

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**GIOVANA CAUCHIOLI**

**CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O CUIDADO COMO DEVER JURÍDICO E A  
CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM  
CASOS DE ABANDONO AFETIVO**

São Paulo

2019

GIOVANA CAUCHIOLI

CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O CUIDADO COMO DEVER JURÍDICO E A  
CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM  
CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie,  
como requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Michelle Asato Junqueira

São Paulo

2019

CAUCHIOLI, Giovana.

Convivência familiar: o cuidado como dever jurídico e a caracterização do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo/ Giovana Cauchioli. – 2019.

31 f. : il. ; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –  
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Bibliografia: f. 28/31

1. Responsabilidade civil; 2. Indenização; 3. Dano moral;  
4. Dever de cuidado; 5. Abandono afetivo. I. Título.

GIOVANA CAUCHIOLI

CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O CUIDADO COMO DEVER JURÍDICO E A  
CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM  
CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie  
como requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof.<sup>a</sup> Dra. Michelle Asato Junqueira**  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

**Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci**  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

**Prof.<sup>a</sup> Dra. Ruth Sgrignolli**  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

À minha mãe que, com muito carinho e apoio, não mediu esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à Deus por toda força e proteção de sempre.

A conclusão dessa etapa tão importante da minha vida não seria possível sem o apoio da minha mãe e irmã, que apesar de todas as dificuldades, me ajudaram na realização do meu sonho.

Agradeço também à todos os amigos que fiz durante os cinco anos de graduação.

Em especial, agradeço à Anne Coimbra, Giovanna Fetter e Leticia Martiena, que se tornaram essenciais para minha vida. Serei eternamente grata à universidade por ter me apresentado com pessoas tão especiais.

*“Não há nada mais gratificante do que o afeto correspondido, nada mais perfeito do que a reciprocidade de gostos e a troca de atenções.”*

Marco Túlio Cícero

**CONVIVÊNCIA FAMILIAR: O CUIDADO COMO DEVER JURÍDICO E A  
CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM  
CASOS DE ABANDONO AFETIVO**

GIOVANA CAUCHIOLI<sup>1</sup>

ORIENTADORA: PROF.<sup>a</sup> DRA. MICHELLE ASATO JUNQUEIRA<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo analisa a possibilidade da configuração do instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares. Sem o intuito de esgotar a matéria, mas com a finalidade de estabelecer a relevância do afeto nos contatos familiares, será explorada a discussão jurídica acerca das demandas de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, considerado como a ausência de convivência afetiva dos genitores com seus filhos. Assim, afere-se a possibilidade do enquadramento do “cuidado” como um dever jurídico decorrente do poder familiar, previsto no ordenamento nacional, bem como o posicionamento da doutrina, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Para a organização e compreensão do assunto, realizou-se pesquisa bibliográfica em publicações como: periódicos, revistas, reportagens, livros e banco de dados de julgados dos Tribunais.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Indenização; Dano moral; Dever de cuidado; Abandono afetivo.

**ABSTRACT**

The present article analyzes the possibility of setting up the institute of civil responsibility in the context of family relations. In order to establish the relevance of affection in family

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Inscrita no Terminal Informativo Acadêmico sob o nº 41448723.

<sup>2</sup> Professora orientadora graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2000), Especialização em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior (2006), Mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2010) e Doutorado em Direito Político e Econômico (2016).



contacts, a juridical discussion about the demands for compensation for moral damages resulting from affective abandonment, considered as the absence of affective coexistence of the parents with your children. Thus, the possibility of framing "care" as a legal duty deriving from family power, provided for in the national legal order, as well as the positioning of doctrine, the Court of Justice of the State of São Paulo and the Superior Court of Justice school subjects.

**Keywords:** Civil liability; Compensation; Nonpecuniary loss; Duty of care; Emotional/affectional neglect.

## SUMÁRIO

Introdução – 1. Convivência Familiar: A Proteção da Criança e Do Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2. O Direito-Dever de Cuidado; 3. Posicionamento dos Tribunais nas demandas de indenização por abandono afetivo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro instituiu o denominado poder familiar, cujo exercício deverá ser fiscalizado pelo Estado. Assim, quando do nascimento dos filhos, surge aos pais um conjunto de direitos e deveres que deverão ser exercidos de modo a garantir o efetivo cuidado para com a prole.

De acordo com Diniz<sup>3</sup> define o poder familiar como:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto a pessoa e bens do filho não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Portanto, a instituição familiar é responsável por promover todos os relacionamentos essenciais ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, na

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: Direito de Família. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.617.

medida em que é na esfera familiar que as pessoas encontram o balizamento de princípios éticos e morais, deste modo, constituem as demais relações.

As definições jurídicas sobre o conceito de família são variáveis, uma vez que tal instituição pode ser constituída de diversas formas. No entanto, para o presente estudo analisa-se a família composta por pelo menos um filho, seja ele dotado de vínculo sanguíneo ou não.

Segundo Diniz<sup>4</sup>:

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

Desse modo, é possível afirmar que os relacionamentos familiares são os alicerces para a formação da personalidade humana e devem ser construídos com harmonia, gravitando ao redor do afeto e da solidariedade recíproca.

Ante a importância das relações estabelecidas na instituição familiar, o texto constitucional está pautado na primazia da proteção integral da família, estabelecendo regras consubstanciadas no princípio da dignidade, da convivência familiar, da parentalidade responsável e da afetividade.

Assim, as disposições legais reafirmam obrigações subjetivas dos pais, transformando-as em deveres jurídicos objetivos de modo que, ao se tutelar o afeto, pretende-se proteger a própria dignidade, sendo certo que a afetividade é um dever e não uma discricionariedade dos pais.

Nesses termos, o ordenamento jurídico estipula diversos deveres aos pais para assegurar que os menores vulneráveis possam gozar de todos os seus direitos, e a falta de afeto influi no descumprimento de tais obrigações legais, na medida em que gera evento danoso para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Por consequência, o instituto da responsabilidade civil pode ser aplicado como forma de proteção às crianças e adolescentes no âmbito familiar, restando caracterizado ante a prática de ato ilícito cometido por um ou ambos os pais.

Nas palavras de Branco<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.5: Direito de Família. 22ª ed. São Paulo - Saraiva. 2007.p.13.

<sup>5</sup> BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed. Método. São Paulo, 2006. p.115.

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando está como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros.

Portanto, a partir da análise da importância da família para o desenvolvimento psicológico e saudável do infante, compreende-se que as demandas fundadas no abandono afetivo não pretendem valorar o afeto ou impor o dever de amar. A bem da verdade, as vítimas das negligências buscam reparação mínima, ainda que monetária, dos pais que não cumpriram os deveres legais previstos no ordenamento jurídico.

## **1. CONVIVÊNCIA FAMILIAR: A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A instituição familiar representa a estrutura básica para o início da evolução do indivíduo, sendo o ambiente em que são construídos todos os alicerces para a vida adulta. Assim, importante que as relações familiares sejam fundadas no afeto, elemento essencial para o processo de formação e de estruturação da prole, que carece do desenvolvimento de diversos sentimentos para o seu amadurecimento.

Nas palavras de May<sup>6</sup>:

É na infância que “surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência” é a primeira oportunidade em que se encontra com o “eu”, justamente porque quando “no ventre materno, fazia parte do ‘nós original’ com sua mãe” e, próximo aos três anos de idade, a criança “toma consciência de sua liberdade”, sentindo-se no “relacionamento com os pais”, e “a si mesma como um indivíduo independente, capaz de opor-se a eles, se necessário. Esta notável ocorrência constitui o nascimento da pessoa no animal humano”.

Para a transformação do estado infantil em estado adulto, imperioso o respeito à infância, sendo obrigação dos pais possibilitar aos filhos o aprendizado sadio das experiências da vida.

Dessa forma, os pais devem dispensar especial preocupação em relação aos traumas que os menores podem sofrer durante seu processo de formação, principalmente

---

<sup>6</sup> MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 69-70.

nos primeiros anos de vida, evitando ao máximo sua exposição às condições adversas que possam prejudicar o seu reconhecimento como pessoa com plena dignidade.

Nas palavras da pedagoga Tânia Ramos Fortuna<sup>7</sup>, “a sobrevivência humana depende do cuidado que os adultos dedicam às crianças. É no presente da infância que nasce a expressão do futuro.”

Nesse contexto, há de se examinar os contornos legais dispensados às crianças e adolescentes quanto à salvaguarda de seu pleno desenvolvimento.

O lastro constitucional inicial para a efetivação das demais garantias mínimas ao indivíduo é o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve se coadunar ao dever de cuidado. Dias<sup>8</sup> esclarece que:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatriomonalização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

A conquista dos direitos da criança e do adolescente tem avançado no decorrer da história. No passado, o Estado se abstinha de qualquer interferência nas relações estabelecidas no seio familiar, de tal modo que o crescimento e desenvolvimento da prole era responsabilidade exclusiva dos pais. Nesse cenário, atos prejudiciais à saúde física e mental do infante eram cometidos sem acarretar qualquer tipo de consequência jurídica.

Com a Constituição Federal de 1988, muitos direitos foram consolidados sob a égide dos princípios da cidadania e da solidariedade, ocasião em que a família deixou de ser uma instituição fechada para se tornar um instrumento de proteção ao desenvolvimento da infância e juventude.

Ainda, a recepção da Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas<sup>9</sup> pelo ordenamento jurídico brasileiro atribuiu à dinâmica familiar uma vinculação a princípios como os da afetividade, parentalidade responsável, convivência familiar e o

---

<sup>7</sup> FORTUNA, Tânia Ramos. **A reinvenção da infância**. Pátio, Porto Alegre, 2002, volume. II, número. 6, p. 18-21

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 61-63.

<sup>9</sup> Ante o cenário mundial de 1948, a Organização das Nações Unidas intensifica as discussões acerca da tutela dos direitos humanos e publica dois documentos de suma importância para a consolidação dos direitos da criança e do adolescente, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos do homem, em 1948, e a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Tais diplomas são considerados o ponto de partida para a doutrina da proteção integral, reconhecendo às crianças o caráter de sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais.

melhor interesse da criança, transformando os acontecimentos da vida do infante em fatos relevantes às relações jurídicas.

Assim, os atos praticados dentro da instituição familiar passaram a ser fiscalizados pelo Estado, ocorrendo uma espécie de normatização dos relacionamentos. Nesse sentido, foram criados mecanismos que protegem o crescimento e a formação da criança até sua vida adulta.

Destarte, o valor da convivência familiar passou a ser reconhecido como um direito fundamental que deverá ser preservado e ter sua aplicação efetivada por meio de mecanismos jurídicos concretos. Por conta disso, implica aos pais o dever de dedicarem não somente apoio alimentar ou material como também amparo afetivo para a salutar formação psíquica e emocional do infante.

Assim sendo, além de cumprir com as obrigações financeiras, os genitores devem adimplir com os denominados deveres de afeto, esperados da paternidade responsável com o viés de afastar a hipótese de configuração de abandono afetivo.

Com base nessa interpretação, o Estado tutela a convivência dos pais com o filho e, por conseguinte, a ausência ou frustração do afeto deixa de ser interpretada como conduta meramente imoral e passa a ser considerada verdadeiro ato ilícito apto a gerar a reparação civil.

Nesse sentido, a partir das disposições constitucionais sobre o tema é possível construir uma rede de direitos e garantias fundamentais no campo das relações familiares. O princípio que preside todas as relações do ordenamento jurídico nacional é o da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal<sup>10</sup>, compreendido como o eixo central que abarca o direito a afetividade, a convivência familiar e a parentalidade responsável.

Nas palavras Farias, Netto e Rosenvald<sup>11</sup>:

Ao examinarmos o universo da parentalidade, passamos a conceber a justiça de acordo com o pensamento Aristotélico. Um dos propósitos de uma Constituição justa é formar bons cidadãos e cultivar um bom caráter. Naquilo

---

<sup>10</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988).

<sup>11</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 955.

que se compreende como autoridade parental, o ordenamento jurídico deseja induzir a virtude dos pais, para tanto funcionalizando os seus papéis no sentido de promover as situações existenciais dos filhos, dotando-os de estrutura psíquica.

Além do amparo integral representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, o legislador constituinte ainda firmou a proteção da instituição familiar ao estabelecer no art. 227 do texto constitucional a imposição de um comportamento moral e substancial dos pais perante os filhos<sup>12</sup>. Mais adiante, o artigo 229<sup>13</sup> da Constituição imputa aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Assim, embora não esteja expressamente previsto em lei, o direito ao cuidado e à convivência familiar estão cristalizados na membrana constitucional brasileira.

Portanto, por meio do consagrado princípio da proteção integral, as disposições legais têm como fator crucial a garantia do pleno desenvolvimento físico e psíquico do menor, compreendendo o cuidado como elemento essencial à formação de sua personalidade.

Ainda, percebe-se que embora a criação do menor seja função precípua dos pais, há o reconhecimento do dever da sociedade e do Estado em garantir a proteção das crianças e adolescentes por meio da construção de um ambiente saudável para o seu crescimento.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é considerado um marco de suma importância para a proteção da infância, uma vez que reforça a ideia de que o infante deve ser tratado com prioridade absoluta. Assim, o art. 3º do diploma legal prescreve que a criança e o adolescente “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-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”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988).

<sup>13</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988).

<sup>14</sup>Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios,

A respeito da temática, o art. 7º do mesmo diploma legal assegura o direito do filho a um desenvolvimento sadio e harmonioso, bem como o direito de a prole ser criada e educada no seio de sua família<sup>15</sup>. Adiante, os arts. 19 e 20 dispõem sobre o direito da criança e do adolescente a “ser criado e educado no seio da sua família”, imputando aos pais “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”<sup>16</sup>.

Complementarmente, o ECA em seu art. 249 estabelece a possibilidade de aplicação de sanção administrativa a qualquer um dos pais que infringir os seus deveres oriundos do poder familiar, conferindo ao cuidado e demais prerrogativas de proteção ao desenvolvimento da personalidade da criança o caráter de obrigação legal<sup>17</sup>.

Ainda na esfera infraconstitucional, o Código Civil dispõe sobre os deveres dos pais, tais como o sustento, a guarda e a educação dos filhos (art. 1.566, inciso IV), bem como a respeito da proteção da pessoa dos filhos (art. 1.583 a 1.590), esclarecendo que sempre deverá ser observado o melhor interesse da criança.

No âmbito internacional, a Convenção sobre Direito da Criança (Decreto nº 99.710/90) tem notável relevância na medida em que aborda o direito de convivência como sendo uma garantia essencial do infante, reconhecendo a família como grupo fundamental da sociedade, ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, em particular das crianças, que devem receber a proteção e assistência necessária para que possam assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

Pela breve exposição acerca do rol de direitos fundamentais consagrados à tutela dos vulneráveis em desenvolvimento, nota-se o especial destaque ao direito à convivência

---

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. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8069/1990).

<sup>15</sup> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8069/1990).

<sup>16</sup> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8069/1990).

<sup>17</sup> Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8069/1990).

familiar, que reforça o entendimento de que a inserção do filho na vida social depende da transferência de valores adquiridos por meio da afetividade parental.

## 2. O DIREITO-DEVER DE CUIDADO

Sendo a família o alicerce fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente, o Estado, com o intuito de proteger o sujeito vulnerável, ainda na constância de seu lar, regulamenta deveres jurídicos para que a convivência familiar seja assegurada.

Conforme afirma Ricardo Maurício Freire Soares, “a entidade familiar é um espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como para a convivência marcada pelo amor”<sup>18</sup>.

As relações parentais se estabeleçam por meio do amor, que está disciplinado de forma implícita no ordenamento jurídico, sendo representado por deveres concretos impostos aos pais, tais como a proteção e o cuidado que, indiretamente, são designados pelo afeto. Para Gagliano “todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”<sup>19</sup>.

Não há dúvida, pois, de que o afeto representa elemento indispensável e imprescindível para a formação, desenvolvimento e aperfeiçoamento da dignidade humana, de sorte que a construção familiar deve priorizar a interação afetiva entre os indivíduos.

Para Dias<sup>20</sup>, o princípio da afetividade é o que rege o direito de família, na medida em que:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

---

<sup>18</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Pós modernidade e Direito de Família**, In: FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTP, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 934.

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 33.



Por conseguinte, verifica-se que houve uma ruptura dos paradigmas antes impostos pela sociedade e pelo próprio Direito, de modo que o afeto ganha especial proteção. Assim, o Direito de Família deixa de ser pautado exclusivamente na capacidade patrimonial e individualista dos membros da família para atribuir relevo ao valor do amor.

Sobre a primazia do princípio da afetividade, Tepedino<sup>21</sup> afirma que “as relações de Direito Civil, são postas, ainda, a partir de relações de afeto, amor e solidariedade” e prossegue tecendo comentários a respeito da dinâmica do Direito de Família construída com base na proteção ao direito de convivência familiar:

Esta é a realidade em que vivemos: uma ordem jurídica constitucional que avocou para as relações de Direito Privado, em particular para as relações de família, a dignidade da pessoa humana como valor central, superando todos os outros interesses patrimoniais, institucionais, matrimoniais ou ideológicos que pudessem, por assim dizer, se sobrepor na escolha de princípios ou nas novas técnicas legislativas.

Com isso, evidente que a falta de afeto e a conseqüente violação ao dever de cuidado não condiz com a realidade atual da sociedade e, principalmente, representa flagrante ofensa ao princípio da dignidade humana.

Por essa razão, o direito de convivência pressupõe o dever de cuidado e ambos derivam do denominado poder familiar, o qual exige dos pais a adoção de posturas positivas com o intuito de construir laços de afetividade dentro de um ambiente familiar harmonioso para que os filhos amadureçam de forma digna.

Segundo os ensinamentos de Lira<sup>22</sup>:

O dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente.

Diante dessa realidade, a omissão de qualquer dos pais ao dever de convivência com a prole atinge um bem juridicamente tutelado, importando em sérios prejuízos aos

---

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Clonagem: pessoa e família nas relações do direito civil**. Revista CEJ, Brasília, n. 16, p. 49-52, jan/mar. 2002. p. 52.

<sup>22</sup> LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro. Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre. Magister/IBDFAM, 2010, p. 550.

menores, além de configurar ato ilícito capaz de motivar o ajuizamento de demandas indenizatórias.

No entendimento de Branco<sup>23</sup>:

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando está como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros.

Portanto, a inobservância dos deveres decorrentes do poder familiar é capaz de gerar o denominado abandono afetivo, instituto construído pela doutrina para caracterizar o dano moral decorrente da ausência de amparo afetivo, assistência moral e psíquica, que atinge os atributos ligados à personalidade da prole. Nesse sentido, para Hironaka<sup>24</sup>:

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

Assim, a construção em torno do instituto do abandono afetivo tem como fundamento a proteção aos princípios da dignidade, da afetividade e da responsabilidade parental dispostos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, sendo certo que o fato jurídico que interessa ao ordenamento é o adimplemento do dever de cuidar. No entendimento de Teixeira e Rodrigues<sup>25</sup>:

Os membros da família devem se responsabilizar uns pelos outros quando existe algum tipo de vulnerabilidade. Essa responsabilidade independe do afeto, por se trata de deveres de conduta objetiva, cuja fonte é a filiação, e quando os deveres não são exercidos de forma espontânea, o Estado interfere e imputa tal responsabilidade, para que a pessoa vulnerável tenha garantida uma vida digna.

---

<sup>23</sup> BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006. p.116.

<sup>24</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter imaterial**. Revista do Tribunal Regional Federal 3. Região, São Paulo, v. 78, 2006. Disponível em: Acesso em: 30 de abril de 2019.

<sup>25</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo. Atlas, 2010, p.107.

Desse modo, a negativa ao dever de cuidado representa não apenas uma conduta reprovável, mas também antijurídica, na medida em que fere a ética e o direito, dando ensejo à incidência do instituto de responsabilidade civil na esfera da parentalidade.

Nesse sentido, ensina Pereira<sup>26</sup>:

O descumprimento do exercício do poder familiar (art. 1.634/CCB) por qualquer um dos genitores configura um ilícito, sendo, portanto, o fato gerador da indenização. Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeioar significa também “instruir, educar, formar”, “dar afeição, forma ou figura. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação.

Por conseguinte, para a caracterização do dever de indenizar, devem ser observadas os elementos do instituto da responsabilidade civil subjetiva, disciplinada no art. 186 do Código Civil<sup>27</sup>, quais sejam, a existência do ato ilícito, a culpa do agente, o dano e o nexo de causalidade.

Pois bem, o ato ilícito nasce com a conduta omissiva praticada pelo pai ou pela mãe que pretere a obrigação de cuidado consubstanciada nas exigências normativas do ordenamento, quais sejam, o dever de criação, educação, companhia e guarda. Para Diniz:<sup>28</sup>

A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos artigos 22 do Estatuto da criança e do adolescente – ECA.

No que se refere a culpa do agente, é irrelevante a intenção de causar prejuízos ao filho, sendo suficiente para a configuração do instituto da responsabilidade civil a prática do comportamento antijurídico com a consciência de faltar ao seu dever de cuidado.

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2013, p.126.

<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 (BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 1046/2002).

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 26ª ed. Saraiva – São Paulo, 2012. p. 33.

Quanto ao dano, este consiste na lesão causada ao interesse existencial da prole, que esteve sujeita aos comportamentos pautados pela indiferença e superficialidade durante a sua formação.

Com relação aonexo causal, este deverá ser estabelecido entre a omissão parental e os danos sofridos pelo menor, ou seja, será necessário demonstrar que a conduta omissiva adotada pelos pais repercutiu na desestruturação psíquica do filho, por toda sua infância, adolescência e vida adulta.

Portanto, o dever de indenizar surge quando verificados os elementos da responsabilidade civil subjetiva no caso concreto, em especial o nexode causalidade entre o dano sofrido pelo filho e a atitude omissiva e voluntária de um ou ambos os pais no cumprimento do dever de convivência familiar.

Segundo Lôbo<sup>29</sup>:

[...] o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.

Desse modo, a responsabilidade paternofilial será observada em sua plenitude quando cumprido o dever de sustento por meio do provimento material do necessário ou do imprescindível para manter a prole e quando for observado o dever de cuidado, que consiste na participação integral na vida e criação dos filhos, de forma a promover elementos imateriais que contribuem em sua formação e subsistência emocional.

### **3. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NAS DEMANDAS DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO**

Demandas indenizatórias fundadas no abandono afetivo vêm sendo ajuizadas perante o Judiciário Brasileiro, de modo que o cenário jurídico encontra-se dividido quanto à legitimidade e eficiência da medida de responsabilização civil dos pais. Sob o prisma do direito a convivência familiar, os Tribunais abrem discussões acerca da possibilidade de atribuir valor ao afeto.

---

<sup>29</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

Nesse contexto, o presente estudo buscou compreender o modo como a temática vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Superior Tribunal de Justiça a matéria ganhou relevância em abril de 2012, quando a Terceira Turma inovou a jurisprudência ao firmar entendimento no sentido de ser possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil ante a prática de ato ilícito consistente na omissão ao dever de convivência.

No acórdão paradigma, a Ministra relatora Andrihgi discorre sobre o valor do afeto, não dotado de cunho pecuniário, mas como um valor implícito na dignidade da pessoa:

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.<sup>30</sup>

Para a supracitada Ministra, “o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil porque constitui fator essencial, e não acessório, no desenvolvimento da personalidade da criança”. Ainda, a relatora ressalta que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”. Segundo o entendimento disposto em seu voto, a interpretação técnica e sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam que o tema dos danos morais é tratado de forma ampla e irrestrita, regulando inclusive “os intrincados meandros das relações familiares”.

O julgamento do recurso acima descrito foi um marco importantíssimo para o Direito de Família, na medida em que ampliou a visão conservadora antes adotada pelo Judiciário e reconheceu o afeto como um desdobramento do direito-dever de cuidado.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 1.159.242-SP**, Rel. Min. Nancy Andrihgi, julgado em 24 de Abril de 2012. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 30 abril 2019.

No entanto, em novembro de 2017, a Ministra Gallotti, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferiu acórdão firmando entendimento no sentido de não ser cabível o reconhecimento do instituto da indenização para casos de abandono afetivo, independente da extensão do sofrimento suportado pelo filho. Para a Ministra relatora<sup>31</sup>:

Com a devida vênia aos que defendem o ponto de vista contrário, entendo que não há dever jurídico de amor e afeto e, portanto, não há dever jurídico de cuidar afetivamente. Assim, a falta de cuidado afetivo não é comportamento que gere dano indenizável com base no art. 186 do Código Civil.

O Direito de Família é regido por princípios próprios, que afastam a responsabilidade civil extracontratual decorrente de ato ilícito. No plano material, a obrigação jurídica dos pais consiste na prestação de alimentos. No caso de descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder”.

Ainda, a Ministra relatora cita o acórdão proferido em 2012, pela Terceira Turma e reconhece a divergência de entendimento existentes no STJ:

Por outro lado, nos julgamentos da 3ª Turma prevaleceu o entendimento de que, em hipóteses excepcionais, de gravíssimo descaso em relação ao filho, é cabível a indenização por abandono afetivo. Esta conclusão foi extraída da compreensão de que o ordenamento jurídico prevê o "dever de cuidado", o qual compreende a obrigação de convivência e "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." A caracterização do que deva ser considerado abandono afetivo passível de indenização vem sofrendo interpretação bastante restritiva, a partir do *leading case* da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o único em que reconhecido o direito à indenização por abandono afetivo.

Conclui-se que a matéria ainda não encontra base jurisprudencial sólida e será objeto de futuras discussões jurídicas.

No que se refere ao posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foram analisados mais de 150 acórdãos proferidos entre os anos de 2012 e 2019, vejamos.

Inicialmente, cumpre destacar que no Estado de São Paulo o abandono afetivo é praticado majoritariamente pelo genitor. Apenas um dos casos analisados trata de

---

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1579021/RS**, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Julgado Em 19/10/2017, Dje 29/11/2017. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em 30 abril 2019.

abandono materno, ocasião em que a genitora sequer teve convívio com o filho, tendo o abandonado no hospital com apenas 8 dias de vida<sup>32</sup>.

Em continuidade, depreende-se que na maior parte dos precedentes do Tribunal sobre o assunto, a pretensão prescreveu, não houve prova do dano, ou não se reconhecia a possibilidade de reparação.

Sobre a prescrição, o STJ firmou entendimento no sentido de que nos casos de reparação civil por dano moral afetivo, aplica-se o prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, §3º, V, do Código Civil, relativo à ação de reparação por ato ilícito, a ser contado a partir da maioridade civil do filho ou do conhecimento da paternidade (seja por meio de ação judicial ou não)<sup>33</sup>.

Na maioria dos casos em que houve a apreciação do mérito, fora negado provimento ao pedido de indenização uma vez que ausente um dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil. Para o desembargador relator Coltro<sup>34</sup>, a omissão ao dever de cuidado não constitui ato ilícito:

Não há dúvida que o amor, ou afeto, como sentimento que é, surge naturalmente, sem que seja possível obrigar alguém a gostar de outra pessoa, ou a permanecer gostando quando já não exista afinidade eficiente a isto, tanto assim que norma legal nenhuma há e que permita a execução de obrigação de fazer a tal correspondente.

Há quem defenda que o comportamento do genitor não causou repercussão negativa na formação do filho, faltando a demonstração do nexos de causalidade entre os alegados danos psicológicos e ausência do genitor. Segundo o desembargador relator Rômolo Russo<sup>35</sup>:

---

<sup>32</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 0014974-29.2011.8.26.0011**; Relator (a): Luiz Ambra; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2014; Data de Registro: 07/02/2014. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no **AREsp 1270784/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 30 abril 2019.

<sup>34</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 1000791-03.2016.8.26.0515**; Relator (a): A.C. Mathias Coltro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rosana - Vara Única; Data do Julgamento: 24/10/2018; Data de Registro: 26/10/2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

<sup>35</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 1010901-70.2015.8.26.0006**; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2017; Data de Registro: 22/11/2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

A ilicitude do ato não pode se basear na violação ou negligência de amor, afeto, carinho para com o filho, fatos que não se discutem pois juridicamente desimportantes para a responsabilização do réu.

Inexiste, portanto, a imposição legal de afeto, mas sim o dever objetivo de cuidado dos genitores em relação aos filhos, exigindo-se, no entanto, a comprovação do dano decorrente da inobservância deste dever, peculiaridade inócurrenente na hipótese.

Apesar do posicionamento majoritário do Tribunal ser no sentido de não reconhecer a configuração do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, foram localizados 7 julgados em que fora dado provimento à pretensão dos filhos abandonados.

No acórdão do recurso de apelação nº 0041643-09.2008.8.26.0405 julgado pela 2ª Câmara de Direito Privado, a turma julgadora entendeu que, ao descumprir o dever de visitar a filha, o pai incorreu em omissão ao dever de convivência, configurando ato ilícito indenizável. Nas palavras do desembargador relator José Joaquim dos Santos<sup>36</sup>:

O vínculo de filiação gera para os pais direitos e deveres decorrentes do poder familiar. Mesmo o pai ou mãe visitante (não guardião) mantém vínculo obrigacional com relação ao filho, por força de lei, com consequências jurídicas no caso de violação. Por isso, a visita ao filho constitui-se dever do pai. Consequentemente, o descumprimento desse dever constitui-se ato ilícito que deve ser reparado.

Portanto, evidenciado o descumprimento do dever de visitar as filhas pelo pai, como já mencionado, o ilícito deve ser reparado, restando evidente o dano moral sofrido, pois o pai, que deveria prestar auxílio material e afetivo à filha, abandonou-a, gerando-lhe insegurança, angústia e dor moral.

Quando do julgamento do recurso de apelação nº 0005780-54.2010.8.26.0103, o desembargador relator Ramon Mateo Júnior firmou entendimento no sentido de que o descumprimento do dever de convivência, consequência do poder familiar, constitui ato ilícito que deve ser reparado<sup>37</sup>:

O autor não vem a Juízo para pedir “amor” de seu pai, mas cobrar deste a sua responsabilidade que decorre da paternidade. O amor não poderia ser concedido ou inserido no coração da parte, por ato judicial.

Observo que a responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos (em seus

<sup>36</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 0041643-09.2008.8.26.0405**; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/08/2013; Data de Registro: 28/08/2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

<sup>37</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 0005780-54.2010.8.26.0103**; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 14/05/2014; Data de Registro: 16/05/2014. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.



espíritos) os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, conscientes da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter.

Desta feita, foge ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou mesmo, a manter um relacionamento afetivo, isso cabe tão somente à consciência de cada um, em seu discernimento pessoal, sopesando valores e princípios apreendidos. Entretanto, em sua missão de pacificação social e humanização do Direito, tem o Judiciário a missão de reparar as injustiças, dentro dos limites da lei.

Além de reconhecer o afeto como um dever implícito no ordenamento jurídico brasileiro, o desembargador relator Alexandre Marcondes, ao julgar o recurso de apelação nº 0232345-22.2006.8.26.0100, faz importante ressalva aos danos causados ao filho<sup>38</sup>:

Sabe-se que o Direito, sabiamente, reconhece a possibilidade de ressarcimento por abandono afetivo, haja vista a compatibilidade existente entre os institutos da família e da responsabilidade civil. Presentes os três elementos componentes do ramo indenizatório, quais sejam a conduta antijurídica, o nexo de causalidade e o dano irrefutável gerado pelo abandono, patente a necessidade de reparação.

O exame dos autos comprova que o autor realmente tem marcas deixadas pela carência da figura paterna, essencial para o bom crescimento de qualquer ser humano. Esta reminiscência, entretanto, não o impediu de construir uma vida normal, o que, embora não implique a exclusão da responsabilidade do pai, tem o condão de provocar a diminuição do abalo moral.

Nesse sentido, o abandono por si só causa danos ao filho, de modo que as consequências do ato ilícito do pai não precisam ser catastróficas a ponto de arruinar sua vida adulta, ou seja, a construção de um futuro sadio não exclui a responsabilidade do pai que não esteve presente para prover o mínimo necessário para o desenvolvimento do filho.

Ainda, no julgamento do recurso nº 4000844-37.2013.8.26.0482 a desembargadora relatora Ana Lucia Romanhole Martucci corrobora a natureza jurídica do abandono afetivo, na medida em que afirma ser irrelevante ao direito o fato de o genitor nutrir ou não amor pelo seu próprio filho, bastando o não cumprimento dos deveres legais para a configuração da indenização<sup>39</sup>:

<sup>38</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 0232345-22.2006.8.26.0100**; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2015; Data de Registro: 07/04/2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

<sup>39</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 4000844-37.2013.8.26.0482**; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 07/05/2015; Data de Registro: 08/05/2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Não se ignora a controvérsia acerca da possibilidade de responsabilização civil do genitor pelo abandono afetivo do filho. Há quem defenda que não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer princípio ou artigo de lei que institua o dever de alguém amar outra pessoa, ainda que seu próprio filho. Contudo, é possível (e relevante) seja aplicada a responsabilidade civil, não quanto à ausência de sentimento - o amor que se espera que um pai nutra pelo filho (uma obrigação, senão jurídica, moral dos genitores para com sua prole), porém no que tange à possível omissão quanto aos poderes deveres inerentes ao poder familiar: de assistência moral, de educação, convívio, respeito que devem ser empregados na formação da pessoa humana.

Assim, quanto à conduta, deve-se atentar à eventual omissão no dever de cuidado o ato ilícito-, sendo irrelevante (juridicamente) nutrir ou não o genitor amor pelo seu próprio filho.

Adiante, a desembargadora relatora Ana Lucia Romanhole Martucci afirma que a condenação do genitor ao pagamento de indenização por abandono perpetrado não obsta a aplicação de outras medidas punitivas:

Em outras palavras, os deveres inerentes ao poder familiar guardam estreita relação com os direitos da personalidade, de sorte que eventual violação de tais deveres venha a acarretar como resposta diversas sanções dentre as quais se encontram a suspensão ou destituição do poder familiar e o crime de abandono, que, todavia, não afastam a possibilidade de condenação do genitor ao pagamento de indenização pelos danos morais consistentes no sofrimento intenso ocasionado ao filho e no trauma psicológico com o qual este deverá conviver.

Em jugado de 2016, apelação nº 1001096-83.2014.8.26.0344, o desembargador relator Luiz Antonio Costa reconhece a aplicabilidade do acórdão paradigma do STJ proferido pela Terceira Turma, reconhecendo a ilicitude da conduta do pai que abandonou a filha após 10 anos de convívio, e ainda firmou entendimento no sentido de que o pagamento da indenização não exime o genitor do dever de convivência<sup>40</sup>:

O STJ reconheceu que o abandono afetivo, consistente no descumprimento do dever do genitor de conviver com o filho (e não do “dever de amar o filho”), enseja dano moral, devendo-se seguir o Tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência relativamente a temas infraconstitucionais, sob pena de se tratar desigualmente casos semelhantes.

Noto incidentalmente que a condenação não exime o Apelante de cumprir seu dever de convivência até a maioridade da filha.

---

<sup>40</sup>Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 1001096-83.2014.8.26.0344**; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 31/10/2016; Data de Registro: 31/10/2016. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Em 2017, o desembargador relator Alcides Leopoldo julgou procedente o recurso de apelação nº 0006941-27.2010.8.26.0127, ante a demonstração dos elementos da responsabilidade civil subjetiva<sup>41</sup>:

O abandono afetivo indenizável deve ser injustificado e voluntário, o que restou demonstrado, e pela omissão houve, ainda, abalo psicológico, que é verossímil, pela narrada sensação de desamparo e rejeição, violadores da autoestima e dignidade pessoal.

Por fim, o desembargador relator Enio Zuliani, ao julgar a apelação nº 0005279-45.2010.8.26.0477 expôs a necessidade de ser reconhecida pelos Tribunais a ilicitude dos atos praticados pelos pais que não suprem as carências emocionais dos filhos<sup>42</sup>:

Depois de intensa exploração acadêmica e que muito estimulou a interpretação sobre o tema, o abandono afetivo está inserido no sistema jurídico da família como ilícito (art. 186, do CC). Compreende uma vertente da falta de cuidado instituído no art. 227, da CF, vencida a tese de que os pais não são obrigados a amar seus filhos. Não é sentimento, mas, sim, obrigação de respeitar e acompanhar o natural desenvolvimento (art. 1634, I e II, do CC), proporcionando meios de se realizar a dignidade humana. Não é necessário que o pai caminhe ao lado do filho, observe todos os seus atos e o aconselhe em tudo e para tudo, porque a liberdade que se concede aos poucos é fundamental para que se conquiste a individualidade e fortaleça a personalidade. Porém, nunca que se abandone e, principalmente, que se rejeite, porque o desprezo ou a ignomínia paterna não são obras do destino.

Não se indeniza o desamor ou as agruras sentimentais, mas, sim, a ilicitude (art. 186, do CC), algo que supera os limites da razoabilidade em temas familiares. O réu poderia até sentir magoado e se afastar das filhas pelo fracasso do matrimônio, o que não justifica tornar pública a sua rejeição, expondo a filha a um constrangimento particular e social. O ajuizamento da ação é algo que sequer filhos com tempera de aço são capazes de suportar. Daí porque cabe reconhecer a ilicitude e o dano (art. 186, do CC), em virtude das provas que confirmam a infelicidade da autora a partir de todos esses lances paternos.

Sob o manto do princípio da dignidade humana, alguns magistrados passaram a reconhecer o direito de convivência como dever jurídico decorrente do poder familiar, prestigiando a filiação socio afetiva. No entanto, é alarmante o fato de que foram

---

<sup>41</sup>Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 0006941-27.2010.8.26.0127**; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2017; Data de Registro: 04/04/2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

<sup>42</sup>Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **Apelação Cível 0005279-45.2010.8.26.0477**; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

analisados mais de 150 (cento e cinquenta) julgados e em apenas 7 (sete) deles fora dado provimento a pretensão indenizatória dos filhos.

Portanto, não restam dúvidas de que falta ao Judiciário um consenso a respeito da aplicação do instituto da reponsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, sendo certo que muitos julgadores entendem que as ações visam obrigar o pai a amar, quando na verdade os filhos pleiteiam apenas o regular cumprimento dos deveres legais previstos no ordenamento jurídico.

## **CONCLUSÃO**

Para a efetiva concretização do direito ao cuidado, o ordenamento jurídico impõe aos pais o dever de convivência familiar a fim de assegurar a dignidade da criança e do adolescente.

Nesse sentido, o Estado tutela a proteção aos direitos da personalidade dos menores, impedindo que os pais adotem condutas negligentes que importam em prejuízo para o desenvolvimento moral, intelectual e psíquico dos filhos.

Assim, o abandono e o descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos importa na perda do poder familiar, sanção prevista no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1683, III, do Código Civil, sendo esta uma penalidade com função meramente punitiva.

No entanto, a perda do poder familiar pode resultar em bonificação ao pai que perpetua o abandono dia após dia, funcionando como uma espécie de alforria quando do cumprimento de sua função parental.

Por esse motivo, as demandas indenizatórias fundadas nos danos decorrentes do desafeto alcançam uma função punitiva e dissuasória na medida em que conscientiza o pai a respeito dos graves danos causados ao filho.

Nesse sentido, a compensação econômica nas demandas consubstanciadas no abandono afetivo produz uma espécie de mitigação dos sofrimentos dos filhos e acarreta a punição, ainda que de ordem patrimonial, dos pais. De longe não parece ser a sanção mais adequada para reprimir a prática de condutas violadoras ao dever de cuidado, porém, é a única que está à disposição das vítimas para, ao menos, compensar os danos decorrentes dos comportamentos antijurídicos.

Em síntese, as pretensões indenizatórias possibilitam a conjugação entre a afirmação da dignidade e o dever de solidariedade, estabelecendo uma compensação pelos danos causados à sua personalidade.

Contudo, o judiciário ainda defende a irrelevância do afeto, justificando a improcedência dos pedidos de indenização na impossibilidade de se obrigar alguém a amar. Porém, as demandas fundadas no abandono afetivo não se pretendem valorar o amor ou instituir diretrizes legais aos sentimentos, mas tão somente o reconhecimento da ilicitude dos atos cometidos pelos pais que adotam condutas contrárias à lei.

Desse modo, os operadores do Direito devem levar a discussão aos Tribunais para que o Judiciário passe a compreender o afeto como um valor inerente à formação da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal, 1988**, Lei nº 8.069/1990.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Convenção sobre Direito da Criança**; Brasil decreto nº 99. 710 de 21 de novembro de 1990.

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 1.159.242-SP**, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 30 abril 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Julgado Em 19/10/2017, Dje 29/11/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 30 abril 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1270784/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 30 abril 2019.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed. Método. São Paulo, 2006.

DIAS, Caroline Said. **Os instrumentos jurídicos do direito civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6301>. Acesso em: 28 abr. 2019>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: **Direito de Família**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5: **Direito de Família**. 22ª ed. São Paulo - Saraiva. 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **Responsabilidade Civil**, 26ª ed. Saraiva – São Paulo, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FORTUNA, Tânia Ramos. A reinvenção da infância. **Pátio, volume. II, número. 6**, Porto Alegre, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 3: **responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paternofilial**. Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, março, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos**: além da obrigação legal de caráter imaterial. Revista do Tribunal Regional Federal 3. Região, São Paulo, v. 78, 2006. Disponível em: Acesso em: 30 de abril de 2019.

LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro. Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre. Magister/IBDFAM, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v.9, n.29, jul./dez. 2006.**

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável: O Novo CPC**. 6ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2016.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e Sucessões**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Pós modernidade e Direito de Família, In: FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTP, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p.667-680, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo. Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Clonagem**: pessoa e família nas relações do direito civil. Revista CEJ, Brasília, n. 16, p. 49-52, jan/mar. 2002.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0006941-27.2010.8.26.0127**; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2017; Data de Registro: 04/04/2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0005279-45.2010.8.26.0477**; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1001096-83.2014.8.26.0344**; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 31/10/2016; Data de Registro: 31/10/2016. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0232345-22.2006.8.26.0100**; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2015; Data de Registro: 07/04/2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 4000844-37.2013.8.26.0482**; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 07/05/2015; Data de Registro: 08/05/2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0041643-09.2008.8.26.0405**; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/08/2013; Data de Registro: 28/08/2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0005780-54.2010.8.26.0103**; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 14/05/2014; Data de Registro: 16/05/2014. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0014974-29.2011.8.26.0011**; Relator (a): Luiz Ambra; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2014; Data de Registro: 07/02/2014. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1000791-03.2016.8.26.0515**; Relator (a): A.C. Mathias Coltro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rosana - Vara Única; Data do Julgamento: 24/10/2018; Data de Registro: 26/10/2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1010901-70.2015.8.26.0006**; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2017; Data de Registro: 22/11/2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso 30 abril 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.