mas precisamente entre a Terceira Turma, favorável a tutela indenizatória, e a Quarta Turma, contrária a reparação pecuniária como meio de solução, visto que essas guardavam posicionamentos e decisões distintas sobre a matéria.

De posse do entendimento da Ministra Nancy Andriahi, oferecido na Terceira Turma, no Recurso Especial nº 1.159.242, depreende-se que a relatora entende ser possível a condenação do genitor por dano moral em decorrência do abandono afetivo. Para a jurista admissível é, além da perda do poder familiar, a aplicação de um valor a título indenizativo pelos eventuais males ocorridos a prole devido a negativa de afeto do genitor. Há um “dever inescapável” dos pais para com os filhos de assisti-los psicologicamente, bem como acompanhar o desenvolvimento social dos mesmos. O afeto seria, portanto, um dever vislumbrado na obrigação de conviver, cuidar e educar os menores.<sup>87</sup>

Contudo, relevante salientar que no julgamento acima descrito o pai alega que embora demonstrasse a tentativa de aproximação, era impedido pelo agir da mãe, que confundido a relação conjugal com a relação parental contribuiu para os danos pela menor sofridos. Como já foi visto do decorrer dessa pesquisa não é incomum esse tipo de postura quando diante de pais separados, hipótese em que o genitor

---

<sup>87</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242/SP. Rel. ministra Nancy Andriahi. Terceira Turma. Julgado em: 04 abr.. 2012.

não guardião, em que pese cumpra com suas obrigações materiais, tem sua relação afetiva comprometida por aquele que detém a guarda física.

Aduz ainda a Ministra não ser a perda do poder familiar, como sanção estabelecida por lei para esses casos, um impeditivo na aplicação da Responsabilidade Civil. Podendo haver, dessa maneira, a incidência dos dois institutos como forma de sancionar a questão. Atingindo tanto a esfera patrimonial, como familiar do causador do dano.

Para Rodrigo Cunha Pereira<sup>88</sup>, defensor da reparação civil, não pode a função paterna ou materna, está atrelada apenas a concessão de bens materiais, sendo necessário, por que não dizer indispensável, o repasse de valores capazes de estruturar a vida social da prole. No entanto, tal situação só se faz possível em razão da convivência e do afeto. Sendo factível a possibilidade de exigir esse convívio e também o agir afetivo, tanto pela mãe como pelo pai, tendo em vista as leis que o conformam seja por meio da Constituição Federal, seja através de demais regramentos infraconstitucionais.

Vislumbra-se que, como regra, a defesa no que se refere a indenização por abandono afetivo ocorre por se entender que estaria o afeto previsto no ordenamento jurídico, através da obrigatoriedade de convívio, educação e cuidado. Pensando dessa maneira, coloca-se um sentimento fundamentalmente gratuito, como um valor impositivo através de lei.

Conrado Paulino da Rosa atribui ao Direito de Família um caráter mutável, em constante evolução, de modo que exercer a parentalidade, não é apenas o sustento, como se pregava outrora e assim já restavam cumpridos os deveres inerentes a condição de genitor. Assumindo o cuidado, nos termos atuais, grande relevância, tornando o exercício de educar a prole não apenas consubstanciado no gerar, mas sim do zelar.<sup>89</sup>

Levando-se em conta a celeuma na qual se encontrava o Superior Tribunal de Justiça, vez que havia decisões em ambos os sentidos, julgou-se os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.159.242 na tentativa de equalizar a questão.

---

<sup>88</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/estado/article/view/3639/3178>. Acesso em: 28 mai. 2015.

<sup>89</sup>ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano moral e direito das famílias.** 2 ed. Belo Horizonte: 2012, p. 123.

O relator, Ministro Marco Buzzi, determinou que aos pais é imposto a obrigação de cuidado necessário a constituição da personalidade dos filhos. Ao utilizar das expressões amor e afeto quando em face das providências a serem exercidas pelos genitores é entender-lhes como englobados na esfera do cuidado, assumindo a postura de dever. Entendendo ser aplicável a Responsabilidade Civil por conta das omissões paterna, de forma negligente e deliberada. Salientando que não haveria a obrigação de amar, mas sim o dever e cuidar.<sup>90</sup>

Partir da compatibilidade da ciência da Responsabilidade Civil é conceber que a reparação é capaz de suprir a ofensa sofrida, o dano injusto. Defendendo ainda, aqueles que assumem postura positivista, que a mesma exercerá uma função preventiva, no sentido de inibir que a ação ocorra e, conseqüentemente, evitar que filhos venham a sofrer, atuando como desestimulante no cometimento de ações semelhantes.

Amor, afeto, carinho seriam, para essa corrente, deveres determinados pela Carta Maior, sobre a égide do cuidado, cujo descumprimento resultaria em afronta a Constituição, remanescendo a possibilidade de impor ao ofensor uma sanção na forma de reparação pecuniária.

Embora se tente tangenciar essa ideia, em verdade, o que se ver é a obrigatoriedade de amar, e não estaria a Responsabilidade para julgar sentimentos. Não se leva em conta as adversidades que envolvem tal situação, como ter o juiz percepçãoda esfera anímica do indivíduo, já que somos diferentes até mesmo na forma de demonstrar afeição, bem como as dificuldades em quantificar algo imensurável como a afetividade.

#### **4.1.2 Aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil**

Hoje não mais se discute a possibilidade de aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de Família, sendo algo a muito superado. Não há como impedir que o dano moral incida na seara familiarista, já que a própria Constituição, esta Lei Maior, que

---

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Embargos de Divergência em REsp nº 1. 159.242 – SP (2012/0107921-6). Rel. ministro Marco Buzzi. Julgado em: 09 abr. 2014.

deve nortear todas as demais leis infraconstitucionais, prevê no art. 5º<sup>91</sup> o direito ao ressarcimento por danos morais a qualquer cidadão.

Compatível, portanto, a Responsabilidade Civil no tocante ao abandono afetivo, estariam os pressupostos que conformam essa ciência, quais sejam culpa, nexo causal e dano, caracterizados quando da constatação do agir negligente dos pais, ou de apenas um deles, ao rejeitar moralmente a prole.

A natureza jurídica da norma violada será imprescindível na determinação da Responsabilidade a ser configurada, contratual ou extracontratual. Estará ligada ao viés contratualista quando as partes, por ato de vontade, se obrigam ao cumprimento de determinada obrigação. E, em sentido oposto, tem-se a vertente extracontratual, esta vinculada ao descumprimento de uma imposição legalmente posta, decorrendo do agir ilícito, que tem como resultado o dano.<sup>92</sup>

Verificados os tipos de responsabilidade possíveis de incidir, tem-se que aqui se afigura a responsabilidade extracontratual, visto que não há entre pais e filhos um contrato que determine direitos e deveres recíprocos, decorrendo da simples condição de ser genitor, bem como de mandamentos estabelecidos em lei. Estando esta hipótese de responsabilidade prevista no Código Civil, mas precisamente nos art. 186 a 188, como também no art. 927 do mesmo diploma legal.

Falar na obrigação de indenizar na esfera subjetiva traz a necessidade da presença de alguns requisitos. De início, a conduta antijurídica, seja ação ou omissão, deliberadamente, por meio de culpa, pelo agente; o dano, que repercute na ofensa a bem jurídico, material ou imaterial, patrimonialista ou existencial; e por fim, o nexo causal, voltando-se para a ligação do agir lesivo com a ofensa ocorrida.<sup>93</sup>

Ao tratar do abandono afetivo, a conduta danosa se traduz na ausência de um dos pais, por mera liberalidade, ou seja, pelo simples fato de não querer se fazer presente, atingindo dessa maneira a personalidade do indivíduo, que não teria o

---

<sup>91</sup> Art. 5º - "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>92</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60-61.

<sup>93</sup> BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

amparo psicológico necessário a sua formação. Partindo dessa ideia, nos diz Giselda Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se 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 aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.<sup>94</sup>

Percebe-se, portanto, que o descumprimento do dever de cuidado, mais precisamente, de convivência resulta no agir lesivo, que tem como decorrência, consequências tanto imediatas, como futuras, na constituição da personalidade do menor.

A conduta omissiva, por sua vez, é um dos pressupostos iniciais para caracterizar a possibilidade de responsabilização na hipótese ora trabalhada, estando inserida no contexto do art. 186 do Código Civil.<sup>95</sup> De acordo com o conceito do que é o abandono, já trabalhado, e levando-se em conta o que preceitua o artigo citado, entende-se que a culpa se insere na não convivência do filho com um ou ambos os pais, no entanto, por liberalidade destes, que agem de maneira imprudente ou negligente, efetivamente negando-se a participar do convívio com o filho, e, conseqüentemente, não oferecendo o suporte necessário a sua formação. Ressaltando que, nesse caso, haveria a quebra de uma ordem instituída enquanto pública vez que goza a seara familiarista de proteção estatal.<sup>96</sup>

A prática do ato ilícito abre caminho, portanto, para que se insurja um dever de indenizar, e isso ocorre muito por conta do art. 927 que diz: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”<sup>97</sup>. Deixando o dispositivo, claramente, estabelecida a possibilidade do resultado obrigacional indenizatório que decorre do descumprimento de um dever legal.

<sup>94</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2015.

<sup>95</sup>Art. 186, Código Civil / 02 – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>96</sup> CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – Dos deveres constitucionais. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008, p. 95 – 96.

<sup>97</sup> BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Importante dizer que, como visto em capítulo anterior, a culpa poderá não se perfazer apenas em face do pai ou da mãe, que porventura tenha dado causa direta ao abandono, podendo o genitor presente, ou seja, detentor da guarda física, concorrer com a mesma quando partir deste o incentivo ou até mesmo os meios para que tal fim ocorra.

Rolf Madaleno preleciona, em sentido oposto, para dizer que o pedido indenizatório não estaria fundamentado na ideia de ato ilícito, logo de acordo com o traz o art. 186 do Código Civil, mas sim da esfera do abuso de direito legalmente determinado no art. 187<sup>98</sup> do mesmo diploma legal. Esse independe de culpa, tratando-se da “imposição de restrições éticas ao exercício de direitos subjetivos”.<sup>99</sup>

Estudados dano e culpa, nos resta a configuração do terceiro filtro necessário a imputação da responsabilidade civil subjetiva, que é o nexos de causalidade. Este vai avaliar o vínculo entre o agir de forma omissiva e a lesão causada. Para alguns autores que defendem a aplicação dessa ciência, como Giselda Hironaka, a maior dificuldade residiria na configuração desse pressuposto. Por conta disso, vale-se da perícia psicológica para que se defina não apenas o dano, mas o que lhe deu origem. Retornando, portanto, ao início dos sintomas, como forma de averiguar se o dano psíquico que o menor tenha sofrido decorreu necessariamente da conduta omissiva do pai ou da mãe, ou de ambos.<sup>100</sup>

Conclui-se, frente às abordagens feitas neste tópico, que o abandono afetivo seria resultado da quebra de um mandamento constitucional, qual seja o dever de cuidado, este em seu sentido lato. Tendo como possibilidade de sanção a aplicação da Responsabilidade Civil, desde que restem configurados seus filtros indispensáveis, culpa, dano e nexos causal. Funcionando a reparação pecuniária como elemento minimizador da lesão pelo menor sofrida, assim como atuar enquanto medida preventiva, na tentativa de evitar o agir reiterado e conceder a sociedade uma resposta por transgredir o sujeito o que impõe a lei.

<sup>98</sup> Art. 187, Código Civil / 02 – “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>99</sup> MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais**. São Paulo: Forense, 2006. p.159.

<sup>100</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>. Acesso em: 28 mai. 2015.

## 4.2 A INCOMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO ABANDONO AFETIVO.

Não é tarefa fácil a determinação da Responsabilidade Civil no contexto das famílias. Não se busca afirmar neste capítulo a não incidência absoluta dessa ciência quando da prática de atos realizados pelos genitores, mas sim demonstrar a dificuldade, e, por vezes, impossibilidade, em visualizar os filtros necessários para tal imposição.

A violência física ou sexual, castigos exacerbados, são hipóteses claras em que é possível pleitear a incidência de dano, não apenas material, mas também de cunho moral, pois são nítidos os pressupostos que conformam a Responsabilidade Civil (culpa, dano, nexos de causalidade), não havendo o que discutir, podendo inclusive ensejar outra espécie de sanção, qual seja a perda do poder familiar que será trabalhado em tópico posterior.

Entretanto, a Responsabilidade Civil em face do genitor devido a falta de afeto, seria, por demais, tortuosa de se definir, visto que amar não é, necessariamente, uma escolha, baseada em concretudes, logo não guarda respaldo no Direito. Além disso, seria uma obrigação posta pelo magistrado em meio a uma relação interpessoal por demais complexa, como é o caso da relação paterno/materno-filial, envolvida, demasiadamente, por sentimentos e não pela razão.

### 4.2.1 A dificuldade em quantificar sentimentos

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se viu delineada a possibilidade de aplicação do dano tanto material quanto moral. Prevendo expressamente o art. 5º, incisos V e X da Carta Maior<sup>101</sup> tal inserção, regendo não

---

<sup>101</sup>Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a

apenas mandamentos constitucionais, mas também demais normas de caráter infraconstitucionais.

De acordo com Bittar são morais os danos que se inserem no liame da subjetividade do sujeito, repercutindo na sociedade, bem como atingindo os aspectos mais íntimos e pessoais, decorrendo desses danos abalos a própria personalidade humana. Referindo-se, mais especificamente, a valoração que o indivíduo tem de maneira pessoal, assim como perante a sociedade.<sup>102</sup>

É sabido que há um grande número de demandas que permeiam o Judiciário no intento de conseguir indenização a título de dano moral em decorrência do novo dano caracterizado enquanto abandono afetivo. Desse arcabouço saíram inúmeras decisões, inclusive divergentes, perpassando pelas mais diversas instâncias judiciárias, chegando inclusive ao Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009.

Ao tratar da reparação pelo cometimento de ato lesivo a bem juridicamente protegido tem-se que é preciso estabelecer os limites exatos, não devendo o ressarcir ir além do dano gerado, mas também não pode restar aquém da lesão ocorrida. Percebendo-se, portanto, a necessidade de concretude na sua definição, para que se tenha verdadeira satisfação, sem, conseqüentemente, gerar a culminação de valores exacerbados. Assentido com esse posicionamento, diz Récio Cappelari:

A reparação integral equivaleria a dar-se a maior completude possível à indenização, todavia sem ultrapassar o limite da totalidade das conseqüências do dano, em que se iniciaria o enriquecimento sem causa, motivo pelo qual é necessária a equivalência da indenização ao dano efetivamente experimentado, não se admitindo indenização a maior e tampouco a menor do que o dano causado.<sup>103</sup>

Levando-se em conta o que traz o referido autor e as lições acerca da reparação nesse trabalho já realizadas, é possível inferir que restaria um grande impasse diante da aplicação do dano moral na ocorrência do abandono afetivo. Em primeira linha, se destaca que o afeto não padece de concretude, sendo imensurável, e, portanto, de extrema dificuldade quando da sua quantificação. Quanto “valeria” a negativa de afeto de um pai ou de uma mãe, ou até mesmo de ambos? É nítido não

---

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>102</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

<sup>103</sup> CAPPELARI, Récio. **Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do direito**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 139.

ser o caminho da reparação o mais adequado em face dessas demandas, tendo em vista a inviabilidade prática, vez que se busca quantificar sentimentos, bem como, por vezes, não há a configuração dos elementos ensejadores da responsabilização. Não cabendo ao magistrado tal mensuração.

Rodolfo Pamplona traz a similitude existente entre a indenização e a ideia de ressarcimento. Para o referido autor, a reparação tem o condão de compensar o dano sofrido, sendo arbitrada judicialmente. Mas ao se tratar de dano moral, especificamente, este não traduz exata equivalência em face da lesão, como ocorre quando diante de dano material, mas sim uma tentativa de satisfação pelo sofrimento causado.<sup>104</sup> Entretanto, insta salientar que não existem bases objetivas no que se refere a aplicação do dano moral, este ocorre por sensibilidade do magistrado, ficando a cargo deste estabelecer os limites capazes de satisfazer a ofensa causado ao indivíduo.

A ausência de critérios que auxiliem na quantificação do dano tem por resultado, como já se salientou nessa pesquisa, a inserção da punição como meio de reprimir o comportamento inadequado. Ficando esse punir, por vezes, mascarado sobre a ideia de satisfação do dano extrapatrimonial causado. Havendo, portanto, discricionariedade do juiz, determinando este, no que concerne ao abandono afetivo, quanto valeria a ausência de amor, carinho, atenção.

O abandono afetivo enquanto espécie de novo dano, advento da constitucionalização sofrida pelo direito em suas mais diversas esferas, não pode ser objeto da Responsabilidade Civil, e conseqüentemente de aplicação do dano moral, de maneira desmedida, já que o pilar basilar das relações familiares atuais é o afeto, sendo os conflitos que atingem a família de natureza, eminentemente, afetiva. Devendo-se levar em conta, portanto, as peculiaridades inerentes à própria interação interpessoal no contexto familiar quando da incidência do instituto da reparação.

Não se nega a possibilidade de aplicação de danos morais no Direito de Família, no entanto, se entende pela sua máxima razoabilidade. Não há como exigir do indivíduo que o mesmo seja afetuoso, vez que se trata o afeto de um sentimento volitivo,

---

<sup>104</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 85.

impossível de imposição. Determina Leandro Lomeu<sup>105</sup> que é necessário ser criterioso ao se adentrar na esfera da Responsabilidade Civil, para que dessa forma não resulte uma espécie de “indústria indenizatória” pela não concessão de afeto, valendo-se de limites predeterminados, os quais não existem hoje, para que se pense na possível imputação.

Causar danos psíquicos ao menor pela ausência de afeição, que venham a abalar a formação da personalidade jurídica, implicando em consequências futuras, de ordem social e pessoal, é uma suposta hipótese de reparação, desde que presentes os elementos que lhes são indispensáveis (culpa, dano e nexos causal). No entanto, é cediço que não se vislumbra no estabelecimento de um *quantum indenizatório* meio cabal de solucionar a questão, pelo contrário, acabaria por acentuar mais a distância existente entre genitor e prole, tendo em vista que o dinheiro não supre a ausência, o desamor, o desafeto.

A aplicação de danos morais mostra-se ineficiente, principalmente, quando diante de demandas existenciais, por diversos fatores. Primordialmente pelo fato de não ser a incidência do dano moral, logo a monetização da lesão, voltada para a recuperação do ofendido em caráter primordial, como forma de apaziguar a sua dor ou sofrimento, pois esses sentimentos sempre estarão presentes. Refletindo a reparação de forma intensa em face do ofensor, vez que esse sim será atingido pelo aporte financeiro como elemento repressor.<sup>106</sup>

Ao pagar por não amar incorreria no que hoje se chama de “monetização do afeto”, visto que, a título de precaver a reiteração da lesão psíquica causada à prole, se permite que um pai que entenda por bem não compartilhar da formação do filho, tenha enquanto sanção o pagamento de um valor pecuniário. Ressaltando que, a quantia será definida por um julgador, de forma discricionária, valendo-se da sua sensibilidade para estipular quanto valeria a ida ao parque, a festinha da escola, na verdade, quanto valeria o amor.

---

<sup>105</sup> LOMEU, Leandro. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação.** Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 57, dez./jan. 2010, p. 113.

<sup>106</sup> RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral.** Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 180.

#### 4.2.2 A ineficácia da ação reparatória diante do abandono

Essa pesquisa parte do entendimento de que a ação reparatória não significa o meio adequado para solucionar o conflito decorrente do abandono afetivo, este é um problema que perpassa por uma esfera extremamente subjetiva, como é o caso de diversos outros conflitos atinentes ao direito de família, de modo que a pecúnia não se faz eficiente como forma de resolução.

Dentre os mais variados argumentos capazes de demonstrar a verdade dessa afirmação, tem-se que é contraditório monetizar relações de caráter afetivo, assim como determinar, por imposição legal, que alguém ame ou ofereça afeto. Ademais, não há como o dinheiro mensurar o amor, incorrendo dessa maneira em um retrocesso, já que a patrimonialização no Direito de Família é um expoente superado, assumindo a afetividade a base das relações familiares.<sup>107</sup>

Emana do afeto o sentido de liberdade, não poderá a obrigatoriedade em face de um sentimento repercutir bem no seio familiar. Podendo assumir sentido contrário ao que se busca enquanto família, passando a ser, em verdade, um elemento causador de conflitos ou discórdia.

Anderson Schreiber contrapondo os limites quanto aos deveres dos pais e a tutela oferecida legalmente ao menor, diz que o legislador ao definir as obrigações às quais incorrem o pai e a mãe, já delimitou a esfera de liberdade do genitor em relação a correta formação do menor, restando determinado enquanto imposição para adequada formação da criança ou adolescente o cumprimento do sustento, da guarda e da educação. Estes instituídos não há que se falar em violação, sendo a conduta paterna ou materna merecedora de tutela.<sup>108</sup> Salientando ainda o referido autor que o direito subjetivo de amar, de doar afeto, são tidos como sentimentos de autodeterminação dos pais, englobando a sua própria liberdade, que se mantém também protegida à luz do texto constitucional.

---

<sup>107</sup> LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. O dano moral decorrente do abandono afetivo: uma história de dois lados. **Revista Síntese Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.15, n. 81, dez./jan. 2014, p. 133.

<sup>108</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 183.

Ressalta-se, mais uma vez, que não se parte da impossibilidade de aplicação da Responsabilidade, mas sim da sua inviabilidade nos casos de abandono. Não é a não incidência, entretanto, absoluta, uma vez preenchidos os pressupostos será possível reparar, porém esse não é o meio de pronto a ser perseguido, justamente pela ineficiência diante da reconstrução da relação familiar.

Autores como Maria Isabel Pereira da Costa admitem a compensação pecuniária, porém como forma subsidiária, de forma remota, quando não se fizer possível a restituição do *status quo* através de tratamentos terapêutico ou psíquico. Isso muito se dá pela percepção de dificuldade ao determinar o dano pelo filho sofrido, não sendo o sofrimento, por vezes, exteriorizado, convivendo apenas de forma anímica com o indivíduo.<sup>109</sup>

Observa-se que há decisões que corroboram desse entendimento negativo a aplicação da Responsabilidade Civil como meio de solução, a exemplo do Recurso Especial de relatoria do ministro Fernando Gonçalves, onde este entendeu pela não incidência da reparação, salientando que conceder a indenização acabaria por diminuir significativamente a possibilidade do filho se ver um dia amparado pelo amor do pai, não alcançando a reparação efetividade financeira, vez que já seria concedida pelo pagamento da pensão alimentícia, e ainda não incorreria na aplicabilidade das funções precaucional ou punitiva. Traz ainda o jurista que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada coma a indenização pleiteada”.<sup>110</sup>

Percebe-se, ainda de acordo com o ministro, que não haveria como resultado da reparação a incidência das funções punitiva e precaucional, pois essas se fariam factíveis quando da aplicação da maior pena civil estabelecida no ordenamento, que é a perda do poder familiar, esta será posteriormente trabalhada.

---

<sup>109</sup>COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 32, out./nov. 2005, p. 32.

<sup>110</sup>RESPONSABILIDADE CIVIL. ABNDONO MORAL. REPARÇÃO. DANOS MORAIS.MPOSIBILIDADE. 1. Aindenização por dano moral pressupõe aprática de ato ilícito, não rendendo ensejo àaplicabilidade danorma doart. 159 doCódigo Civil de1916 oabandono afetivo, é incapaz dereparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido eprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 757. 411 – MG (2005/0085464-3). Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005).

Tem-se que é perfeitamente possível culminar a destituição do poder familiar com a indenização, não sendo estes institutos excludentes, no entanto poderá trazer consequências ainda mais graves para o menor, como demonstra Leonardo Castro<sup>111</sup>:

Ao cumular a destituição com a indenização, podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho, ainda que seja um mau pai. [...]A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então, a figurado abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo.<sup>112</sup>

No entender de WalsirRodrigues não tem como impor a alguém que ame outra pessoa, por mais importante e necessária que seja a formação do vínculo afetivo. Não havendo como reparar o desamor, indo contra a própria ideia de sentimento. Percebe-se que a ausência de afeto repercute de forma social, não podendo ser regido por normas jurídicas, de maneira que não se configura a afetividade enquanto princípio. Para este autor, independe da relação familiar constituída, não geraria o afeto a incidência da Responsabilidade Civil, sendo mais lógico e eficaz a busca de uma solução dialógica, sendo a reconstrução da relação realizada em conjunto.<sup>113</sup>

Resta evidente, frente ao que já foi exposto, que não se coaduna a reparação pecuniária como meio eficaz para satisfazer o menor que sofreu com a ausência paterna ou materna, podendo, inclusive, incitar ainda mais o desmembramento do vínculo afetivo, tendo em vista a imposição indenizatória. É mais que necessário fazer com que, de alguma forma, o pai ou a mãe que abandonou consciente e deliberadamente o filho venha a ser sancionado, porém, mesmo essa sanção, deve ter como corolário a tentativa de manter viva a possibilidade da reconstrução da relação familiar, e ainda diante da impossibilidade dessa situação, deve-se valer de outros meios, que não o pagar<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, v.9, n. 46, fev./mar. 2008, p. 19.

<sup>112</sup> Importante frisar que poderá um dos genitores requerer, por meio da justiça, o afastamento da mãe ou do pai por entender ser o convívio nocivo ao menor, ficando impedido de exercer a guarda. Sendo tal determinação dada através de sentença.

<sup>113</sup> RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 556 - 557.

<sup>114</sup> Há hoje um projeto de lei tramitando, instituído pelo senador Marcelo Crivella, PLS 700/2007, este tem por objetivo a introdução no Estatuto da Criança e do Adolescente do abandono moral do filho enquanto ilícito civil e penal. (Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516) ; Acesso em 01 jun. 2015.)

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias corroboram da necessária razoabilidade na aplicação da Responsabilidade Civil quando diante das relações familiares, para que não se desnature a própria essência do que é família. Partindo desse pressuposto, no que tange a aplicação específica no abandono afetivo defendem os autores que:

Afeto, carinho, amor, atenção... São valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais que o *ser*.<sup>115</sup>

O ministro Aldir Passarinho Junior, em relatoria do Recurso Especial nº 514.350 – SP, expõe que não haveria no abandono afetivo a ocorrência de ato ilícito ensejador da Responsabilidade Civil, e, conseqüente, a incidência do dano moral.<sup>116</sup> Seria a indenização, de acordo com o que pensa o ministro, inviável, pois além de quantificar sentimento, estaria indo muito além das atribuições do Judiciário. Foi essa uma decisão unânime proferida na quarta turma, o que demonstra não ser em nada pacífica a aplicação da reparação em face da ausência de afeto, amor, carinho, atenção.

Não há como negar que a Responsabilidade Civil, consubstanciada pela ocorrência de seus pressupostos, não se faz elemento eficaz diante do abandono, vez que a reparação, na grande maioria dos casos, não se perfaz, pois ainda que ocorra um dano a formação da personalidade do menor, não haveria configurado o ato ilícito, pois não há que se falar no dever de amar. Não teria o pai ou a mãe a obrigatoriedade jurídica em dar afeto, devendo a entrega sentimental se dar de forma natural. Sabe-se que esse deveria ser um sentimento intrínseco a relação familiar, mas a realidade se mostra bastante adversa, devendo-se valer de meios para se contornar diversos da reparação.

---

<sup>115</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil – Direito das Famílias**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 6, p. 156.

<sup>116</sup> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 514. 350 – SP. Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Julgado em: 25 mai. 2009).

### 4.3 ALTERNATIVAS MAIS EFICIENTES A RECONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO AFETIVA

Durante todo o trabalho teve-se como intento demonstrar não ser condizente com o conceito de família atual, baseada no afeto e não na obrigação prioritariamente patrimonial, entender a afetividade como obrigação de caráter legal.

Em que pese se saiba da possibilidade de aplicação da reparação no contexto familiar, não seria esse o caminho adequado, vez que se parte nessa pesquisa da não obrigatoriedade em amar. Não é o afeto um dever a ser exigido, mas um sentimento a ser doado, impossível de ter como sanção a imposição de uma indenização.

Por mais importante que seja, e sabe-se que é, o cuidado emocional do pai em face da prole, o aporte pecuniário em nada resolveria quando da falta de relação paternal.

Pensando-se assim, foram observados outros mecanismos estabelecidos em lei, possíveis de apaziguar o conflito ora existente, diversos da reparação civil. Os quais seriam mais efetivos quando da busca em satisfazer o indivíduo em decorrência da ausência que lhe foi causada, assim como reaver a relação familiar desnaturada.

#### 4.3.1 Perda do poder familiar

Com o advento do Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, com todo o arcabouço axiológico que a constitui, o conceito de família evoluiu, acompanhando a diversidade das relações familiares, afastando-se da sua função inicial, que era o poder dos pais sobre os filhos, evidenciando os deveres por esses a serem cumpridos.<sup>117</sup>

A família, portanto, passa a ser vista de maneira pluralizada, tendo em vista a diversidade em sua constituição. Não mais se fala em instituição, mas sim em instrumento de proteção, capaz de proteger o indivíduo isoladamente considerado. É

---

<sup>117</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 13, n° 67, ago./set. 2011, p. 19.

nesse campo evolutivo, que se passa a denominar o conjunto de direitos e deveres em face de filhos menores enquanto poder familiar. Essa mudança na nomenclatura é uma tentativa de demonstrar que não apenas o pai, mas também a mãe, concorre em igualdade quanto a responsabilidade para com seus filhos, tendo como fundamento a despatriarcalização do Direito de Família. Nesse sentido, nos diz Maria Helena Diniz:

Esse poder conferido simultaneamente e igualmente a ambos os genitores, exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens.<sup>118</sup>

Segundo Maria Berenice Dias, melhor seria a expressão “autoridade parental”<sup>119</sup>, isso porque traduziria a ideia de que o interesse dos pais deve estar voltado para o melhor interesse do filho, consagrando a máxima constitucional que é princípio da proteção integral das crianças, adolescentes e jovens, de acordo com que preleciona o art. 227 da Constituição Federal<sup>120</sup>.

Dessa forma, o exercício do poder familiar tem como verdadeiro intuito auxiliar o indivíduo em sua formação, sendo, portanto, conformador de valores, e por que não dizer, da própria dignidade humana, atuando enquanto norte no desenvolvimento da prole. Não por acaso, elenca o legislador a dignidade enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito<sup>121</sup>, demonstrando que o desenvolver do sujeito inserido em sociedade deve ter por base a constituição desta.

Partindo para uma esfera conceitual, muitos autores tentam determinar no que consiste esse poder, que, em verdade, é um dever legalmente atribuído aos pais. De acordo com Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze<sup>122</sup> configura-se o poder familiar como

<sup>118</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 439-440.

<sup>119</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 435.

<sup>120</sup> Art. 227, Constituição Federal – “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>121</sup> Art. 1, Constituição Federal – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

<sup>122</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 586.

sendo “plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Em soma ao que já foi visto, Flávio Tartuce<sup>123</sup> defende ainda ser o poder familiar decorrente da ideia de família democrática, realizado pelos pais em relação aos filhos, por meio de colaboração familiar, tendo por base o afeto.

Percebe-se, portanto, que de maneira geral, o agir dos pais na vida dos filhos, através da efetivação de direitos e deveres, é imprescindível, pois será a sua atuação que fornecerá estrutura para o menor, tanto familiar quanto social. De modo que os genitores atuam como direcionadores da prole, conforma-lhes valores, auxiliando na própria formação.

Apesar de assumir grande importância na formação da prole, a lei estabelece como possibilidade de sanção, em face do genitor negligente, a perda do poder familiar. Busca-se ao máximo a não ocorrência dessa situação, já que repercute na esfera do filho, dando prevalência a suspensão ou adoção de medidas outras também eficientes na tentativa de solucionar a questão, entretanto, quando diante de situação fática de grande monta como é o desvelo afetivo esse pode incidir como forma de solução do conflito em questão.

Essa é uma medida prevista expressamente em lei, mas precisamente no art. 1638 do Código Civil<sup>124</sup>, estabelecendo esse dispositivo à perda do poder familiar em decorrência, dentre vários outros aspectos, do abandono, por meio de determinação judicial.

Por se tratar de ato de extrema gravidade, tem-se que a perda do poder familiar não pode ocorrer de forma corriqueira ou em face de qualquer situação. Devendo ocorrer apenas quando diante de fatos de extrema nocividade para o menor, de maneira a por em risco sua dignidade e segurança. Não podendo essa sanção ser vista, única

---

<sup>123</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, v. 5, p. 387.

<sup>124</sup> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

e exclusivamente, como meio de punir o pai faltoso, devendo sempre ter enquanto grande monta o interesse do menor.<sup>125</sup>

Abandonar o filho, negando-lhe amor, afeto, atenção é caso próprio e evidente dessa sanção, visto que é dessa relação afetuosas que também decorre os valores capazes de forma o adulto responsável, capaz de enfrentar a vida e seus desgostos, bem como incluir de forma adequada no meio social.

Assim sendo, enquanto hipótese legal, clara, pode-se valer da perda do poder familiar, vez que a relação com o genitor negligente em nada acrescenta a prole, mas pelo contrário, afetaria ainda mais aspectos morais e psíquicos.

Afastar esse pai ou mãe dos direitos e deveres decorrentes da condição de pai, apesar de não ser uma decisão fácil, pela magnitude da imposição, é mais efetiva que uma mera reparação. Posto que a presença forçosa do genitor pelo medo de uma reparação acarretaria a criança ou adolescente, sem dúvida, maiores abalos tanto social quanto moral.

Importante ressaltar que não é essa uma possibilidade prevista apenas no Código Civil, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 24<sup>126</sup>, sendo diploma instrumento específico de proteção do menor, o que denota sua real possibilidade de aplicação tendo como intuito a proteção integral.

Salienta-se que a destituição do poder familiar, como forma de proteção do menor que é, não gera a desobrigação do genitor frente a direitos outros de cunho material, desse modo continua sendo garantido a criança recursos capazes de manter o seu sustento, como a pensão alimentícia, assim como outros direitos decorrentes da condição de filho, a exemplo de herança.

Na prática se vislumbra diversos casos em que o conflito familiar envolvendo menor teve como resultado a destituição do poder familiar. Isso muito ocorre por se entender ser a proteção da prole o interesse mais importante, sendo possível ao Ministério Público, no intento de manter o viés protetivo que do sistema emana, requer o afastamento do genitor ausente de suas funções. Exemplo disso é o

---

<sup>125</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Revista Síntese de Direito de Família**. v. 13, n. 67, ago./set. 2011, p. 28.

<sup>126</sup> Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

juízo, no Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.356.384 – RJ<sup>127</sup>, onde o Ministro relator Sidnei Beneti entendeu como melhor proteção aos interesses da criança à perda do poder familiar.

#### 4.3.2 Mediação familiar

A mediação adentrou os entornos da relação familiar como forma de solucionar conflitos atinentes as relações parentais. Aprimorando de forma significativa os embates na seara familiarista. Advém no intuito de afastar o litígio desse contexto de relações muito mais afetuosas que racionais, fazendo com que os pais assumam suas responsabilidades, através de suas próprias decisões.

Sabe-se que a mediação é um meio consensual de solução do conflito, abrindo espaço para que as partes dialoguem e cheguem a um denominador comum, administrando as mesmas a questão.

Lília Maia de Moraes Sales traz que se trata de uma forma de solucionar embates, valendo-se de um terceiro, mediador, que agirá de maneira imparcial. Sendo os envolvidos no conflito que encontrarão a decisão, ou, ao menos, aquela que melhor contente seus anseios. O mediador assume nesse contexto apenas a função de auxílio, mas não de poder decisório, podendo ser escolhido ou aceito pelas partes.<sup>128</sup>

Ao aplicar a mediação nos casos de abandono afetivo se percebe a nítida possibilidade de solução, indo mais além, de reconstrução, pois o pai ou a mãe até então negligente, bem como o filho negligenciado, terão a oportunidade de manifestar as dores ou até mesmo motivos que os levaram a se afastar. É chance, portanto, de se oportunizar o diálogo entre genitor e prole, favorecendo a solução no próprio seio familiar.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald na abordagem desse assunto denotam a necessária sensibilidade ao lidar com os conflitos que permeia a entidade familiar,

---

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.356.384 – RJ. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 10 abr. 2012.

<sup>128</sup>SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 23.

devendo a resolução ocorrer da forma mais efetiva possível, primordialmente quando em um dos polos subsiste um menor, de modo a nos dizer os autores:

Com isso, é recomendável aos juízes de família, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de alguns dos interessados, se fazer valer do mediador familiar (normalmente, profissionais com formação interdisciplinar) para a obtenção de resultado mais seguro do conflito, garantindo a dignidade das partes e, principalmente, de crianças e adolescentes.<sup>129</sup>

A via judicial, nos tempos atuais, seria uma ultima alternativa, pois as soluções dos conflitos de interesse serão aqui posto pelo julgador, em que pese baseado no ordenamento jurídico, o que induz a uma maior possibilidade de desacerto ou injustiça. A mediação, como forma pacífica de solução, resulta em uma decisão mais justa para os envolvidos, já que são os mesmos que irão chegar a solução do problema em questão. Não haveria entre os mediandos a condição de adversário, mas de mútua responsabilidade.<sup>130</sup>

Não traria o Judiciário respostas eficazes quando diante de conflitos no Direito de Família, principalmente no que concernem as relações paterno/materno-filiais. A utilização da mediação familiar nessas espécies de conflito tem como expoente mais que positivo a ideia de manutenção do vínculo, o que favorece a proteção da entidade familiar, bem como maior segurança e efetividade no exercício daquilo que restou estabelecido. A intervenção estatal, por meio de práticas jurídicas, não consegue acompanhar a subjetividade envolvida nesse tipo de litígio, reputado, em maior grau, a esse aspecto a sua ineficiência.<sup>131</sup>

O Direito de Família como um todo tem como máxima a proteção da família, através da preservação da dignidade dos seus membros, garantindo direitos inerentes a personalidade. Frente a isso, não há como negar o perfeito “casamento” estabelecido entre a mediação e os conflitos de ordem familiar, mas especificamente em face do abandono afetivo, de modo a melhor priorizar o emocional das partes, bem como a prevenção de novos conflitos, isso se dá tendo em vista que o acordo decorre da conscientização dos próprios envolvidos, por meio de consenso.

---

<sup>129</sup>ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil – Direito das Famílias**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 6, p. 61.

<sup>130</sup>ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano moral e direito das famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: 2012, p. 154-155.

<sup>131</sup>VIEGAS, Cláudia Mora de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução do conflito paterno-filiais. **Revista Síntese de Direito de Família**.v. 15, n. 77, abr./mai. 2013, p .87-89.

Não há como deixar de ser pai ou de ser filho, devendo-se buscar, ao máximo, meios capazes de manter essa relação. Impossível é tal condição através da imposição de uma reparação pecuniária, sendo esta alternativa extremamente agressiva no contexto dessa relação. Com fulcro na preservação do vínculo familiar encontra-se na mediação a melhor forma de solução.

Ao mediar, pais e filhos, que, por vezes, possam nunca ter conversado, buscarão encontrar, valendo-se do diálogo, da cooperação, uma solução para a situação, o que favorecerá para reviver o elo indestrutível que os ligam, consubstanciando dessa maneira o que verdadeiramente se busca no Direito de Família, que é a proteção da dignidade e da personalidade, levando em conta a manutenção do vínculo afetivo como elemento central.

Há, por meio da mediação, o estabelecimento do vínculo jurídico, familiar e social. Voltando-se de forma a compreender melhor o indivíduo, seus direitos e deveres, sendo um vetor de exercício da cidadania. Acende o viés da autonomia da vontade do sujeito, podendo ser aplicado na seara familiarista como também em outros relacionamentos no âmbito social. Aqueles que se valem da mediação acaba por ser responsável pelas práticas de seus atos, vez que foram as próprias partes quem deliberou, emanando entre os mediandos a transferência de valores vinculados ao ideal de cidadania.<sup>132</sup>

A aplicação da mediação vem se tornando cada vez mais contundente no direito brasileiro, exemplo disso é a imposição consoante no novo Código Civil, em que não resta mais a critério das partes ou a discricionariedade do juiz a realização da audiência de mediação, passando esta a ser de caráter obrigatório quando diante de um conflito familiar, sendo os dispositivos que a determina os artigos 694<sup>133</sup>, 695<sup>134</sup> e 696<sup>135</sup> do novo Código de Processo Civil.

---

<sup>132</sup> THOMÉ, LianeMaria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 121.

<sup>133</sup> Art. 694. “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. (BRASIL. Lei nº 13.105 – Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 5 jun. 2015).

<sup>134</sup> Art. 695. “Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. § 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência. § 3º A citação será feita na pessoa do réu. § 4º Na

## 5. CONCLUSÃO

Frente a todas as abordagens realizadas nesse estudo, é evidente que a constitucionalização, colocando a Constituição como elemento superior, incide na seara familiar, fazendo com que esse ramo do direito tenha como norte princípios importantes como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

O abandono afetivo, como novo dano decorrente da objetividade assumida por ramos do Direito, existente pela ausência de afeto, gratuitamente negada pela mãe ou pelo pai, ou até mesmo de ambos, necessita de amparo, vez que tem em um de seus polos o interesse do menor abandonado, este protegido de forma incontestável no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se que falar em dever de cuidar não é o mesmo que incorrer na obrigação de amar, inserindo o viés obrigacional e o agir de maneira afetuosa de formas distintas. Apesar da defesa por parte da doutrina, já citada no decorrer desse trabalho, que aponta o afeto como obrigação a ser perseguida pelo genitor, não a que se dar caráter principiológico a afeição.

O amor, portanto, jamais poderia ser objeto de imposição legal, não havendo como obrigar alguém a amar, ou até mesmo vincular a ideia de cuidado ao agir afetuoso. É da natureza do sentimento a sua concessão por meio da gratuidade, do sentir desobrigado, não cabendo ao Judiciário perquirir tal situação.

Partindo desse pressuposto, se percebe que a aplicação da Responsabilidade Civil, pela incidência de seus pressupostos só seria imaginável quando do entendimento do afeto como dever jurídico. Possibilitando do seu descumprimento a configuração do evento danoso, baseado no cometimento de ato ilícito, sobre os entornos da culpa, desde que incida nexos de causalidade entre o dano e a conduta. Entretanto, não se coaduna essa pesquisa dessa posição, não vindo na aplicação subjetiva da responsabilidade civil o meio mais efetivo para resolver a problematização.

---

audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos".(BRASIL. Lei nº 13.105 – Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 5 jun. 2015).

<sup>135</sup> Art. 696. "A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito".(BRASIL. Lei nº 13.105 – Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 5 jun. 2015).

Que a ausência de amor, carinho, atenção, repercute na formação da criança ou adolescente é indiscutível, bem como não se discute a necessária aplicação de uma sanção. É sabido o quão necessário é a presença do genitor na construção da personalidade tanto social como psicológica do menor. Porém, não é o aporte em dinheiro o meio mais valioso de se solucionar uma demanda que tem como escopo sentimento fundado da égide do amor, da afeição.

A relação paterno/materno – filial não haveria como ser reconstituída se do possível abandono moral viesse como consequência à imposição de um dano meramente moral, pois se assim fosse, resultaria no pagar por não amar.

Não haveria com a reparação pecuniária, através da indenização, a incidência efetiva da função precaucional, ficando acentuada apenas o adendo da punição, esta aplicada por simples decisão do magistrado quando da imputação do *quantum* indenizatório, aquele que por negligência ou omissão negar convivência a prole.

Assim sendo, necessário é repensar a aplicação da Responsabilidade Civil quando tiver o abandono afetivo em questão, pois não seria esse um meio de solucionar o conflito familiar, mas sim de acedê-lo, não havendo no pagamento em dinheiro a possibilidade de reconstrução da relação.

E foi pensando assim que essa pesquisa se propôs a trazer dois outros instrumentos capazes de melhor sanar o conflito, quais sejam a perda do poder familiar e a mediação. O primeiro não poderá incidir de forma desordenada, tendo em vista a gravidade de sua aplicação, retirando do genitor todo poder moral e patrimonial exercido sobre o filho. E o segundo, e mais relevante, é um expoente bastante interessante e cada vez mais buscado no Direito brasileiro. A mediação vem assumindo posição, principalmente no Direito de Família, por ser um meio extremamente eficaz na tentativa de solução do embate familiar, pois se vale do diálogo entre as partes para que se encontre um denominador comum, ponderando os envolvidos os seus próprios interesses no intento de chegar a melhor forma de resolução.

Assim sendo, entende-se pela mediação como meio cabal para sanar conflitos de ordem familiar, por ter esse mecanismo do direito o consenso como elemento determinante. Logo, pais e filho atingidos por litígios decorrentes do abandono afetivo, poderiam, através do diálogo, que, em verdade, pode nunca ter existido,

encontrar uma solução, que terá grandes chances de culminar no restabelecimento paterno/materno-filial.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. APL 02823434720128190001/RJ 0282343-47.2012.8.19.0001, Nona Câmara Cível, Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza, Julgado: 16/04/2013.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPPELARI, Récio. **Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do direito**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, v.9, n. 46, fev./mar. 2008.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – Dos deveres constitucionais. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 5 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Bahia: JusPODIVM, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, V. 7.

Declaração da ECO 92. [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf). Acesso em: 26 mar. 2015.

**Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 2º Reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: objetiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.710/1990.** Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, V 3

\_\_\_\_\_. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB.** 10 ed, Bahia: JusPODIVM, 2012, v. 1.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. A perda de uma chance. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil.** São Paulo, v. 12, n. 85, set./out. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em uma perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade Civil.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>.

\_\_\_\_\_. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2015.

LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. O dano moral decorrente do abandono afetivo: uma história de dois lados. **Revista Síntese Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v.15, n. 81, dez./jan. 2014.

LEWICKI, Bruno. Princípio da Precaução: Impressões sobre o segundo momento\*. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Cord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios do Direito de Família Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, nº 35.

\_\_\_\_\_. **Direito de civil: família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Do poder familiar. **Revista Síntese de Direito de Família**. v. 13, n. 67, ago./set. 2011.

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

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais**. São Paulo: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2009.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Revista dos Tribunais. Vol. 761.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. 1 ed. Porto Alegre: Magister, V. 59, mar/abr.2014.

\_\_\_\_\_. **O dano moral na relação de emprego**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/estado/article/view/3639/3178>.

PÜSCHEL, Flávia Portela. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, V. 3, N. 2, jul – dez 2007.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71004502118, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 18/12/2013.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano moral e direito das famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: 2012.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil – Direito das Famílias**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 6.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 22, abril/junho 2005.

\_\_\_\_\_. São Paulo. Recurso Especial nº 1. 424. 304 - SP. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 11 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 614266, Terceira Turma Recursal Cível, Relator: ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Julgado em 18 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1.259.457/RJ, Segunda Turma, Ministro relator Humberto Martins, Julgado em: 13 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Rel. ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 04 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 1127913 / RS. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 04 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.354.536/SE. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 24 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Embargos de Divergência em REsp nº 1. 159.242 – SP (2012/0107921-6). Rel. ministro Marco Buzzi. Julgado em: 09 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, RESP 604801 / RS; RECURSO ESPECIAL (2003/0180031-4). Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 07 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 514. 350 – SP. Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Julgado em: 25 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 757. 411 – MG (2005/0085464-3). Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.356.384 – RJ. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 10 abr. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, v. 5.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70001615152. Sexta Câmara Cível. Relator: Cacildo de Andrade Xavier. Julgado em: 11/04/2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação de Indenização nº 141/1030012032-0. Segunda Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS. Juiz Mario Romano Maggioni. Julgado em 15 set. 2003.

THOMÉ, LianeMaria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão: os punitivedamages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001, v. 3.

VIEGAS, Cláudia Mora de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução do conflito paterno-filiais. **Revista Síntese de Direito de Família**. v. 15, n. 77, abr./mai. 2013.

WINOGRAD, Monah; TEIXEIRA, Leônia Cavalcanti. **Afeto e adoecimento do corpo: considerações psicanalíticas**.

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>. Acesso em 04 mai 2015.