

NATHÁLIA NUNES FARIA DIAS

**A (IM) POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA INDENIZAÇÃO  
POR DANO MORAL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO  
PATERNO-FILIAL**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG  
2010

NATHÁLIA NUNES FARIA DIAS

**A (IM) POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA INDENIZAÇÃO  
POR DANO MORAL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO  
PATERNO-FILIAL**

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga/MG, como exigência parcial de obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Alessandra Dias Baião

FIC-MG  
2010

“Uma pessoa pode ter uma infância triste e mesmo assim chegar a ser muito feliz na maturidade. Da mesma forma, pode nascer num berço de ouro e sentir-se enjaulada pelo resto da vida”.

CHARLES CHAPLIN

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de energia e inspiração para a elaboração deste trabalho.

A minha orientadora, Professora Alessandra Baião, pelo auxílio, disponibilidade de tempo e material, sempre com simpatia e boa vontade.

A minha mãe pelo apoio e compreensão. Ao meu pai e ao meu irmão pelo incentivo.

Aos meus colegas de faculdade que de alguma forma contribuíram para que a conclusão deste trabalho se tornasse possível.

## **RESUMO**

A lei prevê responsabilidades do pai para com o filho menor. Entretanto, tais responsabilidades devem limitar-se à esfera material, essencialmente a prestação de alimentos, que abrange educação, moradia, lazer, saúde entre outros direitos. Assim, a condenação indenizatória por dano moral em face do abandono afetivo não é instrumento viável para reparar suposto abalo consternado pelo menor, uma vez que a assistência pecuniária já é realizada através da prestação alimentícia. Ademais, a relação entre pai e filho que já é distante pode se potencializar devido à litigiosidade que envolve uma ação de cunho indenizatório por falta de afeição. Desta feita, entende-se que a punição para o pai que abandona afetivamente seu filho deve integrar apenas a esfera extrapatrimonial, qual seja, a perda do poder familiar, prevista no artigo 1.638, II do Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil; dano moral; poder familiar; abandono afetivo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>13</b>
1.1 A Responsabilidade contratual e extracontratual .....	14
1.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva .....	15
1.3 Requisitos da Responsabilidade Civil .....	15
1.3.1 O ato ilícito .....	17
1.3.2 Dano .....	18
1.3.2.1 Dano Moral.....	19
1.3.2.1.1 A configuração do dano moral .....	21
1.3.2.2 Dano patrimonial .....	21
1.3.3 Nexo Causal.....	22
<b>CAPÍTULO II – O PODER FAMILIAR E A AFETIVIDADE .....</b>	<b>24</b>
2.1 O Poder familiar: características e fundamentação legal.....	24
2.1.1 Da cessação, suspensão e extinção do poder familiar. ....	25
2.2 A guarda e o exercício do poder parental após o divórcio .....	27
2.3 O afeto nas relações de família.....	29
<b>CAPÍTULO III - (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR AUSÊNCIA AFETIVA DO GENITOR AO FILHO MENOR .....</b>	<b>32</b>
3.1 O Abandono afetivo e a perda do poder parental .....	36
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>42</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>44</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A (im) possibilidade da incidência da indenização por dano moral em face do abandono afetivo paterno-filial” tem como objetivo estabelecer limites à interpretação do dano moral, com uma análise profunda a sua concepção contemporânea, fundamental ao exercício da prática jurídica.

O estudo do tema é relevante considerando que sua análise deve primar pela devida aplicação da responsabilidade civil com coerência em face do caso concreto. Evitando-se, assim, a imposição aleatória da responsabilidade civil e consequentemente a banalização do dano moral.

Desta feita, inviável a acolhida do abandono afetivo como passível de indenização, haja vista que a sociedade aspira à segurança jurídica enquanto primórdio do Estado de Direito.

Sob tal ótica, questiona-se: comete ato ilícito o pai que não possui afeição pelo seu filho? Eventual dano deveria ser punido através de prestação pecuniária? Tal prestação tem o condão de reparar o abalo psíquico supostamente sofrido pelo menor? Como é determinada a relação de causa e efeito entre a omissão afetiva do genitor e a suposta consternação sentida pelo filho? É possível quantificar o amor? Qual seria a penalidade pelo descumprimento do dever de convivência? Enfim, é possível a incidência de dano moral por abandono afetivo do genitor ao filho menor? São esses e outros questionamentos que fomentam a presente monografia.

Assim sendo, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, elaborada a partir de investigações legais, doutrinárias e jurisprudenciais. Ademais, possui vertentes inter e transdisciplinares tendo em vista o estudo do Direito e da Psicologia, bem como de searas jurídicas distintas, a saber, o Direito Civil e Constitucional.

A monografia em epígrafe, tem como marco teórico as idéias de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Faria, que sustentam que a indenização por dano moral em face do abandono afetivo não é a melhor alternativa para se dirimir o problema, uma vez que não atende ao objetivo final colimado, qual seja, a reparação do dano psíquico sofrido pelo autor.

Em verdade, a indenização pecuniária não tem o condão de suprir a carência afetiva sentida pelo filho, tampouco de impor ao réu-genitor um sentimento de apego, amor e carinho por ele.

A partir de então, encontra-se substrato a hipótese de que a solução razoável para tal situação fática, seria a prevista no artigo 1638, II do Código Civil. Ou seja, a destituição do poder familiar desse genitor omissor, uma vez que ele descumpriu um dever imposto pela lei.

Deste modo, a presente monografia é composta por 3 (três) capítulos. No primeiro deles, denominado “Da Responsabilidade Civil”, será abordada a teoria geral da Responsabilidade Civil e os elementos essenciais para sua caracterização, ou seja, dano, ato ilícito e nexo de causalidade.

Já no segundo capítulo, intitulado “O poder familiar e a afetividade” pretende-se realizar um estudo mais aprofundado nos institutos do Direito de Família e da Psicologia, a partir de análises legais e bibliográficas.

E, por fim, o terceiro e último capítulo tratará da responsabilização civil por abandono afetivo, demonstrando-se através de estudos bibliográficos e jurisprudenciais, a impossibilidade de sua aplicação, por falta de viabilidade jurídico-social, tendo em vista que fere o princípio da segurança jurídica, bem como banaliza o instituto da responsabilidade civil, que não deve ser aplicado em relações de caráter subjetivo pertencentes ao foro íntimo do homem.

Por tais razões, o presente trabalho tem como objetivo avaliar a aplicação da responsabilidade civil, especialmente nas relações afetivas de família, verificando a inviabilidade jurídico-social da imputação do dano moral em face do abandono afetivo do menor.



## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo, é essencial a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de investigar a possibilidade ou não da aplicação da responsabilidade civil em face do abandono afetivo do menor pelo seu genitor.

Nesse desígnio, devem ser considerados os seguintes conceitos: responsabilidade civil, dano moral, poder familiar e abandono afetivo, os quais se passam a explicar a partir de então.

No que tange à responsabilidade civil, Silvio de Salvo Venosa diz que “o que interessa é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar”<sup>1</sup>.

Já Fábio Ulhoa a conceitua como sendo “a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”<sup>2</sup>.

No mesmo sentido, são as palavras de Caio Mário, que afirma: “O causador da ofensa ou violação do direito alheio, diz a lei (código Civil, art. 942), responde com os seus bens pela reparação do dano causado”<sup>3</sup>.

Destarte, entende-se que tal instituto pode ser dividido em diferentes espécies, dentre elas destacam-se o dano material (ou patrimonial) que atinge “os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”<sup>4</sup> e o dano moral (extrapatrimonial) que é “aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não-material”<sup>5</sup>.

Acerca o dano moral, destaca-se, também, o conceito lecionado por Fábio Ulhoa: [...] “Extrapatrimoniais, por sua vez, são os relacionados à dor por ela

---

<sup>1</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.238.

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil*. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

<sup>3</sup> PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16.ed., rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 555.

<sup>4</sup> CARVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.71.

<sup>5</sup> *Ibidem*. p.71.

experimentada. Não repercutem no patrimônio do credor da obrigação de indenizar, e são chamados, também, de *danos morais*”<sup>6</sup>.

Na mesma esteira tem-se as palavras de Maria Helena Diniz, que ensina que o dano moral “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”<sup>7</sup>, sendo que, sua reparação tem como objetivo a compensação pecuniária da vítima pela lesão jurídica sofrida, e, a repreensão do autor pelo cometimento do evento danoso.

Dentre as diversas abordagens de relevância do dano moral, há que se discutir a hipótese do abandono afetivo, que seria a falta de amor, carinho e atenção do pai em relação ao filho, ou seja, a falta de assistência moral e psicológica. Sobre o tema, cita-se as palavras da psicóloga e psicoterapeuta Ivone de Souza:

[...] abandono é sempre grave ataque, uma violência tantas vezes silenciosa, que paira como negativa em conceder à criança seu direito ao *provimento amoroso* essencial, ao cuidado e ao zelo imprescindíveis ao desenvolvimento psíquico sadio<sup>8</sup>.

Sobre o abandono afetivo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria asseveram:

[...] muitos pais, por absoluta falta de senso de afeto com seus filhos (ou mesmo por ignorância do sentido e relevância do vínculo paterno-filial), frustram a prestação da assistência moral e material para com seus filhos, surge intrigante questão a ser tratada: o descumprimento do dever de assistência moral (caracterizando **o chamado abandono afetivo**) [...]”<sup>9</sup> (grifos nossos)

Assim, pode-se questionar se o abandono afetivo geraria ou não lesão ao exercício do pátrio poder<sup>10</sup> que “é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos

<sup>6</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303.

<sup>7</sup>DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88.

<sup>8</sup>SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. 13. ed. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 62

<sup>9</sup>FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 553.

<sup>10</sup> Expressão cunhada pelo Código Civil de 1916, agora reconhecida como “poder familiar” à luz do artigo 1634 do Código Civil de 2002.

pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens”<sup>11</sup>.

Washington de Barros Monteiro considera o poder familiar “como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”<sup>12</sup>.

Esses são alguns apontamentos conceituais que entendemos ser necessários para uma adequada compreensão da temática proposta.

---

<sup>11</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.367.

<sup>12</sup>MONTEIRO, Washinton de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 40.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 329.

## CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sem dúvidas a responsabilidade civil é um dos temas mais relevantes e complexos do mundo jurídico atual. Isso acontece devido ao grande desenvolvimento do direito em relação às atividades do homem, que precisam, sempre, estar em equilíbrio. Nesse sentido afirma Maria Helena Diniz “o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil”<sup>13</sup>.

A responsabilidade civil pressupõe a existência de uma conduta (omissiva ou comissiva) voluntária que transgride um dever jurídico e causa dano a outrem. Assim, é imprescindível que se examine a fundo a conduta do agente para se verificar se tal conduta cogita ou não a obrigação de reparar. Se, realmente, houver esta obrigação, deve-se indagar de que maneira tal prejuízo será ressarcido, em que condições se dará a reparação<sup>14</sup>.

Desse modo, segundo Silvio Rodrigues, surge um princípio geral do Direito, que é a regra geral da responsabilidade civil, qual seja, “quem causa dano a outrem tem o dever de repará-lo”<sup>15</sup>. De fato tal princípio é imprescindível para que a vida em sociedade seja viável, uma vez que ele possibilita o convívio harmônico das pessoas, equilibrando suas relações.

O Código Civil de 2002 consagra tal princípio em seu artigo 927 que dispõe: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”<sup>16</sup>. A definição de ato ilícito também encontra-se inserida no mesmo diploma legal, no artigo 186, que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>17</sup>.

Vejamos os ensinamentos de Cavalieri Filho quanto ao tema:

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20. ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, p. 13.

<sup>15</sup> *Ibidem* 7.

<sup>16</sup> BRASIL, CÓDIGO CIVIL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed. São Pulo: Saraiva, 2007, p. 232.

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 183.

Registre-se por derradeiro, que nem sempre haverá coincidência entre dano e ilicitude. Nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso. *Por isso, a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O artigo 927 é expresso nesse sentido(...)*<sup>18</sup>.

Assim sendo, fica evidente que a idéia do legislador foi estabelecer que só existirá obrigação de reparar um dano, se a conduta praticada transgredir um dever jurídico, ou seja, para haver a responsabilidade civil é imprescindível que haja o ato ilícito, o que não ocorre no caso do abandono afetivo, por falta de expressa previsão legal, uma vez que ninguém está obrigado a amar ou a dedicar seu amor a outrem.

### **1.1 A Responsabilidade contratual e extracontratual**

A responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Sobre o assunto, vejamos o que leciona Cavalieri Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chama de ilícito aquiliano ou absoluto.<sup>19</sup>

Por conseguinte, a responsabilidade contratual decorre do descumprimento de uma obrigação assumida através de um contrato, sendo certo que, se algum dos contratantes deixar de cumprir o que foi acordado, terá que ressarcir os prejuízos decorrentes de sua conduta. Já a responsabilidade extracontratual acontece quando o agente infringe um direito previsto na lei, sendo que, como acontece na responsabilidade contratual, aquele que desobedeceu a lei e causou prejuízo a outrem deverá repará-lo.

---

<sup>18</sup> CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.18.

<sup>19</sup> *Ibidem*. p.15.

## 1.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Para Silvio Rodrigues, tais institutos não se tratam de espécies de responsabilidade, mas, sim de formas distintas de se enfrentar o dano. Nesse sentido, são suas palavras:

Em rigor não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco.<sup>20</sup>

Percebe-se, portanto, que a comprovação da culpa do agente é indispensável para que se configure a responsabilidade subjetiva e conseqüentemente o dever de indenizar. O contrário ocorre na responsabilidade objetiva, pois a culpa do agente é irrelevante, uma vez que o que interessa é saber se há nexo de causalidade entre a ação praticada e o dano sofrido.

Como o objetivo da presente pesquisa é averiguar a aplicação ou não da indenização por dano moral, o tema que nos interessa é a responsabilidade extracontratual subjetiva, portanto é dele que trataremos a partir de agora.

## 1.3 Requisitos da Responsabilidade Civil

Doutrina e jurisprudência são bastante divergentes quanto aos requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil. Maria Helena Diniz entende que a responsabilidade civil pressupõe: a) a existência de uma ação; b) a ocorrência de um dano; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação<sup>21</sup>.

Para esta autora, a culpa está inserida na ação como fundamento da responsabilidade civil; e o ato ilícito qualifica-se por essa ação culposa, ou seja, a

---

<sup>20</sup>RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20. ed., rer. Atual. São Paulo: Saraiva, p. 11.

<sup>21</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.

ilicitude emana da conduta reprovável do agente. Contudo, a referida autora afirma que poderá ocorrer a obrigação de indenizar sem que, necessariamente, ocorra o ato ilícito.

Já Sérgio Cavalieri Filho ensina que para haver a responsabilidade extracontratual subjetiva e objetiva, é imprescindível que ocorra o ato ilícito. Para ele, este é o requisito mais relevante para o estudo do tema, uma vez que é a fonte geradora da responsabilidade<sup>22</sup>.

Entretanto, segundo o referido autor, o ato ilícito, em sentido estrito, é o conjunto de pressupostos da responsabilidade. Isso quer dizer que, os requisitos da responsabilidade subjetiva são tão íntimos, que ela só ocorre quando seus elementos se integram. Tais elementos seriam: a) Conduta Culposa; b) Nexo Causal; c) O dano.

Porém, a Jurisprudência vem firmando entendimento diverso dos demais ao afirmar que os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil são: a) ato ilícito; b) dano; c) nexo de causalidade. Vejamos:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. - **A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal**, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam.<sup>23</sup> (grifos nossos)

Em outra decisão é possível perceber o mesmo entendimento:

---

<sup>22</sup> CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. Ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.07.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0707.05.095951-9/001 da quinta Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 08 de julho de 2010. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1)>. Acesso em 29 out. de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. COMPRA E VENDA DE GRANITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARACTERIZAÇÃO. REQUISITOS. ATO ILÍCITO. DANO. NEXO CAUSAL. PROVA. INEXISTÊNCIA. 1 - A responsabilidade civil é composta por três pressupostos indissociáveis, quais sejam, o ato ilícito, o dano efetivo e o nexo de causalidade, a ausência de um deles elide o dever de indenizar. 2 - O dano é o elemento propulsor do dever indenizatório, portanto, se ausente nos autos elemento probatório de que o negócio jurídico entabulado pelas partes e desfeito com plena quitação e devolução da quantia já adimplida por um dos contratantes, resultou em prejuízo ao autor, a improcedência da Ação Reparatória é medida que se impõe.<sup>24</sup>

Para o desenvolvimento da presente monografia, filiamo-nos ao entendimento jurisprudencial. Assim, entendemos que os requisitos essenciais para configurar a obrigação de indenizar são: a) ato ilícito; b) dano; c) nexo de causalidade.

Ademais, entendemos que o ato ilícito é o pressuposto de maior importância para a caracterização da responsabilidade civil, especialmente para a responsabilidade subjetiva, a qual não existirá sem a ocorrência da ilicitude.

### 1.3.1 O ato ilícito

Como dito no subtítulo anterior, entendemos que o ato ilícito seja o elemento mais importante para a caracterização da responsabilidade civil, e que, sem ele, não há que se falar em obrigação de indenizar.

A grande maioria dos doutrinadores - dentre eles Maria Helena Diniz, que diz que “o ato ilícito qualifica-se pela culpa”<sup>25</sup> - entendem que o ato ilícito está fortemente ligado à culpa, e que, sem ela, ele não existirá. Baseados neste raciocínio, eles afirmam que pode existir responsabilidade civil sem ato ilícito.

*Data venia*, discordamos de tal posicionamento, e, mais uma vez, trazemos a baila os ensinamentos de Cavalieri Filho:

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobre tudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha – íntima ligação entre seu conceito e a culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita culpa.

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0686.07.198378-3/001 da décima sexta Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 13 de janeiro de 2010. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1)>. Acesso em 29 out de 2010.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.



Com efeito, se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então, onde não houver culpa também não haverá ilícito. Nesse caso, qual seria o fato gerador da responsabilidade objetiva?<sup>26</sup>

O referido autor ainda classificou o ato ilícito sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo.

O ato ilícito é a fonte geradora do dever de indenizar. Para a sua caracterização no âmbito subjetivo, é necessário que haja uma conduta voluntária que viole um dever jurídico (ato ilícito), ou seja, o comportamento livre e consciente do agente - a vontade de praticar o ato é essencial para a sua configuração. A culpa é o elemento central e constitutivo do ato ilícito.<sup>27</sup>

No âmbito objetivo, pouco importa a conduta do agente, o que interessa é que o ato praticado viola a lei (ato ilícito), vai de encontro à vontade do direito. Saber se a conduta foi consciente e livre é irrelevante, a culpa é elemento prescindível. Contrário do que ocorre no âmbito subjetivo, nesta ocasião pratica-se um juízo de valor sobre o ato praticado.<sup>28</sup>

Dessa maneira restou satisfatoriamente demonstrado que o ato ilícito é pressuposto para a caracterização tanto da responsabilidade objetiva quanto da subjetiva, uma vez que, mesmo podendo ser considerado sob dois aspectos, ambos pressupõem a transgressão de um dever jurídico.

Portanto, para que a ocorra o dever de indenizar, não se pode haver somente uma conduta que cause dano a outrem. Além de causar o dano, esta conduta tem que ser contrária ao direito, ou seja, deve desobedecer a um dever jurídico preexistente.

### **1.3.2 Dano**

Não há divergência na doutrina nem na jurisprudência quanto à necessidade da existência do dano como elemento caracterizador da responsabilidade civil.

O dano é, na realidade, o verdadeiro motivo da existência da responsabilidade civil, pois, se não houver dano não há o que indenizar nem a quem indenizar.

---

<sup>26</sup> CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8.ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.08.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p.09.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p.15.

Com efeito, para pleitear uma indenização decorrente de responsabilidade civil, o sujeito deverá primeiro comprovar a existência do dano que alega ter sofrido.

Ocorre o dano quando há a lesão, a perda ou prejuízo a algum bem jurídico, seja ele de cunho moral ou patrimonial. Um ato ilícito que não cause dano a outrem pode acarretar uma responsabilidade penal, mas, nunca a responsabilidade civil, uma vez que indenizar alguém que não sofrera nenhum prejuízo causaria enriquecimento ilícito.<sup>29</sup>

Maria Helena Diniz ensina que, para que o dano seja indenizável, é necessária a ocorrência dos seguintes requisitos: a) *Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa*, pois, como dito anteriormente o dano é o prejuízo causado ao bem jurídico de outrem; b) *Efetividade ou certeza do dano*, ou seja, a existência do dano deverá ser comprovada; c) *causalidade*, pois deve haver liame entre o dano e o seu fato gerador; d) *subsistência do dano*, ou seja, o dano deve ainda existir no momento da reparação, se ele já foi reparado pelo agente responsável não existe mais dano a ser reparado, o contrário ocorre se o dano tiver sido reparado pela vítima; e) *legitimidade*, só pode reclamar a reparação do dano o titular do bem jurídico lesado ou seus dependentes; f) *ausência de causas excludentes de responsabilidade*, tais como: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, entre outros, que dão causa a obrigação de indenizar.<sup>30</sup>

Logo, a conduta danosa que não possua, cumulativamente, tais requisitos não será passível de indenização, uma vez que não restará configurada a hipótese de responsabilidade civil.

### **1.3.2.1 Dano Moral**

Dano moral é todo prejuízo não material, ou seja, aquele que não envolve lesão pecuniária, mas sim lesão psíquica, intelectual. Um indivíduo vítima de dano moral sofre uma dor da alma devido ao sofrimento ou constrangimento a que é

---

<sup>29</sup> CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.71.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

exposto. Nesse sentido, são as palavras de Sergio Cavaliere “dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma”.<sup>31</sup>

Com o advento da Constituição da República de 1988 a aplicação do dano moral tornou-se mais efetiva. Além disso, seu conceito sofreu modificações, tornando-se mais abrangente. É assim o pensamento de Sergio Cavaliere ao lecionar “a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”.<sup>32</sup>

A reparação do dano moral não tem o condão de restabelecer a situação em seu estado anterior, como ocorre no dano patrimonial. Isso nunca seria possível, afinal, não se pode equiparar o abalo psíquico ao dinheiro. Na verdade, o dano moral tem duas funções distintas, quais sejam: a) amenizar o sofrimento ou o constrangimento sentido pela vítima; b) punir o agente causador do dano.

Em relação a este assunto, Cavaliere assevera:

Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento. Em suma a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação – que, ale de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões.<sup>33</sup>

Outra problemática bastante discutida acerca do dano moral é em relação à sua quantificação. Com efeito, o abalo psíquico ou intelectual é impossível de ser avaliado monetariamente. Não se pode quantificar a dor do outro. Por isso, a indenização por dano moral é, apenas, uma forma de consolar a vítima pelo dano sofrido, mas, nunca de repará-la totalmente.

Ademais, como em toda condenação por responsabilidade civil, deve-se levar em conta a condição financeira da vítima e do agressor.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Sílvio Venosa:

---

<sup>31</sup>CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. Ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.79.

<sup>32</sup> Ibidem. p.74.

<sup>33</sup> Ibidem. p.81.

Temos que levar em conta, por outro lado, além da situação de nosso país de pobreza endêmica e má e injusta distribuição de renda, que a indenização não pode ser de tal monta que acarrete a penúria ou pobreza do causador do dano, pois certamente outro problema social será criado. **Os julgadores devem buscar o justo equilíbrio no caso concreto.**<sup>34</sup>(grifos nossos)

Destarte, no momento de quantificar o valor indenizatório, o julgador deve manter em equilíbrio o binômio necessidade/possibilidade, e agir com equidade a fim de que a condenação por danos morais atinja o fim para o qual foi instituída.

#### **1.3.2.1.1 A configuração do dano moral**

Não existem critérios objetivos para se afirmar se ocorreu ou não o dano moral. Esse é um debate interessante, haja vista que, atualmente, a responsabilidade civil subjetiva tende a se tornar uma oficina (bastante produtiva) de indenizações sem causa.

Em verdade, os meros dissabores do cotidiano não podem ser confundidos com os sintomas caracterizadores do verdadeiro dano moral, sob pena de se tornar insuportável, a ponto de se inviabilizar, a própria vida em sociedade.

Portanto, para a configuração do dano moral, o julgador deve se pautar pela lógica do razoável, reputando dano somente a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfiram intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

#### **1.3.2.2 Dano patrimonial**

Para melhor entendimento acerca do assunto, mister se faz, a conceituação de patrimônio, para tanto, citamos Maria Helena Diniz que leciona “o patrimônio é uma universalidade constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

Pois bem, dano patrimonial é o prejuízo ou perda causada ao patrimônio de outrem, relativo a seus bens, sendo, portanto, passível de quantificação monetária e indenização. Sobre o tema Sílvio Venosa afirma, “o dano patrimonial, portanto é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.<sup>36</sup> Para Cavalieri o dano patrimonial configura-se, também, pela lesão a direitos personalíssimos como o bom nome, saúde, imagem, que podem causar prejuízos ao patrimônio da vítima ou lhe gerar despesas.<sup>37</sup>

Para se averiguar a extensão do dano patrimonial, deve-se fazer um paralelo entre o patrimônio que a vítima possuía antes da lesão e o que lhe restara após a ocorrência do evento danoso.<sup>38</sup>

O dano patrimonial subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. O primeiro é relativo ao patrimônio que a vítima efetivamente perdeu, sendo que a indenização deverá ser suficiente para reintegrar totalmente o patrimônio lesado. O lucro cessante é relativo a bens futuros, ou seja, aqueles que a vítima esperava ganhar, sendo certo que, se tal expectativa não se concretiza, haverá flagrante diminuição no patrimônio da vítima.<sup>39</sup>

### 1.3.3- Nexo Causal

Não existe responsabilidade civil se não houver vínculo entre o dano e ação que lhe deu causa. Esse liame é denominado “nexo causal” requisito imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil. Segundo Venosa “é por meio da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”.<sup>40</sup>

Com efeito, não há como reparar o dano se não se sabe quem deu causa ao resultado. Para que seja apontado como causador do dano o agente deve praticar uma conduta ilícita que seja a causa do dano experimentado por outrem.

---

<sup>36</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 38.

<sup>37</sup>CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.71.

<sup>38</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

<sup>39</sup>CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed., rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.72.

<sup>40</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

O nexu causal nem sempre deriva de uma ação positiva, haja vista que a ação omissiva pode perfeitamente causar a lesão, ou seja, se o autor do fato deixa de praticar um ato que era seu dever, isto pode lesionar alguém.

Existem alguns motivos excludentes do nexu causal, Maria Helena Diniz, divide-os em 05 causas, são eles: 1) culpa exclusiva da vítima: o agente não teve a intenção de causar o dano, o fato ocorreu porque a vítima lhe deu causa, usando o autor como instrumento para a prática do ato. 2) culpa concorrente: acontece quando o autor e a vítima deram, juntos, causa à lesão. Cada um tem uma parcela de culpa pela ocorrência do mesmo dano, entretanto, por atos independentes. Não existe propriamente a exclusão do vínculo, mas a diminuição da responsabilidade. 3) Culpa comum: autor e vítima agem em conjunto e causam o mesmo dano. Entretanto para que haja a neutralização de uma responsabilidade pela outra ambos devem agir culposamente e na mesma proporção. 4) Culpa de terceiro: ocorre quando nem o autor nem a vítima deram causa ao fato. Nesse caso a responsabilidade deve ser do terceiro que fez com que o autor agisse de forma danosa. 5) Por força maior ou caso fortuito: ocorre quando o autor age sem culpa e o fato é inevitável. A lesão sempre é causada por um desastre que não pode ser evitado.<sup>41</sup>

Por ser um dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil, o nexu causal deve ser provado e, tal prova deverá ser feita pela vítima do dano.

---

<sup>41</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

## CAPÍTULO II – O PODER FAMILIAR E A AFETIVIDADE

### 2.1 O Poder familiar: características e fundamentação legal.

O poder familiar, que, segundo Washington de Barros Monteiro, pode ser considerado “como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”<sup>42</sup>, está previsto no Código Civil, bem como em outros diplomas legais, como, por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

O Código Civil de 2002 introduziu uma nova terminologia ao instituto do pátrio poder, agora, chamado poder familiar. Entretanto, a mudança não ocorreu somente quanto à nomenclatura.

Embora tenha continuado com a natureza de “poder”, o instituto sofreu uma transformação quanto à sua titularidade. É que no código civil de 1916 o pátrio poder era atribuído somente ao pai (chefe de família). Com o advento do código de 2002, o pátrio poder, atualmente designado como poder familiar, tem como titulares os pais, ou seja, os deveres e responsabilidades com os filhos e seus bens, são conferidos tanto ao pai quanto à mãe.

A matéria também é tratada no Estatuto da Criança e Adolescente, que estabelece em seu artigo 21, *in verbis*:

Artigo 21: O poder familiar deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”<sup>43</sup>

Essa mudança aconteceu porque o novo código civil, diploma legal mais importante em relação ao assunto, seguiu os princípios constitucionais elegidos pela Constituição da República de 1988. Nesse sentido, são as palavras de Cáo Mário:

---

<sup>42</sup> MONTEIRO, Washinton de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 40.ed., rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 329.

<sup>43</sup>BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2010, p.1022.

O Código Civil de 2002 seguindo os princípios constitucionais, se desvencilhou daquela idéia, e agora o poder familiar é exercido pelos pais conjuntamente. Entre um e outro são distribuídas, harmonicamente, as atribuições concernentes à guarda, educação, orientação, assistência aos filhos *in potestate*, bem como a administração de seus bens.<sup>44</sup>

O poder familiar impõe aos pais o dever de zelar e proteger a pessoa de seus filhos e os bens destes. Daí surge uma duplicidade de relações atinentes a tal instituto. A primeira relativa à pessoa e a segunda relativa ao patrimônio do menor.<sup>45</sup>

Como exemplos da primeira relação, cita-se diversos deveres, tais como, educação, orientação espiritual, psicológica, companhia, consentimento para o casamento, entre outros, que devem ser exercidos pelos pais enquanto titulares do poder familiar.

Quanto à proteção patrimonial o Código Civil de 2002, em seu artigo 1689, estabelece que, enquanto forem menores, os filhos terão seus bens administrados pelos seus pais, sendo que tal prerrogativa não autoriza os genitores a disporem dos bens de sua prole.<sup>46</sup> Vejamos o que dispõe o referido artigo: "O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade".<sup>47</sup>

Ressalte-se que, quando necessária a venda de algum bem pertencente ao menor, é indispensável que haja uma autorização Judicial após parecer técnico do Ministério Público.

### **2.1.1 Da cessação, suspensão e extinção do poder familiar.**

O poder familiar é um "múnus" público atribuído aos pais, que, na realidade, exercem um dever social (educação, sustento, orientação, etc.) quando da criação dos filhos. Assim, o Estado pode (e deve) interferir nessa relação, estabelecendo limites legais a tal desempenho.

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 424.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p, 426.

<sup>46</sup> *Ibidem*. p, 432.

<sup>47</sup> BRASIL, CÓDIGO CIVIL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007, p. 300.



Dessa maneira, percebe-se que, a lei prevê, inicialmente, casos em que podem ocorrer a extinção do poder familiar. É o que dispõe o artigo 1.635 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:  
I - pela morte dos pais ou do filho;  
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;  
III - pela maioridade;  
IV - pela adoção;  
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.<sup>48</sup>

Pertinente destacar que, no caso de morte de apenas um dos pais, cabe ao outro, exclusivamente, o exercício do poder familiar.

A emancipação confere ao filho total capacidade para gerir sua vida, sendo certo que, dessa forma, ele não precisa mais do auxílio dos pais. Em relação à adoção, o poder familiar é atribuído aos pais adotivos, extinguindo-se, por completo, em relação aos pais biológicos.

A decisão judicial tratada no artigo 1.638, é relativa a fatos graves, que não combinam com o exercício do pátrio poder, e levam os pais à perda de tais direito:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:  
I - castigar imoderadamente o filho;  
II - deixar o filho em abandono;  
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;  
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.<sup>49</sup>

Destaque para o inciso III, que trata do abandono do menor. A hipótese ali tratada não deixa dúvidas de que o pai que não proporciona assistência ao filho, seja moral ou material, deve perder o exercício do poder parental.

Com efeito, essa é a sanção imposta pelo legislador ao pai omissor, sendo certo que, em nenhum momento, ele determinou a reparação de eventual dano decorrente de tal abandono.

Noutra banda, pode ocorrer também a suspensão do poder familiar, que, como na extinção, decorre de fatos graves, incompatíveis com tal exercício. Sobre o assunto Silvio Venosa afirma:

---

<sup>48</sup> BRASIL, CÓDIGO CIVIL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007, p. 296.

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 296.

A suspensão do poder familiar é decretada pela autoridade judiciária, após a apuração de conduta grave. Nesse sentido, o artigo 1.637 refere que podem os pais ser suspensos do poder familiar quando agirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos.<sup>50</sup>

Entretanto, a suspensão é menos grave que a destituição (medida mais severa), haja vista que, uma vez acabados os motivos que lhes deram causa, o poder familiar é restituído aos pais, hipótese que não é cabível na destituição, por se tratar de medida definitiva<sup>51</sup>.

Por fim, importante destacar que tanto a suspensão quanto a destituição do poder familiar, sempre decorrem de decisão judicial, realizada após dilação probatória.

## **2.2 - A guarda e o exercício do poder parental após o divórcio**

As transformações pelas quais a família vem passando têm levado a uma crescente mudança nas relações paterno-filiais.

Tais mudanças se evidenciam nos casos de divórcios, (ou dissolução de união estável) de casais que possuem filhos menores. Nesses casos, quando não há um consenso entre os pais, as crianças/adolescentes tornam-se alvo de disputas judiciais, que vão determinar quando e como vão conviver com seu pai ou sua mãe, principalmente quando este processo é litigioso.

O instituto da guarda foi criado com o desígnio de resguardar o menor, protegendo seus interesses em relação aos pais que pleiteiam o direito de acompanhar de forma mais eficaz e imediata sua formação.

Importante destacar que para deferir a guarda a qualquer pessoa, seja parente ou não do menor, o julgador deve pautar-se, sempre, pelo princípio do melhor interesse da criança (princípio basilar de todo conflito que envolve um menor).

Em geral, as decisões judiciais, ao atribuir a guarda dos filhos, tendem a dar preferência às mães. Pesquisas apontam que, em mais de 90% dos casos, a guarda

---

<sup>50</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 380.

<sup>51</sup>Ibidem. p. 382.

é conferida à genitora. Isto ocorre por inúmeros motivos, os mais comuns são: desinteresse por parte dos pais em ser guardiões de seus filhos; casos em que as crianças são muito pequenas (entende-se que não seja bom para o infante de tenra idade ser separado da mãe).<sup>52</sup>

Existe também a hipótese da guarda compartilhada, instituto que confere a ambos os pais o exercício integral da isonomia material. Na guarda compartilhada os pais exercem em conjunto o munus de guardiões, sendo que acompanham e contribuem igualmente para a formação dos filhos<sup>53</sup>.

O poder familiar distingue-se da guarda, uma vez que ele decorre da filiação. Assim, mesmo que a guarda seja atribuída a apenas um dos genitores, o poder familiar não é alterado, mormente porque a autoridade patriarcal, bem como suas obrigações, continuam existindo por ser esse poder-dever inerente ao papel de pai e mãe.

Nesse sentido, são as palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Assim, é necessário investigar o verdadeiro conteúdo da autoridade parental para diferenciá-la do instituto da guarda - sem ignorar que esta compõe a estrutura do poder familiar. Geralmente, atribui-se maior importância à guarda do que ela realmente tem, mesmo porque não se discute ou se definem de forma correta a essência do poder familiar.<sup>54</sup>

Portanto, a perda do poder familiar independe da guarda. Na verdade, a extinção ou suspensão do exercício do poder parental, como dito acima, só pode ser determinada por sentença judicial, nos casos elencados pelo Código Civil no artigo 1.638.

Percebe-se, assim, que, o divórcio em nada modifica o exercício do poder parental. A única alteração que ocorre é que um dos pais - o não-guardião - não terá o filho em sua companhia sempre, mas, apenas, em horários pré-determinados.

Sobre o assunto Ana Carolina Brochado afirma que:

No Brasil, o art. 1632 do CCB/02 estabelece que as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação, o divórcio e a dissolução de união estável, ou seja, tanto a titularidade quanto o exercício da autoridade

---

<sup>52</sup> DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010, p. 263.

<sup>53</sup> *Ibidem*. p. 265.

<sup>54</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Guarda e autoridade parental*. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.105

parental não sofre modificações. A única mudança limita-se ao direito de um dos pais ter seus filhos em sua companhia - é claro que a referência é à companhia permanente, pois a criança tem o direito fundamental à convivência familiar, mediante a qual o filho tem o direito de conviver com o genitor não-guardião.<sup>55</sup>

Ressalte-se que, essa limitação ocorre apenas nos casos em que é instituída a guarda unilateral, pois, nos casos em que ocorre a guarda compartilhada, os pais têm total isonomia em relação à convivência com os filhos.

### 2.3 O afeto nas relações de família

Modernamente, o afeto tem ganhado relevo nas relações familiares, sendo considerado por alguns “a base fundante do direito das famílias”<sup>56</sup> e por outros, como verdadeiro princípio fundamental.

Essa nova visão surgiu com o advento da Constituição da República de 88, que, com grande importância, deu uma nova ótica à família, permitindo, agora, sua constituição baseada somente em laços afetivos.

Dessa maneira, o afeto é, atualmente, utilizado para solucionar diversos conflitos nas relações familiares, como, por exemplo, nas questões relativas à guarda e a adoção.

Nesse diapasão, citamos, mais uma vez, as idéias de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria:

O afeto caracteriza-se, destarte, como o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (rectius, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses estabelecidos nessa sede<sup>57</sup>.

No entanto, não obstante tais considerações, segundo o professor Antônio Jorge Pereira Jr., as relações familiares não podem basear-se somente no afeto

---

<sup>55</sup>Ibidem. p. 104.

<sup>56</sup>FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2º. Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 29.

<sup>57</sup>FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 29.

para serem constituídas, uma vez que o sentimento muda com o passar do tempo, fazendo com que as pessoas se desinteressem umas pelas outras<sup>58</sup>.

Em verdade, as relações familiares deveriam ser constituídas, também, com base no compromisso e na fidelidade e, não na vontade, no querer e no sentir, obviamente porque todos esses sentimentos se desfazem com o tempo.

Para Pereira Jr. quando o afeto se sobrepõe à capacidade de se comprometer por amor, as pessoas estão sendo impedidas de vivenciar a verdadeira relação afetiva familiar, que é aquela em o casal deixa de lado o *sentir* e se utiliza do *querer*.

As relações baseadas apenas no *sentir* amor e afeto são frágeis e não suportam crises. Entretanto, aquelas que se constituem a partir do compromisso, da fidelidade e do *querer* amar para manterem o relacionamento, são fortes e sobrevivem as crises, que são comuns a todo tipo de relacionamento.

Nesse sentido, Pereira Júnior dispara: “As relações sólidas ultrapassam a dimensão do gosto. As fracas se interrompem no começo do desgosto”<sup>59</sup>.

Essa também é a visão jurídica do afeto nas relações familiares. O direito não regula as relações de família por causa da afetividade, mas, sim, por causa de sua função social perante a sociedade.

Acerca do assunto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria afirmam que: “a aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos. É o que se pode chamar de função social da família”<sup>60</sup>.

Mesmo apesar de serem elementos constitutivos das relações jurídicas familiares, os afetos não são elementos caracterizadores da existência ou legitimidade jurídica familiar.

Sobre o tema, Pereira Jr. assevera: “Os afetos, por natureza, são instáveis. Assim, não é razoável que o direito positivo, enquanto norma de ordem social, tome-os por elemento-cerne da relação familiar”<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010, p. 66.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 58.

<sup>60</sup> FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 86.

<sup>61</sup> PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010, p. 57.

Nessa esteira, é importante enfatizar a questão do abandono afetivo nas relações familiares. Como dito anteriormente, o direito não pode caracterizar o afeto como essência da família, mormente por que este deve ser considerado apenas um elemento subsidiário para a estrutura familiar, não sendo, portanto, base central para sua constituição.

Frise-se que não estamos afirmando que o afeto não seja importante para a constituição da família. O que pretendemos demonstrar é que o afeto além de íntimo é inconstante, não sendo, pois, elemento indispensável para as relações humanas (familiares), que podem, sem dúvida alguma, resistirem à falta de afeição.

### **CAPÍTULO III (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR AUSÊNCIA AFETIVA DO GENITOR AO FILHO MENOR**

Dentre as diversas abordagens de relevância do dano moral, há que se discutir a hipótese do abandono afetivo, que seria a falta de amor, carinho e atenção do pai em relação ao filho, ou seja, a falta de assistência moral e psicológica.

Não se discute que a relação paterno-filial demanda um gama de responsabilidades, mormente, por parte dos pais. Tais responsabilidades, consagradas na Constituição da República e em outras legislações infraconstitucionais, são normas concernentes à seara familiar e abrangem obrigações de cunho material e moral, ou seja, vão da prestação alimentícia à assistência emocional e psicológica.

Nesse diapasão, consagra a Constituição da república de 1988:

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 a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>62</sup>

Todavia, uma grande parcela dos pais não prestam as obrigações necessárias ao pleno desenvolvimento de seus filhos, ou seja, são omissos no dever de assistência, seja material ou emocional. Daí, segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria surge a problemática da responsabilização civil pela falta de assistência moral do pai ao filho, o chamado abandono afetivo.

Sobre a matéria, Silvano Andrade do Bonfim, afirma que: “O direito não pode se coadunar com atitude de pais irresponsáveis que deixam seus filhos a própria

---

<sup>62</sup>BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed. São Pulo: Saraiva, 2007, p.67.

sorte, esquecendo-se que estes não pediram para nascer, merecendo, pois, especial atenção e proteção familiar".<sup>63</sup>

Desse modo, não se discute que, deveras, o genitor-omisso deve ser penalizado por abandonar sua prole, haja vista que o direito à convivência familiar é garantia constitucional do menor.

Na verdade, o cerne da divergência (doutrinária e jurisprudencial) não é se o genitor deve ou não ser punido, mas, sim, de que forma deve ser aplicada tal punição.

Existem doutrinadores, como, por exemplo, Giselda Hironaka, que defendem a condenação pecuniária por danos morais, como meio idôneo e satisfatório para punir o genitor. Portanto, entende a referida autora que condenar o pai ausente a pagar determinada quantia em dinheiro ao filho, supria a carência afetiva do menor, bem como penalizaria seu genitor.<sup>64</sup>

Em consonância com o entendimento da aludida autora, existem, também, alguns julgados que entendem ser plausível a indenização por danos morais em face abandono afetivo paterno-filial:

"EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana."<sup>65</sup>

Na citada jurisprudência, verifica-se que ao julgar pela procedência do pedido de danos morais, o magistrado pautou-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana relativamente ao filho, mas, esqueceu-se de atentar para tal princípio no que diz respeito à liberdade de sentir do pai.

Em razão disso, entendemos que essa não é a melhor maneira de se solucionar a questão. Primeiro, por que não existe previsão legal para tanto e, segundo, porque, além da indenização não obrigar o pai a amar seu filho, o dinheiro recebido por este não supre sua falta de afeto.

---

<sup>63</sup>HIRONACA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando. Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade. v. 2. Porto Alegre : Magister, 2009, p. 432.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 433.

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 408.550-5 da sétima Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 01 de abril de 2004. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal). Acesso em 09 novembro de 2010.



Em que pese todo respeito de que são merecedores os referidos entendimentos, entende-se que são um tanto temerários, principalmente se for levada em consideração a fase cinzenta pela qual vem passando a responsabilidade civil subjetiva, com o crescimento cada vez maior da “indústria” do dano moral.

Como é sabido, o dever de indenizar pressupõe a existência de elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Nesse sentido, são as palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação”.<sup>66</sup>

Ainda sobre o assunto trazemos à baila o seguinte raciocínio:

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá de um ato ilícito devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano.<sup>67</sup>

Verifica-se então que a simples conduta omissiva do pai, a de não se relacionar afetivamente com o filho, não configura um ato ilícito, mas tão somente o descumprimento de um dever familiar incapaz de gerar reparação civil.

Nesse diapasão, tem-se o julgado da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, processo nº. 1.0024.07.790961-2/001(1) em relação à apelação civil sobre o assunto:

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal**, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização.<sup>68</sup> (grifos nossos)

---

<sup>66</sup>CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.

<sup>67</sup>FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 71.

<sup>68</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0024.07.790961-2/001 da décima segunda Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 11 de fevereiro de 2009. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1)>. Acesso em 12 mai de 2010.

Certo é que, não pode o judiciário usurpar o papel do legislador e criar normas em face do caso concreto. Seria isso, pois, que aconteceria ao se permitir a condenação do pai-ausente ao pagamento de indenização ao filho abandonado, haja vista que a lei já prevê a punição para tal conduta, qual seja, a destituição do poder familiar.

Nesse sentido, pertinente destacar as palavras do Ministro do STJ Fernando Gonçalves que ao proferir julgamento, assevera em seu voto:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.<sup>69</sup>

Com efeito, uma eventual indenização por abandono afetivo não atingiria à finalidade de reparar o abalo (supostamente) sofrido pelo filho por causa da falta de amor, atenção e carinho de seu genitor, visto que uma ação litigiosa não aproxima as pessoas, pelo contrário, deixa-as ainda mais distantes.

Sobre o tema discorre a psicóloga e psicoterapeuta, vice-presidente do IBDFAM-RS Ivone M. Candido Coelho de Souza:

O dano moral por abandono, então, acentua-se o já precário vínculo por meio do contrato meramente monetário. Exarcebam-se os conseqüentes sentimentos de vitimação do réu e do autor por razões qualitativa e quantitativamente opostas. O abandono alegado que se deseja castigar, contudo, refere-se aos investimentos recíprocos que nunca terão chegado a ser suficientemente edificados. Outra vez, acima de qualquer consideração adversativa, é importante assinalar a função do guardião e os direitos da criança, ao exigir, negociar, dispor, rever, etc. **Mas a rixa desempenha o**

---

<sup>69</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, recurso especial 2005/0085464-3 da quarta turma, Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 02 nov. de 2010.

**indesejável papel de, acirrando ressentimentos, dilatar a lacuna entre pai distante e filho carente. (grifos nossos)<sup>70</sup>**

Destarte, se o filho sofre pela falta do pai, o recebimento de uma quantia em dinheiro não resolveria seu problema, uma vez que a melhora de sua condição financeira não supriria a ausência paterna.

Tal hipótese atingiria o princípio da segurança, haja vista que a lei não impõe ao pai que ele ame ou dedique amor a seu filho, sendo certo que para a hipótese do descumprimento do dever de assistência a punição já é prevista, não tendo, pois, que se falar em indenização por danos morais.

Assim, não se justifica o pagamento de qualquer valor a título indenizatório, mas tão somente os valores referentes à prestação alimentícia, afinal, essa independe da vontade ou afeto e é idônea a satisfazer as necessidades da criança.

Ademais, diga-se a título de comentário, não é plausível se aferir um valor pecuniário pela falta de amor, visto que isto foge a esfera patrimonial e integra apenas os valores sentimentais, adquiridos inconscientemente pelo homem.

Noutra quadra, poder-se-ia admitir, a depender do caso, a condenação do genitor à indenização por dano material. Isso ocorreria se o menor necessitasse de terapia psicológica para tratar patologia psíquica advinda da falta de convivência com seu genitor.<sup>71</sup> Anote-se que para tal hipótese, é indispensável que haja prova inequívoca de que o mal psicológico que assola o infante é fruto da ausência paterna.

### **3.1 O Abandono afetivo e a perda do poder parental**

Conforme dito anteriormente, a perda do poder familiar, prevista no artigo 1836 do Código Civil, é a pena mais severa imposta ao pai pelo descumprimento de alguma norma de família concernente à relação paterno-filial.

---

<sup>70</sup>SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010, p. 72.

<sup>71</sup>FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 556.

Ao criar tal dispositivo, o legislador estabeleceu qual seria a penalidade imposta ao pai, acaso ele descumprisse algum dos deveres a ele imposto em relação à pessoa e aos bens de seus filhos.

Para o caso do abandono afetivo não foi diferente. O referido artigo prevê, em inciso II, a destituição do poder familiar do genitor que deixa ao abandono seu filho. Vejamos: “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) II - deixar o filho em abandono; (...)”.<sup>72</sup>

Extraí-se do referido artigo que o legislador não especificou sobre qual caso de abandono seria imposta tal punição, ou seja, se seria para a hipótese do abandono material ou moral. Percebe-se, portanto, que tal penalidade será aplicada em qualquer caso, desde a falta de assistência material até a falta de assistência moral ou psicológica.

Sobre o tema, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seus artigos 22 e 24:

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

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.<sup>73</sup>

Destarte, encontra substrato o pensamento de Nelson Roselvald e Cristiano Chaves de Faria, marco teórico deste trabalho, de que a imputação do dano moral em face do abandono afetivo não é a melhor alternativa para se dirimir o problema, uma vez que não atenderia ao objetivo final colimado, qual seja, a reparação do dano psíquico sofrido pelo autor.

[...] Não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria em indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição

---

<sup>72</sup>BRASIL, CÓDIGO CIVIL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2010, p. 296.

<sup>73</sup>BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2010, p.1022.

da prestação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral.<sup>74</sup>

Para os aludidos autores, a solução razoável para tal situação fática, seria a destituição do poder familiar desse genitor omissor, uma vez que ele descumpriu um dever imposto pela lei. Frise-se que tal hipótese não seria de forma alguma um prêmio, pois a perda do poder familiar atinge o pai somente quanto a seus direitos, não quanto a seus deveres, que deverão continuar sendo exercidos.<sup>75</sup>

Esse tem sido, também, o entendimento jurisprudencial:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. - Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder.<sup>76</sup>

No mesmo sentido tem-se o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DOS DEVERES E OBRIGAÇÕES A QUE ALUDE O ART. 22 DO ECA. PROTEÇÃO À CRIANÇA E EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Comprovado que a mãe descumpriu, injustificadamente, o dever a que alude o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, de guarda, porquanto descurou dos cuidados que se impunham em relação ao filho, atualmente com 17 anos de idade, sujeitando-o ao abandono afetivo, a suspensão do poder familiar é medida que se impõe no caso concreto. APELAÇÃO DESPROVIDA.<sup>77</sup>

<sup>74</sup>FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD. *Nelson. Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 554.

<sup>75</sup>Ibidem. p. 552.

<sup>76</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, recurso especial nº 275568 RJ 2000/0088886-9 da terceira turma, Brasília, DF, 09 de agosto de 2004. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173707/recurso-especial-resp-275568-rj-2000-0088886-9-stj>. Acesso em 02 nov. de 2010

<sup>77</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70035575927, sétima câmara cível, Porto Alegre, RS, 24 de agosto de 2010. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em 02 nov. de 2010.

Desta feita, em se tratando de abandono afetivo do genitor ao filho menor, o melhor entendimento é de que o pai deve ser destituído do poder familiar, uma vez que descumpriu os deveres legais concernentes à relação paterno-filial, não merecendo, pois, os direitos referentes a esta relação, mas, tão somente os deveres que dela decorrem, como a prestação de alimentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade humana está, sempre, em constante movimento. Isso ocorre porque o comportamento humano é dinâmico e se modifica a cada dia.

Desde o início da humanidade a ciência do direito tenta adaptar-se, com êxito, a tais modificações. Mas, muito embora o direito atinja a maioria das relações humanas que visa regulamentar, existem situações que não são alcançadas pela ciência jurídica.

É o que acontece, por exemplo, no caso do abandono afetivo. Não que o ordenamento jurídico e os cientistas do direito não estejam preparados para tratar do tema. Acontece que, sobre o assunto, pairam diversas discussões, mormente em relação à condenação por danos morais.

A condenação por danos morais do genitor que abandona afetivamente seu filho é um assunto de extrema delicadeza, e, sobre ele, surgem diferentes controvérsias tanto no âmbito jurisprudencial quanto no âmbito doutrinário.

O primeiro ponto controverso que merece atenção é a questão da banalização da responsabilidade civil por danos morais. Com efeito, tal instituto tem passado por momentos complicados, correndo risco de tornar-se uma grande “indústria” de enriquecimento sem causa.

E é isto, pois, que o Judiciário irá fazer ao condenar o genitor ao pagamento de indenização pecuniária ao filho que se diz carente de afeto. Afinal, não existem meios seguros para se comprovar se o menor realmente sofre de algum mal psicológico devido à ausência paterna.

Basear tal comprovação apenas em laudos psicológicos traria acentuado subjetivismo à questão. Além disso, o laudo pericial deve ser utilizado para se aferir a extensão do dano, e não a sua existência.

Ademais, ao condenar o genitor ao pagamento de indenização por abandono afetivo, o Judiciário estaria prendendo-se a questões afetivas e, ainda, monetarizando o amor.

Outra questão polêmica sobre o assunto, refere-se à configuração da responsabilidade civil. É sabido que para a caracterização da responsabilidade civil mister se faz o cometimento de um ato ilícito. Assim, em se tratando de

responsabilidade civil paterno-afetiva, esta configuração torna-se impossível, haja vista que a ausência afetiva do pai não enseja ato ilícito.

É que, deveras, a lei não determina que o pai ame seu filho. Destarte, se inexistente previsão legal que determine que o pai sinta afeto por seu filho, ele não estará descumprindo nenhum dever jurídico preexistente ao deixar de dedicar afeto a ele.

Certo é que as normas concernentes à seara família, quando descumpridas não geram ato ilícito, mas, tão somente o descumprimento de um dever de família.

Além disso, a punição para o pai que deixa em abandono seu filho é a perda do poder familiar, prevista no artigo 1638, II, do Código Civil.

Portanto, tendo em vista todos os certames sobre o tema, podemos concluir que, a reparação pecuniária pela falta de afeto do genitor ao filho menor não é o meio adequado para tratar o problema, pois, agindo dessa forma, o poder judiciário estaria prendendo-se a questões meramente sentimentais.

Tal atitude revela-se demasiadamente audaz, uma vez que atinge a liberdade do pai em exercer sua autonomia existencial, algo incapaz de ser interpelado, e direito fundamental garantido constitucionalmente.



## REFERÊNCIAS

BRASIL, CÓDIGO CIVIL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed. São Pulo: Saraiva, 2007

BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, recurso especial 2005/0085464-3 da quarta turma, Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 02 nov. de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 408.550-5 da sétima Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 01 de abril de 2004. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal). Acesso em 09 nov. de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0024.07.790961-2/001 da décima segunda Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 11 de fevereiro de 2009. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1)>. Acesso em 12 mai de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0686.07.198378-3/001 da décima sexta Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 13 de janeiro de 2010. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1)>. Acesso em 29 out de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0707.05.095951-9/001 da quinta Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 08 de julho de 2010. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1)>. Acesso em 29 out. de 2010.

CAVALHIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed., rev. ampliada. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., ,atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

HIRONACA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando. *Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade*. v. 2. Porto Alegre : Magister, 2009.

MONTEIRO, Washinton de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 40.ed., rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20. ed., rer. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 13. ed., Porto Alegre: Magister, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Guarda e autoridade parental*. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004.

**ANEXO**