

# **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

Leonardo Palma Batista

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo abordar a polêmica questão da possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, no tocante aos casos de abandono afetivo parental, e sua respectiva indenização por danos morais. Para tanto, foram utilizados entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema, bem como o posicionamento de doutrinadores renomados. Ao final, conclui-se pela admissão do instituto, com a devida fixação por danos morais acarretados pelo abandono, com a devida análise do caso concreto, de modo a evitar a banalização das ações indenizatórias.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Direito de família. Abandono afetivo.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Breve histórico. 1.1. A evolução da família no ordenamento pátrio. 2. Os princípios constitucionais norteadores do Direito de Família. 3. O instituto da responsabilidade civil. 3.1. Elementos da responsabilidade civil. 3.2. Responsabilidade civil e o dano moral no Direito de Família. 4. O afeto. 4.1. A valorização jurídica do afeto. 4.2. O abandono afetivo parental. 4.3. Deveres dos genitores e a responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

## **INTRODUÇÃO**

De acordo com o pensamento social clássico, a instituição familiar era apenas tida como legítima se constituída por meio do matrimônio. Os primeiros modelos familiares tinham como objetivo precípua a procriação, e, como consequência, o afeto não servia de base às relações familiares, nem mesmo cogitava-se na proteção da dignidade da pessoa humana.

No entanto, foi com o desenvolvimento de tais noções que valores como o afeto passaram a exercer papel essencial nos agrupamentos familiares, servindo-lhes de base.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 passou a prever como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, princípios como o da afetividade, da igualdade e

da solidariedade foram responsáveis por significativa alteração na instituição familiar tradicionalmente conhecida: além de o afeto tornar-se principal guia das relações familiares modernas, os deveres e obrigações do homem e da mulher igualaram-se.

Neste sentido, os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar também indicam o desenvolvimento da estrutura familiar, sendo certo que, por meio deles, têm os pais o dever de prover aos seus filhos a devida assistência afetiva, moral, material e intelectual.

Com efeito, aventa-se a aplicabilidade da responsabilidade civil no Direito de Família, para diminuir as consequências da ausência de afetividade entre os pais e seus filhos.

## **1. BREVE HISTÓRICO**

A existência de agrupamentos familiares e, ainda, a necessidade de o ser humano neles viverem pode ser observada desde os primórdios, ainda quando os continentes deste planeta eram habitados pelos povos primitivos.

Com a evolução social, o modelo familiar passou a apresentar caráter obrigacional e contratual, sendo certo que sua constituição deveria ocorrer apenas mediante o casamento. E, devido à grande influência da Igreja no Estado, não se admitia como legítima qualquer outra modalidade de agrupamento familiar, já que, como bem salienta Maria Berenice Dias, acreditava-se que as relações de afetividade entre homem e mulher somente poderiam ser manifestadas durante o matrimônio, que, por sua vez, tinha como objetivo único a procriação<sup>1</sup>.

Neste sentido, Rolf Madaleno ressalta que “a família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo (...)”<sup>2</sup>. Isto porque, de acordo com o doutrinador, eram os interesses de ordem econômica que giravam em torno destes núcleos familiares, que se construíam com base na aquisição de patrimônio.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. **As famílias e seus direitos**. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>. Acesso em 25 de setembro de 2015.

<sup>2</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 5.

Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias, a revolução industrial teve suma importância na evolução da noção de família, uma vez que, durante este período, a mulher passou a desempenhar forte papel na sociedade, principalmente no seio familiar<sup>3</sup>. As pessoas saíram dos campos e dirigiram-se à burguesia à procura de trabalho nas indústrias então surgiam. A mulher foi incluída no mercado industrial e, desta forma, tornou-se mais uma fonte de renda para o lar<sup>4</sup>.

Note-se que “a família já foi mais ampla e abrangia um espectro maior de parentes em linha reta e colateral, mas foi sendo reduzida, resumindo-se (...) aos pais e filhos, com a sua migração para os centros urbanos (...)”<sup>5</sup>. Com efeito, como consequência desta aproximação natural dos membros da família, o formato hierárquico desta instituição “cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo”<sup>6</sup>.

### **1.1. A Família na Constituição Federal de 1988**

De acordo com Sérgio Resende de Barros, a Constituição de 1988 foi o primeiro diploma responsável por destruir a “ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais”<sup>7</sup>.

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a *ideologia da família patriarcal*, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais

Desta feita, a promulgação da Constituição Federal ora vigente ampliou a tão conhecida estrutura familiar clássica, e a diversidade da instituição começou a ser defendida pelo ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 31.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25

<sup>7</sup> BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira do Direito de Família, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, 2002. p. 6-7.

Cumpra salientar que a Lei Maior expressamente prevê<sup>8</sup> que a instituição familiar repete a base da sociedade, recebendo especial proteção do Estado. Bem assim, também preconiza que todas as formas de família serão consideradas legítimas e, pois, amparadas pelo Estado – caindo por terra, como se verifica, o pensamento tradicional de que o matrimônio apresentava-se como requisito essencial para que fosse constituída a estrutura familiar. Basta, portanto, que a família seja formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se olvide, ainda, da consagração do princípio da igualdade dos filhos<sup>9</sup> – não devendo existir tratamentos desiguais aos filhos havidos do casamento ou não, ou mesmo àqueles que foram adotados.

## **2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Dentre os princípios constitucionais que têm sido reconhecidos como normas jurídicas fundamentais e reguladoras dos preceitos disciplinados no Direito de Família, podem ser citados o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade, da igualdade, do planejamento familiar (princípio da paternidade responsável) e da proteção da criança, do adolescente e do idoso. Vejamos cada um deles.

### **2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana**

É cediço que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal determina como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. E esta previsão tem razão de existir em virtude da

---

<sup>8</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>9</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§6º Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

preocupação do Constituinte com a proteção dos direitos humanos, que o levou, pois, a consagrar a dignidade da pessoa como valor nuclear da ordem constitucional<sup>10</sup>.

Referido princípio “não cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou atribuída a todo e qualquer ser humano”<sup>11</sup>. A dignidade da pessoa humana constitui o valor absoluto de cada ser humano, que (...) é insubstituível (cf. LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. In: Portugal-Brasil, 2000. p. 280).

Note-se que não se confere a dignidade da pessoa apenas a indivíduos determinados por lei, mas a todos os seres humanos, indistintamente. Trata-se de atributo da pessoa individualmente considerada, não restando dúvidas de que mesmo os absolutamente incapazes por ela estão amparados<sup>12</sup>.

No âmbito do direito de família, é de extrema importância que se efetivem os

princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar.<sup>13</sup>

Além disso, o princípio da dignidade humana é previsto como alicerce, ao lado da paternidade responsável, do planejamento familiar, previsto no artigo 226, parágrafo 7º, da CF/88.

## 2.2. Princípio da afetividade

Como se sabe, a revolução industrial exerceu grande papel na valorização do afeto no bojo das estruturas familiares. Com a migração dos campos para o centro, a diminuição dos membros das

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 59.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 50.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 45.

famílias e a participação da mulher na indústria, seus entes naturalmente aproximara-se, sendo certo que o afeto tornou-se o principal fundamento para a constituição da família.

Não obstante não esteja expressamente previsto no texto constitucional, a afetividade é amparada pela Lei Maior, ainda que de maneira indireta. Veja-se que o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição de 1988, estabelece que o Estado irá assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, e, para tanto, criará mecanismos com o intuito de coibir a violência no âmbito de tais relações. A Lei Maior ainda menciona implicitamente o afeto quando preconiza:

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

Maria Berenice Dias ensina que, reconhecidas como entidade familiar as uniões estáveis e, portanto, merecedoras de tutela jurídica, significa “que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”<sup>14</sup>. Outrossim, afirma ser o afeto princípio norteador do direito de família<sup>15</sup>.

### **2.3. Princípio da solidariedade**

Rolf Madaleno preleciona que a solidariedade trata-se de princípio vital das relações familiares e afetivas, tendo em vista que esses vínculos surgem apenas em um ambiente onde haja reciprocidade de compreensão e cooperação mútuas<sup>16</sup>.

O princípio da solidariedade está expressamente contido nos artigos 3º, inciso I, 229 e 230 da Carta, que respectivamente estabelecem o dever de assistência aos filhos e o amparo à pessoa idosa. No âmbito do direito de família, o artigo 227 da Constituição estabelece que a solidariedade é dever atribuído a todos os entes familiares<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 69.

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

<sup>16</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 93.

<sup>17</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

Da mesma forma, referido princípio encontra-se no Código Civil, quando fica determinado que o casamento importa na comunhão plena de vida e no dever de solidariedade entre os cônjuges. Neste sentido, o artigo 1566, inciso III, do Código Civil estabelece que há dever de solidariedade, que engloba o respeito e a assistência<sup>18</sup>, em todos os momentos.

#### 2.4. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade garante tratamento isonômico a todos, sem distinção; nas palavras célebres de Rui Barbosa: “tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade” (DIAS, Maria Berenice, 2009. p. 64.).

Com efeito, seu principal objetivo é, pois, o de “garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça”<sup>19</sup>.

A Constituição de 1988, ao prever aludido preceito em seu artigo 5º, inciso I, elevou-o ao patamar de direito fundamental, sendo oponível aos poderes políticos e privados (cf. MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93), além de ter fixado a igualdade de deveres e obrigações entre os sexos feminino e masculino, mormente no que diz respeito às relações familiares.

Veja-se que, por meio da igualdade, princípio este que se estende a todo e qualquer agrupamento familiar, não é aceita nenhuma forma de discriminação, nem mesmo quanto à filiação – o que trouxe legitimidade a qualquer manifestação da instituição familiar<sup>20</sup>.

Destarte, com relação ao filho havido por adoção, não resta dúvidas de sê-lo “titular dos mesmos direitos dos filhos havidos da relação de casamento, mas está, ao contrário dos demais, impedido de casar-se com parentes consanguíneos de cuja família foi oriundo (...)”<sup>21</sup>.

---

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.

<sup>18</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 93.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Ibidem. p. 66: Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro.

## 2.5. Princípio do planejamento familiar

O artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, determinou que o planejamento familiar será livre, não podendo o Estado estabelecer limites ou condições a ele<sup>22</sup>. Bem assim, o artigo 1.565, parágrafo 2º, refere-se, igualmente, ao planejamento familiar, nos termos da Lei Maior.

Cumpra mencionar, todavia, que o preceito em análise não vem definido no texto constitucional, mas em lei própria (Lei nº 9263/96). De acordo com este diploma, o planejamento familiar trata-se de “um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

O planejamento familiar, em linhas gerais, visa regulamentar a filiação, sendo corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (este, por seu turno, traduz-se na obrigação de os pais proverem assistência afetiva, moral, material e intelectual aos filhos<sup>23</sup>).

## 2.6. Princípio da proteção da criança, do adolescente e do idoso

Os hipossuficientes sociais são tutelados à luz da Constituição Federal, sobretudo no que toca às dimensões de seus direitos fundamentais, destacando-se os relativos às primeira e segunda gerações dos direitos humanos.

Com efeito, o princípio da proteção integral da criança, do adolescente e do idoso, com previsão expressa no artigo 227, *caput*, e parágrafo 6º da Constituição, apresenta-se primordial na condução das relações das crianças e adolescentes com os pais, com a família, a sociedade e o Estado<sup>24</sup>. Bem assim, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) reconhece os

---

<sup>21</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. pp. 66 e 67.

<sup>22</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 privadas.

<sup>23</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo. Famílias *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

menores como sujeitos de direitos e tem como base, dentre outros princípios, o da paternidade responsável e da proteção integral.

No tocante à proteção ao idoso, o artigo 230 da Constituição vigente proíbe a discriminação em razão da idade e assegura sua assistência. Ademais, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) “regula os direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sendo destinatários, com prioridade e imediata aplicação, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...)”<sup>25</sup>.

### 3. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil pode ser entendido como a aplicação de medidas que “obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (...), ou ainda de simples imposição legal”<sup>26</sup>.

Pelo que se depreende da leitura dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil<sup>27</sup>, a obrigação de indenizar sempre terá origem na lei ou em um negócio jurídico firmado entre as partes, vigorando no mesmo momento em que for observada a prática de ato ilícito – que, em suma, existirá quando o indivíduo agir com dolo (ação ou omissão voluntária) ou culpa, e causar dano a outrem.

Com efeito, insta salientar que a obrigação de indenizar igualmente surgirá ainda que não seja constatada a prática de ato ilícito, sendo suficiente que a conduta do agente implique, por si só, em risco para os direitos de terceiro<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 101.

<sup>26</sup> MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. In: Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4ª edição. São Paulo: Editora Manole, 2011. p. 688.

<sup>27</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

<sup>28</sup> Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Note-se que a responsabilidade civil pode apresentar-se nas seguintes modalidades: subjetiva ou objetiva e contratual ou extracontratual (ou aquiliana). Vejamos.

O artigo 186 do Código Civil estabelece a responsabilidade civil subjetiva, quando determina que ser o dano oriundo de uma conduta dolosa ou culposa. Neste sentido, o princípio *unuscuque sua culpa nocet*<sup>29</sup>, que serve de fundamento para esta espécie do instituto, indica que cada um responderá por sua culpa, sendo necessária a comprovação pela parte que a alegar – e está é a regra geral adotada pelo Código Civil vigente.

Existem hipóteses, no entanto, em que a culpa não será discutida, em virtude do dever de vigilância geral assumido pelo lesante. E, nestes casos, haverá a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que não agiu culposamente, a fim de que seja excluída a obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil será objetiva quando culpa e dolo não forem avaliados para estabelecer a obrigação de indenizar, fundamentando-se, pois, na teoria do risco. Nesta modalidade do instituto, a obrigação existirá desde que esteja presente o nexo de causalidade entre a conduta perpetrada pelo agente e o dano suportado pela vítima. As hipóteses de responsabilidade objetiva estão descritas no texto legal, podendo ser observadas, ainda, quando a atividade exercida pelo agente for de risco.

Por fim, quanto à origem, a responsabilidade civil poderá ser contratual ou extracontratual/aquiliana. A primeira está relacionada ao descumprimento de uma norma contratual, estabelecida em um negócio jurídico pelos contratantes<sup>30</sup>; doutra banda, a responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, refere-se à prática de um ato contrário a lei, de um dever que necessariamente é negativo<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Volume III. Responsabilidade Civil*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

<sup>30</sup> Vale mencionar que a responsabilidade civil contratual será presumida, todavia, a culpa deverá ser demonstrada pela parte ofendida, a depender do resultado pretendido com o contrato, não havendo inversão do ônus da prova.

<sup>31</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume III. Responsabilidade Civil**. *Novo Curso de Direito Civil. Volume III. Responsabilidade Civil*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

### 3.1. Elementos da Responsabilidade Civil

O Código Civil de 2002 fundamentou o instituto da responsabilidade civil em seu artigo 186. Este dispositivo esclarece que o tema é requer a presença de três pressupostos essenciais para sua existência: a conduta (ação ou omissão) ou o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

#### 3.1.1. A conduta ou o ato ilícito

Na doutrina pátria, o primeiro e mais importante elemento da responsabilidade civil não é definido de uma mesma maneira, sendo entendido por uns como ato ilícito e, por outros, como conduta.

Aqueles que defendem ser o ato ilícito o primeiro elemento do instituto alegam que ele pode ser dividido em dois outros preceitos: a antijuridicidade e a imputabilidade. A antijuridicidade trata-se do elemento objetivo do ato ilícito, e indica uma ação ou omissão, capaz de ofender a norma jurídica; a imputabilidade seria, pois, seu elemento subjetivo.

No entanto, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a ilicitude não estaria relacionada à ação humana danosa, que enseja, pois, a responsabilização. De acordo com o que prelecionam os doutrinadores, o prejuízo pode ter origem numa conduta lícita<sup>32</sup>. E, desta forma, são defensores da corrente que admite ser a conduta o primeiro elemento da responsabilidade civil.

A conduta pode ser classificada como positiva, ao representar uma ação, ou negativa, quando enseja uma omissão. Com efeito, a conduta é conduzida pela voluntariedade – portanto, ausente o elemento volitivo, também não existirá este pressuposto.

Inobstante a divergência doutrinária, é certo que ambas as definições apontam tratar-se o primeiro elemento de um comportamento voluntário, que pode ser observado em uma ação ou

---

<sup>32</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume III. Responsabilidade Civil.** p. 56.

omissão, capaz de ofender um dever jurídico e que, desta forma, viola determinada norma – legal ou contratual – e acarreta, pois, a lesão a outrem.

### 3.1.2. O dano

O segundo elemento da responsabilidade civil consiste na “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”<sup>33</sup>. Ausente o dano, inexistente também será a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar.

Sérgio Cavalieri Filho define o dano como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p.71).

Cumprir observar que o dano poderá surgir da violação a um patrimônio ou a direitos inerentes ao homem, que não se revestem de caráter econômico. Da mesma forma, o dano ou a lesão podem estar relacionados aos direitos da coletividade e não apenas aos individuais.

Com efeito, o dano pode apresentar cunho material ou moral, a depender do bem lesionado. Será, pois, material, quando a lesão recair em bens e direitos economicamente apreciáveis.

No entanto, é sabido que a lesão advinda do ato ilícito pode recair em bem incorpóreo – direitos inerentes à pessoa humana. Em tais hipóteses, estará presente a figura do dano moral, que também será objeto de reparação. Desta feita, dano moral trata-se da lesão aos direitos de personalidade que, como consequência, acarreta ao ofendido dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Maria Helena Diniz *apud* CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 17.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 9 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 343.

### 3.1.3. O nexo de causalidade

De acordo com o que preleciona Carlos Roberto Gonçalves, “o dano só pode gerar responsabilidade quando foi possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor”<sup>35</sup>. E continua, alegando que haverá nexo causal quando e estiver “diante de uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo” (cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 9ª edição. São Paulo Editora Saraiva, 2014. p. 319).

Em suma, pode-se definir nexo de causalidade como sendo o liame existente entre conduta e o dano, sem o qual não haveria, pois, obrigação de indenizar.

Nesta seara, imprescindível que sejam analisadas as concausas, que serão sucessivas ou simultâneas, e podem obstaculizar a análise da causa principal do dano.

As primeiras indicam a existência de uma única lesão, que teve origem em mais de uma causa e cuja responsabilidade pode ser atribuída a diversas pessoas<sup>36</sup>; com relação às sucessivas, que se trata de uma “cadeia de causas e efeitos<sup>37</sup>”, deve-se atentar para aquela substancialmente responsável pela ocorrência da lesão.

Ainda neste sentido, três teorias merecem destaque: a teoria da equivalência das condições (ou *conditio sine qua non*), a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da *conditio sine qua non* estabelece que todas as circunstâncias que contribuíram para o surgimento do dano, mesmo de que maneira indireta, serão consideradas causa dele<sup>38</sup>; aqui, os fatores causais se equivalem, quando relacionados ao resultado. Na teoria da condição adequada, será causa do dano a situação que isoladamente o provoca. E, por fim, na teoria da causalidade

---

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 9 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 319.

<sup>36</sup> Idem. p. 320.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.

direta ou indireta<sup>39</sup>, também conhecida como teoria dos danos diretos e imediatos, há a junção dos posicionamentos acima; por esta teoria, “é indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”<sup>40</sup>.

### 3.2. A Responsabilidade Civil e o dano moral no Direito de Família

A responsabilidade civil tem como objetivo assegurar a reparação de eventual dano ao bem jurídico, e o faz por meio da obrigação de indenizar, que surge com a prática da lesão. No âmbito do Direito de Família, o prejuízo a ser reparado está relacionado descumprimento de direitos e deveres fundamentais que regem a família, tais como a dignidade da pessoa humana, a proteção integral da criança e do adolescente ou a paternidade responsável.

Com efeito, tendo aplicação no Direito de Família, a responsabilidade será sempre subjetiva, tendo em vista a necessidade de comprovação entre o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano, demonstrando cabalmente que sem esta a lesão não existiria. Da mesma forma, o prejuízo poderá recair em bem corpóreo ou incorpóreo, razão pela qual o dano pode ser material ou moral, mesmo na seara do direito familiar.

Valéria Silva Galdino Cardin enfatiza que as lesões provocadas no âmbito das relações familiares por seus próprios membros apresentam maior gravidade que as perpetradas por terceiros, devido à “situação privilegiada” que os componentes da família desfrutam<sup>41</sup>.

No tocante ao descumprimento dos deveres inerentes à guarda, Washington de Barros Monteiro preleciona que se referida conduta trazer danos ao menor, “dentre os quais se destaca o dever de preservar o relacionamento do filho com o outro genitor, acarreta a aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil, com a condenação do guardião na reparação cabível”<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.

<sup>40</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 9 edição. São Paulo Editora Saraiva, 2014. p. 321.

<sup>41</sup> GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 321.

<sup>42</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Volume II. Direito de Família**. 42ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 402.

Assim, inegável que a estrutura familiar é detentora de garantias individuais e, por esta razão, merece a aplicação das normas do instituto da responsabilidade civil, a depender do caso concreto.

#### **4. O AFETO**

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de ter equiparado homem e mulher em direitos e obrigações, também determinou a igualdade entre os filhos, tratando aqueles advindos do matrimônio da mesma como aqueles de outras espécies de agrupamento familiar, como a união estável.

Com efeito, a definição de família foi ampliada e passou a abranger a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus filhos. Bem assim, também como conseqüência da “nova mentalidade sociocultural, passou-se a dar importância aos aspectos afetivos da convivência familiar (...)”<sup>43</sup>.

Desta forma, corolário do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da afetividade rege com a maestria a família moderna como base da sociedade, desvinculando-a daquela figura arcaica, que predominou durante séculos na história mundial.

##### **4.1. A valorização jurídica do afeto**

Com a valorização do afeto ao longo da história, este conquistou seu devido espaço na estrutura familiar, tendo em vista que a família, que tradicionalmente era constituída com o objetivo único da procriação, passou a ser fundamentada pela afetividade surgida de forma natural entre seus componentes.

O ordenamento jurídico pátrio confere proteção jurídica a variadas formas de família, já que o afeto, uma vez elevado a preceito constitucional, tornou-se principal norteador da instituição familiar, e sem o qual esta restaria desequilibrada, e passou a deter valorização jurídica.

---

<sup>43</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

Com efeito, Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, em sua obra “O cuidado como valor jurídico”, aduziram que o “cuidado como ‘expressão humanizadora’ (...) nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência de família de origem”<sup>44</sup>.

E a Constituição Federal determina, em seu artigo 227, ser dever da família, da sociedade e do Estado, “assegurar com absoluta propriedade o direito à convivência familiar à criança, ao adolescente e ao jovem, colocando-os a salvo de toda forma de negligência e discriminação”. Bem assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente também ampara o dever de cuidado, ao estabelecer que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, sendo inegável, portanto, o valor jurídico atribuído ao afeto.

#### **4.2. Do abandono afetivo parental**

O abandono afetivo “consiste no descaso intencional pela criação, educação e convívio com os filhos, podendo ser nefasto para o desenvolvimento destas crianças”<sup>45</sup>, e tem origem, portanto, no descumprimento voluntário e injustificado dos deveres inerentes aos pais.

Maria Helena Diniz entende que “a falta do genitor, para muitas crianças, implica perder a proteção, a companhia, o afeto e os recursos econômicos, podendo levá-las à delinquência juvenil, ao fracasso na escolaridade e ao consumo de drogas”<sup>46</sup>. No entendimento de Paulo Lôbo, o abandono afetivo trata-se do “inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade”<sup>47</sup>.

O princípio da paternidade responsável, descrito no artigo 226 da Constituição Federal, não corresponde unicamente ao auxílio material dos genitores aos filhos, mas ao imaterial, o dever de educar, proporcionar lazer, de convívio<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Tânia da Silva & OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 309.

<sup>45</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 385.

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. 7º volume: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 315.

<sup>47</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 313.

<sup>48</sup> Direitos previstos no artigo 227, *caput*, da Lei Maior, a saber: 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

### 4.3. Deveres dos genitores e a responsabilidade civil pelo abandono afetivo

Os direitos fundamentais dos menores estão previstos constitucionalmente e também são observados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da proteção integral da criança e do adolescente e da afetividade, devendo, por óbvio, ser observados por aqueles que lhes são responsáveis.

Bem assim, pelo que se depreende da leitura do artigo 229, *caput*, primeira parte, da Constituição Federal, os deveres dos genitores consistem em assistir, criar e educar os filhos menores – sendo certo que o Código Civil, no artigo 1.634, ainda prevê algumas prerrogativas conferidas aos pais com relação aos filhos menores, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

IV - 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;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

E o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 19, *caput*, e 22, ainda estabelece que:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

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.

É certo, no entanto, que o dever dos pais vai muito além que o mero dever de guarda, sustento, educação e criação. Têm os genitores o dever de cuidado, de convivência, ou seja, de prestar assistência afetiva à sua prole.

---

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.

Ao lecionar sobre os direitos e deveres dos genitores, Maria Berenice Dias enfatiza a importância da convivência dos filhos com os pais, ainda que estes sejam separados, alegando tratar-se de direito do filho e não do pai e, desta forma, “quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele”. A doutrinadora esclarece que, ao genitor, a convivência é obrigação, sendo certo que sua ausência pode acarretar sequelas de ordem emocional e reflexos no desenvolvimento do menor, gerados pelo sentimento de abandono:

a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida<sup>49</sup>.

Observe-se que “o planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico é livre, contudo a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>50</sup>. Desta forma, “se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não –, os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”<sup>51</sup>.

Destarte, dever inerente ao poder familiar<sup>52</sup> que são os deveres impostos aos genitores, o descumprimento de quaisquer deles, ou mesmo a inobservância dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, acarreta a aplicação das normas da responsabilidade civil, constituindo objeto de eventual indenização por danos morais, que têm origem no abandono afetivo, psicológico ou intelectual.

#### 4.3.1. Da indenização por dano moral

A possibilidade de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo não é uníssona na doutrina e jurisprudência, sendo certo que a divergência existente paira sobre a questão de ser considerada ilícita a conduta de abandonar afetivamente os filhos.

---

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 254.

<sup>50</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 239.

<sup>51</sup> Ana Carolina Brochard Teixeira *apud* Valéria Silva Galdino Cardin, em: Dano moral no direito de família. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 239.

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315.

A corrente que rechaça esta possibilidade defende a existência de ato ilícito por parte dos genitores que abandonam moralmente os filhos. E o fundamento difundido pelos defensores da inexistência do dever de indenizar é o da não monetarização do amor e do afeto que, se adotada, seria possível quantificar os sentimentos, que perderiam sua característica da espontaneidade.

Por outro lado, a corrente adepta da indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo paterno-filial, encabeçada por Maria Berenice Dias<sup>53</sup> e Rolf Madaleno, dentre outros. E o fundamento principal a favor da reparação dos danos morais eventualmente causados pelo abandono é de ser o afeto direito fundamental, cujo descumprimento, pois, constituiria ato ilícito a ser sanado.

Neste sentido, Dimas Messias de Carvalho afirma que o genitor não guardião

possui (...) o dever de conviver e cuidar do filho, sendo que o descumprimento injustificado do dever jurídico de convivência importa em abandono afetivo, ocasionando danos morais, suscetível de reparação civil<sup>54</sup>.

Neste sentido, ainda, Valéria Cardin assegura que a falta de afeto

acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado perante os outros (...). É obvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades em se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual, etc. (CARDIN, 2012, p. 70).

---

<sup>53</sup> A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos enquanto sujeitos e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai. Profunda a reviravolta que produziu, não só na Justiça, mas nas próprias relações entre pais e filhos, a nova tendência da jurisprudência que passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. Imperioso reconhecer o caráter pedagógico dessa postura jurisprudencial, despertando a atenção para o significado do convívio. Mesmo que os pais estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser um bem juridicamente tutelado. O relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de estabelecer-se um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho um sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos, que não pediram para nascer, imperioso que a Justiça imponha coativamente essa obrigação.

<sup>54</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, Guarda e Convivência Familiar*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013. p. 90.

Vale mencionar que a indenização não teria a finalidade de assegurar o afeto ou restituí-lo, mas de proporcionar meios para que os danos sofridos pela pessoa abandonada sejam minorados de alguma forma, ainda que por tratamentos psicológicos<sup>55</sup>. Ademais, garante a observância dos direitos que foram então violados.

### **Considerações finais**

Sendo o afeto elemento estruturador da família, e tendo sido elevado ao patamar de direito fundamental, sua ausência pode dar origem a danos de ordem psicológica e moral aos indivíduos prejudicados. Assim, discute-se a possibilidade de reparação de tais danos por meio da aplicação da responsabilidade civil.

Com efeito, vale ressaltar que a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo parental visa dirimir todo o sofrimento suportado pelo menor, que involuntariamente viu-se na necessidade de viver sem a presença de um de seus pais.

É certo que o dever de cuidado precisa ser observado, e para tanto, a lei prevê diversas possibilidades de manter a convivência familiar, tais como o direito de visitas ou a regulamentação da guarda – medidas que se não acarretam a obrigação de indenizar pelos danos causados.

Note-se que não se anseia majorar economicamente os sentimentos de amor e afeto, mas compensar o abandono sofrido e, da mesma forma, punir o genitor que não cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar. É de extrema importância, entretanto, que seja analisado caso a caso.

---

<sup>55</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 71.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano Moral do Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção, guarda e convivência familiar. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2011

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 7º volume: responsabilidade civil. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. Famílias. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Costa. Código Civil Interpretado. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Manole, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Volume II. Direito de Família. 2012.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Sistematizado. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.