

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA - UFJF**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PATRICIA MORGADO VILELA**

**DEVERES PARENTAIS, INTEGRIDADE E RESPONSABILIDADE  
CIVIL: o dano moral por abandono afetivo na sistemática  
constitucional pós 1988**

**Juiz de Fora  
2013**

**PATRICIA MORGADO VILELA**

**DEVERES PARENTAIS, INTEGRIDADE E RESPONSABILIDADE  
CIVIL: o dano moral por abandono afetivo na sistemática  
constitucional pós 1988**

Monografia apresentada à faculdade  
de Direito da Universidade Federal de  
Juiz de Fora - UFJF, como pré-  
requisito para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito sob orientação do  
Prof. Fellipe Guerra David Reis

**Juiz de Fora  
2013**

**PATRICIA MORGADO VILELA**

**DEVERES PARENTAIS, INTEGRIDADE E RESPONSABILIDADE  
CIVIL: o dano moral por abandono afetivo na sistemática  
constitucional pós 1988**

Monografia apresentada à faculdade de direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração de Direito Civil submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 29 de Setembro de 2013

---

Orientador: Prof. Fellipe Guerra David Reis  
UFJF

---

Prof. Dr<sup>a</sup> Kelly Cristine Baião Sampaio  
UFJF

---

Prof. Flávia Lovisi Procópio de Souza  
UFJF

## RESUMO

A presente monografia discursa acerca dos deveres parentais perante sua concepção no direito de família constitucionalizado, servindo de argumento para o cabimento do dano moral por abandono afetivo parental. O dano moral é delimitado pelo Instituto da Responsabilidade Civil que teve os seus pressupostos explicitados no primeiro capítulo da monografia. Apresenta as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao conceito de dano moral, revelando a importância de uma delimitação técnica jurídica para que este não caia em banalização. Por consequência apresenta a tese de um dano moral com base no princípio da dignidade humana e os substratos que o compõe, utilizando a violação da integridade psicofísica e da solidariedade para respaldar o dano moral por abandono afetivo parental. Delimita as hipóteses que caracteriza o cabimento do abandono afetivo parental, e da quantificação do dano moral. Por fim, apresenta jurisprudência que discorre sobre o tema.

**Palavras – chave:** Deveres parentais, Dano Moral, Abandono Afetivo, Integridade, Responsabilidade Civil.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. - Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988 (mil novecentos e oitenta e oito)

CC/02 – Código Civil de 2002 (dois mil e dois)

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Resp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
1. DEVERES PARENTAIS PERANTE SUA CONCEPÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL .....	8
1.1 Deveres Parentais e o Abandono Afetivo.....	8
1.2 O Instituto da Responsabilidade Civil para aferimento de danos morais. ....	12
2. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL À LUZ DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	16
2.1 O conceito de dano moral e a Integridade Psicofísica.....	16
2.2 Meios técnicos jurídicos de aferição do dano moral pelo abandono afetivo .....	19
3. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA .....	22
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

## INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constante mutação. Desta forma, os meios de se relacionar mudam, evolui, e em contrapartida o direito que regula as relações humanas tenta incansavelmente acompanhar as mudanças da sociedade.

Uma dessas mudanças decorre do Direito de Família. A família que conhecemos contemporaneamente é muito diferente de alguns anos atrás. A família hoje é conhecida por ser democrática baseada no respeito mútuo de cada ente familiar respeitando sua individualidade, sua liberdade, ao mesmo passo em que muitas vezes é preciso ser restringido essa liberdade individual para o bem da solidariedade familiar, sopesando os interesses contrapostos. Em decorrência dessa família democrática houve uma facilitação<sup>1</sup> do processo de separação judicial, prevalecendo, portanto, a liberdade individual e a igualdade dos cônjuges de não se estar mais com alguém em que não é mais suportável o convívio diário.

Em virtude deste novo modelo de formação de um núcleo plural familiar notou-se ser necessário proteger o melhor interesse da criança para que ela possa ter um crescimento físico e psicológico sadio, e o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Entretanto, este desenvolvimento resta comprometido muitas vezes pelo abandono afetivo parental decorrente do afastamento voluntário por um dos seus genitores, que não se sentem responsáveis por estes filhos derivados deste núcleo plural familiar.

Por consequência, o único meio de se obter alguma resposta a este abandono, é através do instituto da responsabilidade civil, pelo dano moral que a criança sofre ao ter a sua integridade psicofísica violada.

Entretanto, é controvertido o cabimento de danos morais nas relações de família e ainda mais no abandono afetivo parental, apesar da evolução e o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil. Por isto, o objetivo do estudo é a responsabilidade por abandono afetivo parental, que é a possibilidade de se ter uma indenização compensatória pelos danos sofridos em virtude da falta de convívio familiar por um dos genitores.

A pesquisa foi feita com base na leitura de livros, jurisprudências, artigos, e consulta à legislação, para se abordar as diversas posições sobre o assunto e assim apontar uma solução para o problema apresentado em função das contradições

---

<sup>1</sup> Madaleno, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 2012, p. 43.

jurídicas - tem caráter compreensivo e interpretativo pela análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

A monografia apresentará três capítulos, sendo que o primeiro e o segundo capítulo se subdividirão em dois subcapítulos e o terceiro apresentará jurisprudência relacionada ao tema.

# 1. DEVERES PARENTAIS PERANTE SUA CONCEPÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL

## 1.1 Deveres Parentais e o Abandono Afetivo

De plano, é preciso salientar a importância de se estabelecer os limites dos Deveres Parentais segundo a Constituição de 1988 e a sua concepção pelo Direito de Família, porque, através deles é que se fundamentará a aplicação do dano moral por abandono afetivo parental, em virtude da integridade psicofísica da criança e do adolescente explicitadas no capítulo seguinte.

O dever parental na atualidade é delineado pela Constituição baseado em princípios que normatizam um Direito Civil constitucionalizado.

A família com o passar dos anos evoluiu e não é mais o modelo tradicional de família patriarcal em que o “casamento era indissolúvel e em que os filhos deviam respeito e obediência aos pais mesmo depois de atingirem a maioridade, a família constituía uma instituição coesa a ser protegida contra tudo e todos<sup>2</sup>”. Com o advento do instituto da separação judicial, proferida pelo CC/02, facilitando o processo de separação, contribuiu para a formação de um novo modelo de família, que se tornou plural, composto por pessoas que se unem pelo vínculo da socioafetividade, famílias recompostas ou monoparental. Estes membros da família plural relacionam-se no plano da liberdade, igualdade e solidariedade formando uma família democrática<sup>3</sup>. Entretanto, para que haja a liberdade e a igualdade nas relações familiares, ela deve ser dotada de direitos que se coadunam no respeito mútuo e na individualidade de cada ente familiar protegendo a dignidade humana.

A dignidade humana é princípio fundamental, que garante o mínimo existencial do ser humano, e é direito humano reconhecido e positivado conforme o art. 1º, inciso III, da CF/88, e em seu art. 226, § 7º (parágrafo sétimo) a dignidade humana garante sua aplicação ao direito de família, conforme o disposto a seguir.

---

<sup>2</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Deveres parentais e Responsabilidade Civil*, Porto Alegre, IBDFAM, 2005.

<sup>3</sup> SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Natureza jurídica da família contemporânea e sua repercussão no fundamento ético jurídico do direito- dever aos alimentos entre ex-cônjuges no sistema jurídico brasileiro*. Uberlândia, CONPEDI, 2012.

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

Conforme dispõe o artigo supracitado, o planejamento familiar está amparado pela dignidade humana e pela paternidade responsável<sup>4</sup>. Rolf Madaleno fala do direito de família sob a luz do direito constitucional.

Em verdade, a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.<sup>5</sup>

Amparado por esse suporte constitucional, os deveres parentais também vão ser definidos pela CF/88, assim como legislação infraconstitucional. O art. 227 da CF/88 vai determinar o que é a paternidade responsável através dos deveres parentais.

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.

Em seguida, o artigo 229 da CF/88 reitera: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Conforme o previsto nos artigos, essas são as garantias fundamentais mínimas para que a criança e o adolescente cresçam em pleno desenvolvimento físico e mental à luz da dignidade humana. Assim, também dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 3º que:

---

<sup>4</sup> MADALENO, Rolf. *Op.cit*, p. 41.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.42

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.

E em seu art. 22, o ECA imputa aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Dever este, corroborado pelo CC/02 disposto no art. 1566, inciso IV, competindo a ambos os cônjuges o sustento, guarda e educação dos filhos.

O Código Civil, no artigo 1630 prevê também, que os filhos enquanto menores estão sujeitos ao poder familiar, e em consequência subentendem-se as responsabilidades advindas do poder familiar corroborada pelo artigo 1634 do CC/02, competindo aos pais dirigir-lhes a criação, educação e tê-los em sua guarda e companhia.

Conforme o demonstrado, a CF/88 e o ECA adotaram a doutrina jurídica da proteção integral da criança e do adolescente. “A proteção, como prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento<sup>6</sup>”. Essa doutrina tem o condão de proteger a criança e o adolescente da negligência dos pais, não somente por um dever de fazer, mas também por um ato omissivo, um exemplo é a perda do pátrio poder pelo responsável que deixa os filhos em situação de abandono (art. 1638, inciso II). Neste caso o Estado toma a responsabilidade para si, por tirar uma criança do convívio dos pais, sendo obrigação da sociedade denunciar em qualquer caso de abandono ou de abuso contra o menor. Mas assim age o estado, por entender que o convívio familiar neste caso é mais prejudicial à formação da criança do que o seu afastamento. Desta forma, o estado age para proteger o melhor interesse da criança, e satisfazer suas necessidades e não punir os pais pela negligência no dever de cuidado.

A doutrina do Direito de Família também se posiciona favoravelmente a este dever e responsabilidade dos pais para com seus filhos, como o exposto a seguir.

---

<sup>6</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de. *Responsabilidade Civil dos Pais por Negligência na Educação e Formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado*. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: IBDFAM e Del Rey, 2004

Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor. Os adultos estão naturalmente encarregados de velar por seus filhos no mais amplo da expressão. Os pais tem o dever, e não a mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia. Os filhos menores e incapazes são naturalmente frágeis, indefesos e vulneráveis, carecendo, portanto, de uma especial proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais. Sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental<sup>7</sup>.

A partir do descrito acima, pode-se dizer que os pais têm um dever jurídico, não só moral<sup>8</sup>, de cuidado com sua prole. Os pais são responsáveis pelos filhos que geraram e o termo responsabilidade é o que melhor define essa relação, porque a criança não pediu para vir ao mundo, e esta só existe em virtude de um ato exclusivo dos próprios pais, e as pessoas são responsáveis pelos atos que praticam. Além disto, apesar de na família contemporânea se ter uma relação de liberdade e igualdade entre os entes, essa igualdade é substancial entre os pais e os filhos, uma vez que este não se encontra em igual patamar, além de ser vulnerável, é dependente e necessita de cuidado. O dever dos pais vai além da obrigação de custear a criação dos filhos. A sua presença é imprescindível para o pleno desenvolvimento sadio, físico e psíquico, para que assim a criança possa desenvolver sua personalidade. Os pais não são obrigados a amar os seus filhos, porque isto é uma faculdade – não existem meios de se obrigar uma pessoa a amar outra – entretanto os pais tem o dever de cuidar dos filhos que geraram, porque estes só existem em virtude de um ato exclusivo dos próprios pais. Portanto, pode-se dizer que o abandono dos pais é caracterizado, pela omissão, negligência, renúncia, e que o afeto é o cuidado, a educação, a convivência familiar, e não somente o amor e o carinho.

É importante salientar esse dever jurídico e moral, porque em detrimento de resquícios do patriarcalismo e do Código Civil de 1916, em que não se era possível o registro e reconhecimento de um filho fora do casamento, muitos pais e homens

---

<sup>7</sup> ROLF, Madaleno. *Op.cit*, p. 422

<sup>8</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina; *Deveres*, *op.cit*.

não se sentem responsáveis por um filho adquirido de uma relação eventual ou extraconjugal, portanto não teriam obrigações a cumprir. Com o Código Civil de 2002, o advento do teste de DNA e sua admissibilidade para comprovação de paternidade ficou mais fácil o seu reconhecimento, porque quando o pai se nega a fazer o exame é presumida a sua paternidade, em consequência é obrigado aos deveres alimentares. Entretanto, com relação ao convívio familiar, ao cuidado, à presença não existem meios para que faça com que esses pais entendam sua importância e responsabilidade na criação dos filhos, restando para o outro genitor todo o encargo da educação.

Até o presente momento falamos da responsabilidade dos pais com relação a um dever em prol dos filhos, que é de suma importância para que se entenda que o não cumprimento deste dever – que é o cuidado - enseja outro tipo de responsabilidade: o dever de indenizar os filhos por dano moral ou material em virtude deste abandono. Contudo, o enfoque deste estudo é o dano moral pelo abandono afetivo parental, por haver divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu cabimento, enquanto o cabimento do dano material resta regulamentado e consolidado. O Instituto da Responsabilidade Civil é quem regulamenta os danos indenizáveis e será estudado a seguir.

## **1.2 O Instituto da Responsabilidade Civil para aferimento de danos morais.**

A responsabilidade civil é o instituto jurídico que trata dos danos indenizáveis. Ela é uma relação jurídica regida por princípios e regras e depende efetivamente do dano. Hoje, há consenso em se considerar a responsabilidade civil a “obrigação de reparar um prejuízo causado a outrem<sup>9</sup>”.

A responsabilidade civil primariamente admitida no Código Civil de 1916 sob influência do Código de Napoleão, tinha como base de aferimento o ato ilícito decorrente de culpa do agente que o cometeu, e somente neste sentido era admitido algum tipo de indenização, não existia o dano moral, apenas o material.

---

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 804

Com o passar dos anos e o desenvolvimento tecnológico, os meios de se causar um dano aumentaram, em consequência o número de pessoas a sofrer danos também. E por muitas vezes o ônus de se provar a culpa ser de extrema dificuldade, deixando determinados ofensores sem sanção, contribuiu para a evolução da responsabilidade civil, e no século XX, inverteu-se o foco que deixou de ser do agente causador do dano para dar o mais amplo amparo à vítima do evento danoso.

Hoje, a vítima, que é a pessoa que sofreu o dano, é o enfoque da responsabilidade civil, e a doutrina vem admitindo cada vez mais meios de salvaguardar a compensação pelos danos sofridos.

Antes da CF/88, não havia regulamentação para os danos morais, havendo muitas dúvidas sobre o seu cabimento, e por consequência, os tribunais não admitiam esse tipo de reparação, alegavam que a dor humana não tem preço. Com a CF/88 em sua Carta Política, determinou haver a possibilidade de reparação por dano moral elevando-a ser garantia de direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso V, encerrando de uma vez a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de seu cabimento<sup>10</sup>. Advindo de discussões remanescentes quanto ao dano moral, o STJ consolidou na súmula número 37 a possibilidade de cumulação de dano moral e material pelo o mesmo fato.

Em 2002, com a promulgação do novo Código Civil é que finalmente foi regulamentada a reparação por danos morais e o Instituto da Responsabilidade Civil que rege o ordenamento atual. A responsabilidade civil tem como cláusula geral o art. 927 do CC/02, combinado com os art. 186 e 187 também do CC/02 que discorrem sobre a figura do ato ilícito.

Entretanto há divergência quanto ao cabimento do Instituto da Responsabilidade Civil para aferição de danos morais nas relações de família. O deputado Ricardo Fiúza, fez um projeto de lei (PL 6960/2002) propondo a introdução de um §2(parágrafo segundo) no art. 927 do CC/02 especificando que os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família. O projeto não foi aceito, com o argumento de que como o art. 927 do CC/02 é cláusula geral, o

---

10 MADALENO, Rolf. *Op.cit* p. 337.

parágrafo § explicita o óbvio<sup>11</sup>, sua aplicação é para todo o ordenamento, da mesma forma para o Direito de Família. E este é o entendimento jurisprudencial, de que o instituto da responsabilidade civil regula as relações de família, entretanto só é cabível nas hipóteses em que decorrem de ato ilícito do art. 186 do CC/02 combinado com o art. 927 do CC/02, preenchendo os requisitos pressupostuais. Há aqueles que entendem que além das hipóteses do art. 927 combinado com o art. 186 do CC/02, cabe também nas relações de família o dano moral por um descumprimento inerente da relação familiar, como um descumprimento conjugal, por exemplo, entretanto, este entendimento é doutrinário. Por fim, uma terceira corrente que afirma não haver o dano moral por abandono afetivo, porque não se pode compensar a falta de afeto, a presença do pai, com indenização pecuniária.

Entretanto para haver a obrigação de indenizar é necessário que haja um fato antijurídico, um dano e um nexo causal, estes são os pressupostos da Responsabilidade Civil.

O fato antijurídico é a contrariedade ao direito, é o ato lesivo, em que o seu efeito é causar lesão a um direito de outra pessoa. A antijuridicidade engloba o ato lesivo e o ato ilícito, e este decorre de conduta culposa, art. 186, CC/02, que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ou do art. 187, CC/02 que decorre de um abuso de direito e diz: “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”.

O dano é a lesão propriamente a um bem jurídico tutelado e é o motivo da existência da responsabilidade civil.

O nexo causal é a ligação que em decorrência de um ato antijurídico provocou o dano. Ou seja, é preciso que o dano sofrido decorra daquele ato antijurídico ou ilícito, é a relação entre a causa e o efeito. Dentro no nexo causal há também o nexo de imputação que é quem suportará a responsabilidade civil, ou seja, é quem praticou o ato antijurídico e lesivo. Esta é a teoria da causalidade do dano direto e imediato. Então é preciso que se tenha uma pessoa que pratique um ato lesivo, e deste ato lesivo decorra em um dano.

---

<sup>11</sup> 11 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit* p. 816.

Nas relações de família a responsabilidade é subjetiva, porque depende de uma conduta culposa voluntária omissiva ou comissiva de um dever não cumprido que decorra de um ato ilícito *strictu sensu*. A culpa é o erro de conduta que se manifesta na negligência, imprudência e imperícia e depende da análise do que venha a ser conduta ideal, que são os chamados *standards* de conduta, na análise de cada caso, e não mais no comportamento do *bonus pater familias*<sup>12</sup>, que é a figura do homem médio. Assim é permitido um juízo de proporcionalidade do comportamento humano. É respaldado pela cláusula geral de Responsabilidade Civil subjetiva que é o art. 927 do CC/02 que diz: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Cabe ressaltar que a responsabilidade civil tem em sua prioridade o caráter de ressarcir os danos que a vítima sofreu, baseado no princípio da reparação integral do dano. A vítima recebe esta indenização por causa do dano injusto que sofreu. Portanto, “a ideia consiste atribuir ampla proteção à vítima, empregando-se todos os esforços para fazê-la retornar ao *status quo* anterior ao prejuízo<sup>13</sup>”. Entretanto, não é sempre que é possível retornar a vítima ao *status quo* ante ao dano sofrido. Por isso que a indenização assume muitas vezes o papel compensatório, por não conseguir ser reparatório, ampara ao máximo a vítima por todos os danos sofridos.

Podemos concluir que há sim a possibilidade de indenização por danos morais por abandono afetivo parental pelo instituto da Responsabilidade civil. Porque o pai<sup>14</sup> que negligencia o convívio com seu filho, à educação, ou seja, por ação voluntária é omissivo com os deveres parentais, descritos anteriormente, comete um ato ilícito, e se deste ato ilícito decorre em um dano à integridade psicofísica da criança, esta pode requerer sim, os danos morais sofridos. Temos, portanto, a conduta culposa que gerou o ato ilícito, o dano sofrido, e o nexo de causalidade.

---

<sup>12</sup> CARVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 53.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit* p. 859

<sup>14</sup> Pai em sentido amplo, porque cabe tanto a figura paterna, quanto à materna.

## 2. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL À LUZ DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

### 2.1 O conceito de dano moral e a Integridade Psicofísica

O grande problema que se encontra nas jurisprudências em se admitir o dano moral por abandono afetivo parental é porque sua aplicação em demasia geraria uma banalização dos danos morais formando a chamada “indústria do dano moral”, isto ocorre porque existe uma facilidade em se ter o acesso da justiça nas causas de dano moral por conta da gratuidade, por consequência ensejaria grande demanda de ações por pessoas que possuem apenas o interesse pecuniário da ação, visando o ganho fácil, dando causa a um enriquecimento ilícito. Porém, este medo ocorre pelo desconhecimento de conceitos técnicos jurídicos e objetivos que delimitam a sua aplicação. Uma vez delimitados, eles irão impedir que os danos morais caiam em banalização. Isto é importante, porque os danos morais é um dos meio efetivos de garantia à dignidade humana, devendo ser preservado.

A doutrina precisa estabelecer quais são esses critérios específicos para definir o que é dano moral. Os autores, normalmente, definem de acordo com a lição de René Savatier<sup>15</sup> de que o “dano moral é todo o sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”, o que é muito amplo, pois nem toda lesão a um bem não material é reparável.

Ante a dificuldade de estabelecer critérios para definir o dano moral, existem quatro correntes que tentam trazer à luz esse conceito: para a primeira, ele seria a “reparação de violações causadas a direitos de personalidade”, esta corrente é o conceito de José de Aguiar Dias<sup>16</sup>, entretanto, tal corrente restringe a figura do dano moral a uma lesão direta à personalidade.

Para a segunda corrente, seria o “efeito não patrimonial da lesão a um direito subjetivo”<sup>17</sup>, esta corrente foi conceituada pelo STF em um dos seus julgados,

---

<sup>15</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Deveres*, op.cit.

<sup>16</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil – Constitucional dos danos Moraes*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p. 39

<sup>17</sup> *Idem*

externando assim uma maior amplitude do conceito, mas limitando-o ao âmbito do direito subjetivo.

A terceira corrente, sustentada por Sérgio Carvalieri<sup>18</sup> define o dano moral como “dor, sofrimento, tristeza, humilhação, angústia”, confundido, portanto, a lesão com seu efeito. Esta corrente, não é suficiente, porque não é toda vez que um abalo psíquico causado pelo dano moral irá se externalizar na dor e na angústia.

Por fim, a última corrente elaborada por Maria Celina Bodin de Moraes, define o dano moral como “afronta ao princípio da dignidade humana” concretizado pela aplicação da cláusula geral de tutela da pessoa humana nos arts. 1º, inciso III e 3º, inciso I da CF/88. Ela recorre à filosofia Kantiana para explicar o que seria esse afrontamento à dignidade da pessoa humana formando o substrato de suas idéias, na liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Kant considera que a humanidade das pessoas reside no fato de elas serem racionais, de serem dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, e que será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa a condição de objeto. O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrada nos seguintes postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado.<sup>19</sup>

Portanto, o dano moral será a lesão a um interesse juridicamente tutelado, devendo ser observado em que aspecto ele foi lesado (igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade) e não nos efeitos que causou como a dor, humilhação. Porque somente assim, que poderá ser identificado o interesse da vítima, e se este é merecedor de tutela.

E em casos concretos a dignidade humana, composta por princípios que possuem a mesma hierarquia, podem contrastar-se devendo ser aplicado a regra de ponderação de interesses que será vista à frente. E será com base neste conceito formulado por Maria Celina Bodin de Moraes é que iremos justificar o dano moral por abandono afetivo parental, à luz da Integridade Psicofísica da criança e o adolescente vitimado pelo abandono parental.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 43

<sup>19</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Deveres*, *op.cit.*

No direito de família como já falado se tem os princípios da dignidade humana que norteiam as relações de família. Entretanto o princípio da solidariedade é que define com mais clareza de como os seus entes devem comportar entre si.

O princípio da solidariedade se manifesta através de uma paulatina conscientização de que a família, dotada de funções próprias, deve conformar-se em suas atribuições a atender aos interesses de todos os membros, em que não mais alguns cederiam parcela de sua liberdade e de sua igualdade em prol da instituição familiar, mas sim caberia a todos, e, principalmente aos pais, ceder parcela de sua liberdade para a realização de interesses comuns, converge-se para a concretização do princípio da solidariedade. Daí o conteúdo relacional da família<sup>20</sup>.

Na relação de família temos um conflito de princípios; de um lado temos a liberdade dos pais de fazer o que bem entenderem, e da parte dos filhos temos a integridade psicofísica que no direito civil compete à garantia dos direitos de personalidade, compreendendo o bem estar físico, psíquico e social que deveria ser norteada pela solidariedade familiar - portanto, o abandono afetivo parental fere a integridade psicofísica da criança e a solidariedade familiar, comprometendo o seu desenvolvimento sadio.

Com base no entendimento de que a demanda da ação por abandono afetivo, então, não é um mero interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse no dever normativo dos pais de cuidar, educar e criarem seus filhos, com base nos deveres parentais do capítulo anterior, pode-se fazer a ponderação desses princípios.

O Estado ao normatizar um Direito de Família constitucionalizado, estabelece os princípios que norteiam o direito de família e, muitas vezes, estes possuem igual importância hierárquica. Entretanto, pode-se estabelecer uma regra de prevalência na ponderação desses princípios contrapostos. Primeiro é analisado se existe regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes e inexistindo tal regra, a ponderação é feita pela “comparação entre o merecimento de tutela que o ordenamento jurídico reserva, e em concreto, aos interesses da vítima e do pretense responsável<sup>21</sup>”. O princípio da solidariedade diz que apesar de sermos seres livres, com autodeterminação, na família esta liberdade é cedida para o bem comum, para

---

<sup>20</sup> SAMPAIO, Kelly Cristine Baião, *op.cit.*

<sup>21</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros ad Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.155.

o interesse dos filhos. Pode-se dizer que deste princípio deriva a regra legal dos interesses conflitantes. Ao mesmo tempo, como mencionado no primeiro capítulo, o ordenamento reserva aos filhos incapazes o merecimento de tutela dos pais, do estado e da sociedade.

Os filhos incapazes são seres vulneráveis, dependentes - não escolheram vir ao mundo - e encontra-se em situação de desigualdade em relação aos atos exclusivos dos seus pais. Portanto, quando se sopesam esses princípios, a integridade psicofísica do menor prevalece em relação à liberdade dos pais. Cabendo sim o dano moral sofrido por abandono afetivo parental por esta violação à integridade psicofísica da criança e do adolescente

## **2.2 Meios técnicos jurídicos de aferição do dano moral pelo abandono afetivo**

É preciso delimitar também quais são as hipóteses que caracterizam o abandono afetivo, porque não é qualquer abandono que ensejará na obrigação de compensar, estabelecendo assim meios técnicos e objetivos para que não se banalize este tipo de dano.

Segundo Maria Celina<sup>22</sup>, haverá situações em que o nexo de causalidade será interrompido. Primeiro, ela diz que quando o pai não tinha ciência da existência do filho porque a mãe lhe omitiu a paternidade, e depois não se negou a reconhecer o filho em ação judicial, não se pode dizer que existe o abandono, porque o pai não agiu com culpa. Entretanto, quando o pai protela o reconhecimento do filho, este age com culpa negligenciando o convívio familiar e devido à natureza declaratória da ação de paternidade, sendo os efeitos retroativos *ex tunc*, não se pode falar que a condição de filho era inexistente para não se atribuir a compensação<sup>23</sup>. Depois ela fala que quando a mãe dificulta na aproximação entre pai e filho, no caso de uma alienação parental, por exemplo, ou qualquer outro comportamento, também não se pode aferir a culpa pelo abandono ao pai, interrompendo assim o nexo de causalidade.

---

<sup>22</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Deveres*, *op.cit.*

<sup>23</sup> *Ibidem*

Em uma terceira hipótese, diz também que quando houver uma figura substituta no desenvolvimento da criança, suprimindo essa necessidade presencial da figura paterna e materna, podendo ser um padrasto, adoção, ou às vezes compensado pelo avô, não configura em dano por abandono afetivo parental, porque para caracterização deste é preciso o dano à integridade psicofísica, o que não ocorreu pela presença da figura substituta. Entretanto, no caso da figura substituta do padrasto, é uma situação a ser analisada no caso concreto, porque muitas vezes a criança pode não aceitar a presença imposta pelo seu genitor, mantendo a caracterização do abandono afetivo.

Outra questão a ser abordada para deferimento do dano moral é com relação aos meios probatórios. A doutrina difere se há a necessidade de prova pericial para se averiguar os danos psicológicos ou se eles seriam *in re ipsa*.

O dano moral *in re ipsa* é aquele inerente ao fato, sendo notório, portanto não é preciso comprovar o dano, apenas o fato. Isso, não quer dizer que independe de prova, a diferença aqui, é que se faz a prova do fato e não do efeito lesivo, que é o sofrimento, a dor. O STJ, em sua jurisprudência consolidada entende que no dano moral de uma forma geral é *in re ipsa*.

Maria Celina defende que no caso do abandono afetivo parental, o dano seria *in re ipsa*, não precisando de prova pericial de dano psicológico sofrido. Assim é o seu entendimento, porque o fato de se ter lesão à integridade psicofísica da criança, e ao princípio da solidariedade familiar é violação gravíssima ao Estado Democrático de Direito suficiente para se ter o dano moral, portanto é um fato notório, com base no entendimento da psicologia moderna. “De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa mais de comprovação<sup>24</sup>”.

Entretanto, cabe ao réu fazer a prova em contrário e tentar comprovar que se ocorreu o abandono, este não se deu por culpa exclusiva sua, desta forma, a obrigação de indenizar se exclui pela falta de nexo causal.

Por fim, temos a discussão do *quantum* indenizatório nos danos morais. Entende-se que os danos morais devem respeitar o princípio da reparação integral do dano sofrido, presente no art. 944 do CC/02. Entretanto, nos casos de dano moral é quase impossível que a indenização retroaja a vítima ao *status quo* antes do

---

<sup>24</sup> *Ibidem*

dano sofrido. Portanto, assume aqui o caráter compensatório que é a ideia da ampla proteção à vítima nos novos moldes da responsabilidade civil. Como não tem condições de reparar, compensa-se a vítima para que esta não fique sem a indenização pelo dano sofrido. Por consequência, diferentemente dos danos materiais, não tem como se delimitar o *quantum* pelo estado da vítima anterior ao dano, e depois do dano, pela diminuição do patrimônio em virtude da perda pecuniária.

Maria Celina diz que para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a gravidade do dano (pode ser dano leve ou grave); as condições pessoais da vítima, que no caso, é relacionado aos seus pais biológicos; e a situação socioeconômica paterna, porque segundo princípio geral da matéria há o entendimento de que a prole deve compartilhar a posição social e econômica dos seus genitores para evitar o enriquecimento ilícito. Essa quantificação deve ser explicada pelo juiz na motivação do *quantum debeatur*, que nada mais é que a quantia devida, isto para que não ocorram injustiças na determinação da indenização.

Existem aqueles que querem atribuir o caráter punitivo aos danos morais. Entretanto, o caráter punitivo não é compatível nas relações de família. Porque admiti-lo poderia causar insegurança jurídica em consequente mercantilização das relações existenciais. Portanto a ideia não é punir o pai, mas compensar o filho pelos danos sofridos.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A seguir será apresentado jurisprudência favorável ao tema da monografia e voto da Ministra Nancy Andrighi em que esta foi relatora. Em seu voto, ela faz uma análise sobre a aplicação do dano moral pelo abandono afetivo parental, mantendo a decisão do TJSP que defere o dano moral, entretanto defere parcialmente o recurso especial interposto pelo pai, reduzindo o *quantum* da indenização.

#### EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.<sup>25</sup>

#### VOTO DO RELATOR

---

<sup>25</sup> STJ – Resp nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 10/05/2012.

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

#### 1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

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

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,<sup>o</sup> V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

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

## 2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

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

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a

necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

## 2.1. Da ilicitude e da culpa

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

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

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos,

normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: ' o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

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

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional

que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. A criança e o seu mundo. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **“(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”**.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

**Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.**

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento

dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

**Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.**

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

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (qui iure suo utitur neminem laedit).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar

que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

## 2.2 Do dano e do nexa causal Documento:

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexa causal.

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

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

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas

ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

### 3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados. Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - razão pela qual o reduzo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.

Considerações sobre o voto da Ministra Nancy Andrichi:

Assim, como na monografia apresentada, Nancy Andrichi começa o seu voto ponderando quanto à aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações de família. O voto da relatora reitera o posicionamento disposto no subcapítulo 1.2, de não haver limites quanto à aplicação da responsabilidade civil nas relações de família, desde que se preencham os requisitos do art. 927 e 186 do CC/02. Pondera também que a punição dos pais pela perda do pátrio poder não afasta a

possibilidade de compensar os filhos pelos danos sofridos, isto porque esta ação é tomada para o melhor interesse da criança, para que recebam o que fora negligenciado pelos pais. Entretanto, é preciso ressaltar que segundo os critérios apresentados na teoria da Maria Celina; esta entende que quando da perda do pátrio poder resultar em adoção, assim tendo a criança uma figura substituta que preencha o necessário para o seu pleno desenvolvimento, não caberá o dano moral por abandono afetivo parental.

No segundo item de seu voto, a Ministra fala da tríade que configura a responsabilidade nas relações de família que é subjetiva; que são a culpa, o dano e o nexos causal e dá ênfase à dificuldade de se estabelecer o dano moral nas relações de família por conta da subjetividade e da gama de sentimentos envolvidos nas relações familiares. Contudo ela atribui o dano moral pelo liame existente na relação paterno-filial de responsabilidade. Ela pondera que as pessoas são responsáveis por suas ações, portanto se um pai coloca um filho no mundo, ou adota, ele se torna responsável por esta criança. Quando descumprido este dever de responsabilidade caracterizado pelo dever de cuidado se teria o dano moral.

Para Maria Celina, a caracterização do dano moral se torna mais fácil se apenas visualizado como uma violação à dignidade da pessoa humana em seus substratos, quais sejam a liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade. Para ela, independem os sentimentos advindos da violação de um direito, por muitas vezes ser difícil externalizá-los, basta que se tenha a violação à um dos substratos da dignidade humana, e neste caso, como já mencionado, ocorre uma lesão à integridade psicofísica do menor e da solidariedade familiar. Desta forma, fica mais fácil se estabelecer quando ocorre o dano moral, justamente pela complexidade que são os sentimentos humanos, ainda mais na seara familiar.

Em seguida, a relatora fala da necessidade de se ter a culpa por uma ação ou omissão que causará um prejuízo à terceiro para a configuração do dano moral. A culpa é de extrema relevância neste caso, e ela deve ocorrer por uma ação voluntária omissiva caracterizada pela negligência, ou por um dever de agir que não é cumprido. Quando se descumpre este dever legal se tem um ilícito civil, ou seja, a culpa pela omissão ou comissão, constitui um ilícito civil passível de reparação.

Para a relatora, este dever legal é o dever de cuidado que os pais têm para com os seus filhos. Nesta monografia, apresentamos os deveres parentais no primeiro capítulo, e a Ministra reitera que apesar de não se ter a expressão dever de

cuidado no nosso ordenamento, está contida em várias disposições como o art. 227 da CF/88, que fala do convívio familiar, da educação, alimentação. A ministra também atenta ao fato do cuidado ser imprescindível para o desenvolvimento físico, psíquico e da personalidade do menor, para que este se sinta integrado à sociedade. Corrobora a ideia de que não se cabe discutir a tutela do amor no abandono afetivo, uma vez que a situação ultrapassa os sentimentos, “amar é faculdade, cuidado é dever”. Este dever legal de cuidado decorre da liberdade dos pais de constituírem filhos ou os adotarem.

A ministra fala também das hipóteses em que não se configura o abandono afetivo. Ao seu entendimento isto ocorre quando não se tem a comprovação da culpa do agente pelo abandono afetivo, sem a culpa não se tem ilícito civil reparável na responsabilidade subjetiva. Portanto deve-se observar as circunstâncias que ocasionou o abandono afetivo, no caso de alienação parental, por exemplo, não se pode culpar um dos genitores pelo abandono. Maria Celina vai além, e delimita melhor esta interrupção do nexo causal explicada no subcapítulo 2.2 desta monografia.

Por fim, a Ministra disserta com relação ao nexo causal e a comprovação do dano. É preciso que o abandono afetivo culposamente dos pais cause danos à sua filha. Neste caso, ficou demonstrado o abalo psicológico pelo abandono sofrido, por laudo feito por especialista. Ela reitera ser evidente a dor, humilhação, que perpetuam nas memórias da filha, apesar de terem sido superados, portanto o dano é *in re ipsa*, derivado do fato.

Entretanto, conforme visto, Maria Celina entende não ser necessária a comprovação do dano moral sofrido por laudo psicológico. Para ela, não é preciso que se comprove a dor, ou que o abandono configure uma patologia irreversível. O dano moral é *in re ipsa*, porque deriva do fato, e este fato tem que ser notório. No caso do abandono afetivo, o fato é notório por lesar a integridade psicofísica dos filhos e a solidariedade familiar, substratos que compõem a dignidade humana e respaldam o próprio ordenamento, indo de encontro ao Estado Democrático de Direito. Basta, portanto, que se comprove a culpa pelo abandono afetivo parental.

Em última análise a relatora abaixa a quantificação do dano moral por ter sido um valor exorbitante, respeitando o entendimento de que a ação não tem caráter pecuniário, mas compensatório, e como vimos, a quantificação deve respeitar a situação financeira dos pais para se evitar um enriquecimento ilícito.

## CONCLUSÃO

A delimitação dos deveres parentais pela Constituição Federal e Direito Civil foi de suma importância porque ela determina um dever jurídico normatizado dos pais para com os seus filhos, de carinho, afeto, guarda, cuidado, convívio familiar, educação, para que o menor possa crescer com pleno desenvolvimento físico, psíquico e social. Deste modo, a omissão dos deveres parentais por um dos seus genitores constitui um ilícito civil.

A Constituição determina também, como deve se relacionar a nova família contemporânea, baseada na igualdade, liberdade e solidariedade entre os seus entes, diferentemente do Código Civil de 1916, onde imperava o patriarcalismo.

O Instituto da Responsabilidade Civil, por sua vez, vai nortear a aplicação dos danos morais nas relações de família. Determina que nas relações de família a responsabilidade é subjetiva, que depende de culpa, e é preciso preencher os requisitos pressupostuais que são a culpa pela omissão ou comissão voluntária constituindo o ato ilícito, o dano, e o nexo de causalidade para que se confira o dano moral.

O dano moral é norteado pelo princípio da dignidade humana que compõe os substratos da igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. Desta forma, o dano moral é todo aquele que lesa, pelo menos, um dos substratos da dignidade humana.

Os substratos do dano moral, por se tratarem de princípios de igual hierarquia, devem ser ponderados quando contrastados. É o que ocorre para aferimento do dano moral por abandono afetivo parental, porque as liberdades individuais dos pais são limitadas em virtude da integridade psicofísica dos filhos e da solidariedade familiar.

A fixação de critérios técnicos jurídicos objetivando a aplicação do dano moral por abandono afetivo parental foi de extrema importância para explicar que o dano moral pode ser aferido no direito de família sem que ocorra uma banalização. Deste modo o dano moral por abandono afetivo parental pode ser conferido sem medo de fomentar pretensões patrimonialistas pela “indústria do dano moral”.

Podemos concluir que a doutrina vem evoluindo para que se resolvam os problemas com relação à falta de responsabilidade dos pais com seus filhos. E é de

extrema importância este assunto, porque se queremos viver em um mundo desenvolvido, humanizado, é preciso cuidar da educação dos menores, e estes só se desenvolvem plenamente no amplo convívio familiar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscilla Araújo. *Responsabilidade civil por abandono afetivo*. 04 setembro 2012. Disponível em: < <http://www.gontijo-familia.adv.br/artigo-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo/> > Acesso em 21 de Agosto de 2013.

BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 21 de Agosto de 2013.

BRASIL, Congresso Nacional. Código Civil Brasileiro: Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) > Acesso em 21 de Agosto de 2013

BRASIL, Congresso Nacional. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei Nº 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) > Acesso em 21 de Agosto de 2013.

CARVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

FONTINELE, Karoline; COELHO, Marina. *A responsabilidade civil no âmbito do Direito da Família e abandono afetivo parental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3485, 15 jan. 2013. Disponível em: < [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Karoline\\_Fontinele/Abandono%20afetivo%20responsabilidade%20civil%20Direito%20de%20Familia.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Karoline_Fontinele/Abandono%20afetivo%20responsabilidade%20civil%20Direito%20de%20Familia.pdf) > Acesso em 21 de Agosto de 2013.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Responsabilidade Civil dos Pais por Negligência na Educação e Formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado*. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: IBDFAM e Del Rey, 2004.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil – Constitucional dos danos Moraes*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais e relações de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 31, p 39 e seguintes, agosto/setembro de 2005.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. OLIVEIRA, Fabrício de Souza. *Natureza jurídica da família contemporânea e sua repercussão no fundamento ético jurídico do direito-dever aos alimentos entre ex-cônjuges no sistema jurídico brasileiro*. Uberlândia, CONPEDI, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros ad Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.