

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO

Sara Rodrigues de Carvalho¹

Luciana Fernandes Berlini²

RESUMO: O instituto da autoridade parental comporta, em seu conteúdo, uma série de deveres jurídicos a serem observados pelos genitores na criação, educação e assistência dos filhos menores. Isto ocorre em razão da relação de assimetria existente entre as partes, uma vez que a criança e o adolescente encontram-se em situação de fragilidade e vulnerabilidade, de modo que necessitam do zelo constante dos pais para que possam crescer e se desenvolver correta e plenamente. Nesse sentido, o objeto desta pesquisa reside em delimitar se, na hipótese de violação dos deveres inerentes à parentalidade - em especial daqueles que visam tutelar os bens jurídicos imateriais dos filhos menores - incidiria o instituto da responsabilidade civil. Para tanto, utilizou-se da metodologia jurídico-dogmática, de cunho bibliográfico, tomando como referencial teórico livros e artigos nacionais, bem como a legislação pertinente ao tema. Como resultado, verificou-se a existência de um dever jurídico de cuidado, decorrente da autoridade parental, que compreende a satisfação de um núcleo mínimo de cuidados parentais - de cunho patrimonial e extrapatrimonial - a serem observados pelos genitores com sua prole, de modo que, na hipótese de violação deste dever, incidirá a responsabilização do genitor e, portanto, o dever de indenizar o filho lesado.

Palavras-chave: Indenização por abandono moral. Dever de cuidado. Autoridade parental. Violação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tutela do instituto da parentalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. O direito das famílias frente à constitucionalização do direito. 2.2. Princípios constitucionais que norteiam o direito das famílias. 2.3. A relação de parentalidade e o dever de cuidado. 3. A responsabilidade civil frente à violação do dever de cuidado. 3.1. O instituto da responsabilidade civil à luz da Constituição federal de 1988. 3.2. Noções introdutórias acerca da tratativa conferida à responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. 3.3. Os elementos da responsabilidade civil e a responsabilização em decorrência da violação ao dever de cuidado. 4. A incidência dos danos morais em casos de violação do dever de cuidado à luz da jurisprudência do STJ. 4.1. Caso Alexandre. 4.2. Caso Luciane. 4.3. Entendimento Atual. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

² Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

A autoridade parental configura-se como um rol de deveres instrumentalizados em favor dos filhos menores, de modo que, por meio deste instituto, é conferido aos genitores um certo poder de gerência sobre a vida de sua prole. Isto ocorre em razão da relação de assimetria existente entre as partes, uma vez que a criança e o adolescente encontram-se em fase de crescimento, formação de sua identidade e desenvolvimento de sua autonomia, necessitando, portanto, do zelo e dedicação constante dos pais.

Nesse sentido, a presente pesquisa dedica-se a estudar o conteúdo e a abrangência da autoridade parental nas relações paterno/materno-filiais, de modo a compreender se os genitores se encontram obrigados a satisfazer, além das necessidades de cunho material dos filhos, também as de natureza imaterial. Ademais, objetiva determinar se, nos casos de violação ao núcleo mínimo de deveres oriundos do poder familiar – traduzidos como deveres de cuidado – incidirá o instituto da responsabilidade civil, ainda que fundamentada em dano unicamente moral.

Assim, para atingir os objetivos propostos, este estudo divide-se em três capítulos. O primeiro deles visa compreender o instituto da parentalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, tomou-se como parâmetro as mudanças e inovações trazidas pela Constituição federal de 1988, uma vez que, em razão do fenômeno da constitucionalização do Direito e da repersonalização das relações cíveis, o Direito das famílias teve que se readaptar às inovações consagradas pela nova Constituição Federal. Assim, a partir, principalmente, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e do melhor interesse da criança, as relações de parentalidade modificaram-se drasticamente, de modo que o Direito passou a conceber crianças e adolescentes como sujeitos de Direito *per se* – fato este que interferiu diretamente na concepção de família e na compreensão do instituto da autoridade parental. Nesse cenário, o capítulo 2 objetiva compreender se as responsabilidades dos pais para com os filhos abarcam ou não um dever jurídico de amar e demonstrar afeto ou se seria apenas um dever de cuidado – analisando, nesta última hipótese, qual seria seu conteúdo.

O capítulo 3, por sua vez, tem por objetivo precípuo analisar o instituto da responsabilidade civil e seus elementos - conduta culposa do agente, dano e nexos de causalidade - frente à violação ao dever de cuidado, buscando demonstrar se e porquê o ordenamento jurídico vigente possibilita a responsabilização dos genitores em decorrência do abandono moral de seus filhos menores. Por fim, o capítulo 4 visa analisar como o Superior Tribunal de

Justiça vem decidindo acerca do tema, tomando por parâmetro os Recursos Especiais nº 757.411/MG e nº115.924/SP. Isto porque, as decisões proferidas em ambos os julgamentos representaram um importante marco à respeito da tratativa do abandono moral, e conseqüente violação do dever de cuidado decorrente da parentalidade, na jurisprudência brasileira.

2 A TUTELA DO INSTITUTO DA PARENTALIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 O Direito das Famílias frente à constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito parte do pressuposto de que a Constituição ocupa o topo da hierarquia normativa de um dado ordenamento jurídico, de modo que todas as demais normas e campos do Direito devem se adequar às suas disposições. Nesse sentido, todas as leis hierarquicamente inferiores à Constituição federal devem encontrar-se em perfeita sincronia e harmonia com seu texto, de modo a proporcionar unidade entre o ordenamento jurídico³. Para que isso ocorra, é necessário que todas as normas estejam sempre respaldadas nos princípios constitucionais e no projeto de sociedade traçado no texto constitucional.

O advento da Constituição federal de 1988 foi responsável por trazer diversas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial no campo do Direito Civil. Isto pois, a CF/88 foi significativamente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e, por isso, tem como um de seus fundamentos essenciais a dignidade da pessoa humana - conforme depreende-se da leitura do art.1º, III, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88.

Dessa forma, se durante o processo de codificação do Direito Civil este protegia como valor predominante o patrimônio, com o processo de constitucionalização, passa a privilegiar interesses extrapatrimoniais, tendo como principal foco a dignidade da pessoa. Nesse contexto, ganha espaço o fenômeno jurídico-social da *repersonalização das relações civis*, “que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade”⁴.

O Direito Civil subdivide-se em diversas áreas, sendo uma delas o Direito das Famílias. Este organiza-se em normas de ordem pública, que visam à disciplina do direito existencial de origem familiar – o que evidencia, na prática, a tendência à personalização e à despatrimonialização do direito civil-, e normas de ordem privada, cuja principal característica é o conteúdo eminentemente patrimonial.⁵ Nas palavras de Paulo Lôbo,

³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. P.10.

⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.28.

o direito de família brasileiro reinventou-se nas últimas décadas, ante as intensas transformações que as relações familiares vivenciaram, que demandam categorias jurídicas apropriadas. Foi o ramo do direito civil que mais sofreu mudanças de conteúdo e forma, máxime a partir da Constituição de 1988.⁶

É evidente a contraposição entre o modelo familiar tutelado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro e o modelo autoritário, patriarcal e hierárquico consagrado no Código Civil anterior. No cenário atual, “a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”.⁷ Dessa forma, o consenso, a solidariedade e o respeito à dignidade das pessoas que integram o núcleo familiar transformaram-se nos principais alicerces da família, de modo que, nesse cenário, faz-se especialmente necessário tratar com o devido cuidado e relevância as necessidades dos filhos menores justamente no que diz respeito ao cuidado e à proteção.⁸

Merece destaque, ainda, o fato de que “uma das principais consequências do fenômeno da constitucionalização do Direito foi a alteração sobre a concepção, sentido e papel conferido aos princípios, que de meros coadjuvantes passaram a protagonistas deste novo cenário jurídico”.⁹ Sendo assim, a próxima sessão destina-se à analisar alguns dos princípios constitucionais mais relevantes para a compreensão do tema desta pesquisa.

2.2 Princípios constitucionais que norteiam o Direito das Famílias

A Constituição Federal de 1988 traz princípios expressos e implícitos, decorrentes da interpretação sistemática do texto e das disposições trazidas pelo texto constitucional. Dentre estes princípios, destacam-se o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social – considerados como princípios fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro. Para além

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.7.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6. P.57.

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, [s.l.], 22 abr. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3NV8uFP>. Acesso em: mar. 2022.

⁹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.113.

destes, existem também alguns princípios específicos, e implícitos, que serão relevantes para o estudo e compreensão da problemática desenvolvida neste trabalho. São eles: i) princípio da responsabilidade familiar, ii) princípio da convivência familiar e iii) princípio do melhor interesse da criança.

De acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição federal de 1988, a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, que pode ser compreendida como a esfera de cada indivíduo resguardada a ponto de não se admitirem quaisquer ingerências externas em seu conteúdo.¹⁰ No direito das famílias, esse princípio atua de modo a conceber cada integrante do núcleo familiar como sujeito de direitos em si mesmo. Destaca-se, nesse sentido, que a criança e o adolescente têm sua dignidade protegida não apenas de forma geral - pelo art. 1º, inciso III - mas também de forma pormenorizada no art. 227 da CF/88.¹¹

Assim, a partir da Constituição federal, o Direito brasileiro deixou de tutelar, no âmbito das relações familiares, práticas que perpetuassem desigualdades pessoais, sociais, econômicas e jurídicas existentes em decorrência do modelo familiar patriarcal e autoritário adotado, até então, por nosso ordenamento.¹² Nesse sentido, como bem pontua Rodrigo da Cunha Pereira,

diante da valorização da pessoa humana, inclusive no núcleo familiar, o objetivo passou a ser promover a sua realização enquanto tal, especialmente, no que tange àqueles que se encontram em situação de fragilidade e em processo de formação da personalidade, como é o caso da criança e do adolescente.¹³

Diante deste novo cenário jurídico-social, a mulher não mais figura como um objeto para seu marido, e nem os filhos como objetos pertencentes aos pais. Isso ocorre tendo em vista que a entidade familiar tratada pela Constituição federal não é tutelada para si, mais como um instrumento de realização existencial de seus membros.¹⁴

Sobre este princípio Ana Carolina Brochado esclarece que,

a análise da dignidade da pessoa humana foi sedimentada em novos pilares, os quais se acredita serem mais próprios ao novo papel da criança e do adolescente. Para melhor embasar a interpretação crítica e construtiva do

¹⁰TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.p. 28.

¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 78.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.27.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.27.

poder parental, é necessário encontrar o novo “lugar” ocupado pela criança e adolescente na ordem civil-constitucional, bem como analisar como a dignidade foi para eles vertida [...] uma das maiores demonstrações do fenômeno da personalização foi o tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento, e alvo da proteção integral da família, da sociedade e do Estado, cujo melhor interesse deve ser preservado a qualquer custo.¹⁵

É nítido, portanto, que a partir deste princípio tem-se evidenciada, mais uma vez, a despatrimonialização do direito civil e a valorização do indivíduo, principalmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade e fragilidade, como as crianças e adolescentes. Esta alteração de paradigma é fruto de todas as mudanças e inovações vivenciadas pelo Direito à partir da Constituição de 1988.

Por sua vez, a solidariedade social, enquanto outro princípio fundamental consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, está prevista no art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988, sendo considerada um dos desígnios fundamentais da República Federativa do Brasil, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

No que diz respeito ao direito das famílias, este princípio manifesta-se nos arts. 226, 227 e 230 da Carta, que dispõem sobre o dever de a família, o Estado e a sociedade resguardarem os direitos fundamentais da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Sobre o tema, esclarece Maria Berenice Dias que, “em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.¹⁶

Nesse contexto, merece destaque a solidariedade recíproca entre os cônjuges, no que diz respeito à prestação de assistência moral e material e, no que diz respeito aos filhos, à necessidade de que sejam cuidados – mantidos, instruídos e educados para a plena formação social - até que atinjam a maioridade.¹⁷

A solidariedade não está restrita apenas à esfera patrimonial, abrangendo também o campo existencial de cada indivíduo. Nesse sentido, este princípio deve ser compreendido como “o ato humanitário de *responder* pelo outro, de *preocupar-se* e de *cuidar* de outra pessoa”.¹⁸ Quando tratamos de relações familiares, portanto, resta clara a importância e relevância deste

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 74-75

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p.64.

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.28.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.29.

princípio, em especial no que diz respeito à tratativa da criança e do adolescente que, em razão do menor de grau de autonomia que possuem, necessitam ainda mais de alguém que responda, preocupe-se e cuide deles.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por sua vez, encontra seu respaldo legal no art.227 da CF/88, nos artigos 4º e 6º do ECA e no art. 3.1 da Convenção Sobre os Direitos da Criança - promulgada internamente por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 e, portanto, dotada de status de norma suprallegal. Nesse sentido,

a Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece em seu art. 3.1 que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”. Por determinação da Convenção, deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento.¹⁹

Este princípio estabelece que a criança e o adolescente devem ter seus interesses perseguidos, respeitados e tratados como absoluta prioridade pelo Estado, por sua família e pela sociedade. Nesse sentido, quaisquer decisões tomadas pelos detentores da autoridade parental devem levar em consideração o interesse do filho. A criança e o adolescente não devem, portanto, ser tratados como meros objetos de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, mas sim como sujeitos de direitos em condições particulares de desenvolvimento.²⁰

Neste contexto, é importante ressaltar que,

a definição dos contornos do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passa pela construção de sua progressiva autonomia, compatível com sua idade e condição, para que a pessoa com menos de dezoito anos possa manifestar sua opinião a respeito daquilo que entende como seu “melhor interesse”: trata-se de conferir à criança e ao adolescente o direito à voz.²¹

Destaca-se, ainda, que o melhor interesse da criança não deve ser compreendido como um mero direcionamento ou recomendação jurídica na maneira como os pais devem criar e educar seus filhos, mas sim como premissa fundamental e indispensável à tratativa de quaisquer assuntos e decisões relativas à vida destes.

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.36.

²⁰ *Ibid.*, p.36.

²¹ ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.74.

O princípio da convivência familiar encontra-se positivado no art. 227 da Constituição federal e no art. 1.513 do CC/02. De acordo com Paulo Lôbo, este princípio pode ser compreendido como

a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.²²

Para além disso, a convivência com os genitores é um direito de toda criança, devendo ser assegurado e observado sempre que possível ao genitor cumpri-lo. Nesse sentido, o art. 1634 do CC/02 estabelece que é dever dos pais, em relação aos filhos, dirigir-lhes a educação e exercer sua guarda – a qual, como se sabe, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança, recomenda-se ser exercida conjuntamente pelos genitores, independentemente de seu status civil. Combinando tais orientações com aquelas fornecidas pelo art.227 da Constituição, resta evidente que, para que a criança e o adolescente se desenvolvam plenamente, é necessário e, portanto, assegurado por lei, que possam conviver com ambos os pais.

Nesse sentido, ressalta-se que a obrigatoriedade da presença materna ou paterna na vida do filho não se esgota na manutenção material deste, abrangendo também a participação ativa e a interação dos genitores na vida de sua prole. Isso pois, é na convivência e interação diários – ou, ao menos, frequentes – que as crianças têm satisfeitas as suas necessidades por amor e atenção - demonstrados e exercidos por meio de atitudes corriqueiras como alimentação, higiene, educação, etc. A falta destes cuidados pode gerar consequências gravíssimas na vida do filho menor, uma vez que estão relacionados ao afeto recebido durante a interação com os genitores”.²³

Conviver, portanto, diz respeito à, literalmente, ter alguém em proximidade, nesse caso, os genitores. Consagra-se por meio deste princípio a necessidade e o direito da criança e do adolescente de terem aos pais por perto, de ter uma *vida em comum* com eles e de desfrutarem da segurança, do amparo e da estabilidade que essa convivência proporciona em um momento

²² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.35.

²³ RAYANE, Daniele Barbosa; SOUZA, Daniela Heitzmann Amaral Valentim de. Privação afetiva e suas consequências na primeira infância: um estudo de caso. **Revista InterScientia**, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 90-111, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3xfoJrx>. Acesso em: 03 maio 2022. p. 92.

tão vulnerável quanto o que experienciam nesta fase de suas vidas, uma vez que ainda estão em desenvolvimento e formação de sua identidade.

O princípio da responsabilidade familiar encontra respaldo nos artigos 226, §7º, 227 e 229 da Constituição Federal, que determinam uma série de deveres e obrigações da família para com a criança ou adolescente. O que se busca tutelar por meio deste princípio é a responsabilidade e comprometimento dos indivíduos em arcarem com as consequências e deveres inerentes à formação de uma entidade familiar - que é criada à partir de sua livre escolha e exercício da autonomia. Nesse sentido, Victoria Doeler pontua que,

a criação de uma família se constitui por atos deliberatórios e públicos dos indivíduos que optam por essa vinculação e, sendo assim, estes devem assumir a responsabilidade sobre os efeitos e consequências da criação de um núcleo familiar. A afetividade, independente de sentimentos, é decorrente dessa autonomia da vontade de constituir um núcleo familiar.²⁴

Com o advento do CF/88 e do ECA, em 1990 proteção da criança e do adolescente passou a ocupar um papel central no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, dentro do núcleo familiar. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira,

nas relações familiares, o princípio da responsabilidade está presente principalmente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetivo de seus filhos. Neste caso, além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica que se traduz em vários artigos do Estatuto da Criança e do Código Civil.²⁵

Nesse contexto, a criança e o adolescente não mais são vistos a partir de uma perspectiva meramente obrigacional, mas passam a ser enxergados por uma ótica que prima pela garantia de seus direitos fundamentais e pelo resguardo de sua esfera existencial. Um exemplo que ilustra essa mudança de paradigma diz respeito à distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Isto pois, o fato de uma criança ter sido concebida fora do vínculo matrimonial legitimava a irresponsabilidade do pai para com ela, de modo que “a responsabilidade natural era vedada pela lei, inexistindo direitos e deveres. Diferentemente da noção ética de

²⁴ GONÇALVES, Victoria Doeler Olea. **O princípio da afetividade e sua relação com a aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de filho**. 2018. 30 p. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 400.

responsabilidade contemporânea, a liberdade era dela dissociada; livre era o genitor do filho ilegítimo, e, conseqüentemente, irresponsável”.²⁶

Vale ressaltar que a responsabilidade familiar aqui tratada abrange muito mais do que responsabilizar-se pelas despesas materiais do filho, abarcando também a responsabilização por sua condição e desenvolvimento emocional e psicológico²⁷. O ordenamento jurídico vigente assegura ao menor uma posição de centralidade, sendo que seus interesses e necessidades devem ser tratados como prioridade, de modo que não mais tolera-se a irresponsabilidade por parte dos pais, como ocorria e legitimava-se antes da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

O princípio da responsabilidade familiar também foi incluído no art. 27 da Lei nº8.069/90 (ECA) que dispõe que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. De similar modo, o princípio em comento também é trazido pela Convenção Sobre os Direitos da Criança, que dispõe em seu art. 7º, I, que toda criança terá direito, dentro dos limites da razoabilidade, de conhecer seus genitores e de ser cuidada por eles.

2.3 A relação de parentalidade e o dever de cuidado

Um dos institutos que compõe o Direito das Famílias diz respeito à autoridade parental, que abarca as relações jurídicas de paternidade, maternidade e filiação. É nesse âmbito que a presente pesquisa irá se desenvolver.

Como visto na primeira sessão deste capítulo, a Constituição federal de 1988 concretizou, no âmbito do Direito brasileiro, o fenômeno da *repersonalização das relações civis*. Ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana seria um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a Constituição fez com que todas as demais relações e institutos tutelados pelo direito civil passassem a ser lidos, interpretados e concretizados a partir

²⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p.33.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado, Brasília**, v. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3Jq7WEz>. Acesso em: 02 mar. 2022.

desta nova lente hermenêutica – que, diferentemente do que se observava no cenário jurídico anterior, prima pelo aspecto *existencial* em detrimento do material.

Além disso, foram consagrados no texto constitucional, também, diversos outros princípios jurídicos corolários do princípio da dignidade humana e que atuam, assim como ele, como vértices interpretativos do ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito do direito das famílias e, em especial das relações de parentalidade, os princípios mais relevantes foram abordados na seção anterior (princípio da solidariedade social, princípio da responsabilidade familiar, princípio da convivência familiar e princípio do melhor interesse da criança).

O conteúdo destes princípios ilustra perfeitamente a mudança de paradigma pela qual passou o Direito das famílias com o advento da Constituição federal de 1988, vez que, por meio deles, a criança e o adolescente passam a ser percebidos não mais como objetos à mercê de seus genitores, mas como sujeitos de direitos próprios. É neste contexto, portanto, que deve se dar o estudo e a compreensão da autoridade parental.

A autoridade parental, ou poder familiar, é regulada pela CF/88, pelo Código Civil de 2002 (CC/02) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pode ser definida como “o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos”.²⁸ É, portanto, uma relação complexa de direitos e deveres dos pais para com a prole, reciprocamente. Nesse sentido, “por meio do exercício do poder familiar, é que o indivíduo também cresce e se desenvolve, criando seus próprios valores, aprendendo a julgar suas ações e omissões e construindo sua própria dignidade humana”.²⁹

Nos termos do art. 1634 do CC/02, compreende-se como conteúdo da autoridade parental:

Art.1634 do CC/02. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
 I - dirigir-lhes a criação e a educação;
 II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
 V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
 VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p. 141.

²⁹ SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno - filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)** [s.l.], set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xfIGhU>. 03 mar. 2022. p. 2.

civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A partir da CF/88 institui-se, no Brasil, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Essa medida de tratamento prioritário é aplicada porque entende-se que estes, por encontrarem-se ainda em fase de desenvolvimento, são dotados de maior fragilidade e vulnerabilidade, devendo, portanto, ter sua personalidade protegida e promovida mediante o exercício dos direitos fundamentais.³⁰ Assim, os filhos menores devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência, sendo imputado aos genitores, com fundamento no conceito de paternidade responsável e da própria autoridade parental, o dever de assegurar a observância dos direitos fundamentais dos filhos.³¹

Tradicionalmente, o estudo do poder familiar se dá a partir das disposições trazidas pelos arts. 1.630 e seguintes do CC/02, que estabelecem os deveres dos pais para com os filhos, delimitando as atribuições dos genitores, os direitos do menor e a extensão da autoridade parental. O ECA, de maneira geral, também dispõe acerca da responsabilidade dos pais em relação ao sustento, guarda e educação dos filhos menores, conforme se depreende dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 22, 27 e 33 – dentre outros.

No entanto, em que pese a relevância dos dispositivos infraconstitucionais mencionados, o objeto deste estudo terá enfoque nos arts. 227 e 229 da CF/88, uma vez que neles se encontra o verdadeiro conteúdo da autoridade parental.³² Assim, a Constituição federal estabelece, no primeiro dos dispositivos supracitados, como *deveres* da família, assegurar à criança e ao adolescente 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. Para além disso, o texto constitucional também instituiu o dever de evitar que o menor seja vítima de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O art. 229, por sua vez, estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

³⁰SAMPAIO, Lucas Leal. O reconhecimento do cuidado como valor jurídico e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES)**, Natal, v. 8, n. 1, 2017.

³¹ SOUTO, Fernanda Ribeiro et al. **Direito das famílias**. Porto Alegre: SAGAH, 2021. p. 96.

³² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 136.

Isto posto, o que se busca defender no presente trabalho é que os artigos 227 e 229 da Constituição federal configuram-se como normas de direitos fundamentais atinentes à esfera jurídica da criança e do adolescente³³ e que seu conteúdo, de modo geral, disciplina um dever de cuidado inerente à autoridade parental. A própria mudança no tratamento legal conferido à relação familiar desenvolvida entre pais e filhos é a prova de que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro tutela um dever legal daqueles para com estes que vai muito além da esfera meramente patrimonial e biológica.

Neste contexto, parte da doutrina discute se a afetividade estaria entre os deveres inerentes à parentalidade, sendo que, para alguns – como Paulo Lôbo³⁴ – esta teria sido alçada à condição de princípio jurídico. No entanto, vale ressaltar que, embora o termo “abandono afetivo” tenha se popularizado e, em algumas situações, venha sendo utilizado de maneira inadequada – não só pela doutrina mas também pela jurisprudência – o que se discute aqui não é a presença ou ausência de afeto nas relações paterno/materno filiais, uma vez que tal discussão não é pertinente ao âmbito jurídico. O enfoque desta pesquisa, portanto, reside na verificação da omissão frente aos deveres de cuidado e na possibilidade de, em razão desta, se configurar o ilícito civil. O dever de cuidado nada tem a ver, dessa forma, com afeto, mas sim com um parâmetro de condutas objetivas exigíveis no âmbito da autoridade parental, sendo mais adequado, portanto, utilizar o termo abandono *moral*.

Assim, a violação ao dever jurídico de cuidado se configura quando os genitores atuam de maneira negligente em sua relação com os filhos, e, em razão do descumprimento dos diversos deveres inerentes à parentalidade – principalmente os de convivência, educação e criação - acabam lesando-os em sua esfera existencial. Isto posto, sabe-se que à toda norma jurídica deve corresponder uma sanção, sob o risco de que aquela venha a se tornar mera regra ou princípio moral. Assim, é imprescindível que os genitores sejam devidamente responsabilizados pela inobservância do dever de cuidado e, principalmente, pelo abandono dos filhos menores.³⁵ Logo, embora não possamos afirmar que o direito possui ferramentas aptas a compelir os pais a amarem seus filhos, é certo dizer que há maneiras de fazer com que os

³³TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137.

³⁴LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5. p. 34.

³⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 404.

genitores sejam disciplinados a exercer a autoridade parental de maneira responsável, sendo a responsabilidade civil decorrente da violação ao dever de cuidado uma delas.³⁶

Uma vez demonstrada a existência de um dever jurídico de cuidado, tutelado por nosso ordenamento, passa-se a demonstração de que, nas situações nas quais verifique-se a violação deste dever, caberá ação de indenização por parte do filho negligenciado. É ao que se dedica o capítulo seguinte.

³⁶HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, [s.l.], 22 abr. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3NV8uFP>. Acesso em: mar. 2022.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE À VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO

3.1 O Instituto da Responsabilidade Civil à luz da Constituição federal de 1988.

A Constituição federal de 1988 representou um grande marco também para a Responsabilidade Civil. Isto pois, por se tratar de uma constituição dirigente³⁷, traz em seu texto uma série de diretrizes e objetivos a serem alcançados, bem como os alicerces sobre os quais se sustenta o Estado. Uma das principais inovações trazidas pela CF/88 é a consagração da dignidade da pessoa humana, noção que passa a perpassar todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O texto constitucional passa a consagrar, a partir do princípio geral da dignidade humana, uma série de direitos e garantias fundamentais dotados de eficácia horizontal – compreendida como a aplicação desses direitos no âmbito das relações jurídicas entre particulares-, o que faz com que o direito privado tenha que se reformular, de modo a considerar os novos preceitos trazidos pela Carta. Assim, como resultado desta mudança de paradigma, os direitos fundamentais e existenciais dos indivíduos – direitos estes consagrados por norma de ordem pública - passam a influir também no âmbito das relações privadas.³⁸

Na esfera da responsabilidade civil, particularmente, falar em eficácia horizontal dos direitos fundamentais significa dizer que a vítima passa a ocupar uma posição de centralidade na tratativa da responsabilização do dano. É o que se evidencia, por exemplo, na ampliação das hipóteses de reconhecimento dos danos extrapatrimoniais³⁹ e na consagração expressa, pela CF/88, da indenização por dano moral (art.5º, incisos X).

Sobre o tema, pontua Gustavo Tepedino que,

na atualidade, o afastamento da função sancionatória da responsabilidade civil se torna ainda mais contundente à luz da Constituição da República de 1988 que, além de ratificar sua função reparatória, consolida o papel central da reparação civil na proteção à vítima ao prever, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e consagrar, no art. 3º, I, o princípio da solidariedade social. Desloca-se, em

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 100-113.

³⁸ Miragem, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 23-24.

³⁹ Ibidem., p.24.

definitivo, o foco da responsabilidade civil do agente causador do dano para a vítima, revelando que seu escopo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, mas a reparação de danos.⁴⁰

Nesse sentido, deve-se buscar – tanto na interpretação quanto na aplicação do direito – assegurar à vítima uma situação favorável, vez que ela, e não mais o perpetrador do dano, será o enfoque central da responsabilidade civil.⁴¹ Assim, o objetivo precípua do instituto da reparação civil passa a ser a compensação do dano à vítima, com a finalidade de, sempre que possível, retornar a situação ao *status quo ante*. Ou seja, “repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente”.⁴²

Neste cenário de crescente valorização, preocupação e proteção da dignidade da pessoa, o dever jurídico de cuidado ganha especial relevância ao tratar da responsabilização civil no Direito das Famílias, especialmente no que diz respeito às relações de parentalidade. Isto pois, a criança e o adolescente, por encontrarem-se em uma situação de vulnerabilidade e fragilidade inerentes ao momento de vida no qual se encontram, gozam de direitos próprios e disposições que visam, especialmente, tutelar e proteger seus interesses. Nesse sentido, se o genitor não tem culpa por não amar seu filho, tem culpa por tê-lo negligenciado.⁴³

A Constituição Federal de 1988 reconhece em seus arts. 227 e 229, embora não expressamente com essa nomenclatura, a existência de um dever jurídico de cuidado do genitor para com sua prole. É o que se depreende, inclusive, da interpretação sistemática do ordenamento à luz dos preceitos fundamentais consagrados pela Constituição federal. Sobre o tema, pontua Giselda Maria Fernandes Hironaka que

a relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e

⁴⁰TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz.

Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 2.

⁴¹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 33.

⁴²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** Responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3, p. 20.

⁴³PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado, Brasília**, v. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3Jq7WEz>. Acesso em 01 mar. 2022. p. 10.

garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.⁴⁴

É importante ressaltar que a responsabilização civil do genitor incidirá apenas nos casos em que o próprio direito já não dispuser de remédios aptos a lidarem com a omissão. É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de um dos genitores não arcar com a responsabilidade de pagar alimentos ao filho menor, pois o direito possui mecanismos próprios e aptos a fazerem com que o pai ou a mãe cumpram com sua obrigação - pena de prisão, cumprimento de sentença, penhora de algum de seus bens, etc. O mesmo não se verifica nas situações que envolvem os direitos existenciais de criação e educação, por exemplo, de modo que a indenização incide como forma de compensar, na medida do possível, o filho menor pela omissão do pai ou da mãe e, em segundo plano, fazer com que o genitor arque com a responsabilidade de ter descumprido seus deveres parentais.

Feitos estes esclarecimentos iniciais acerca da responsabilidade civil, o próximo tópico dedica-se a compreender como o ordenamento jurídico brasileiro disciplina este instituto, abordando seus fundamentos legais, elementos e algumas classificações pertinentes para a compreensão da temática e para a análise da viabilidade da responsabilização civil dos genitores nos casos da inobservância ao dever de cuidado.

3.2 Noções introdutórias acerca da tratativa conferida à responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Para entender a natureza jurídica da obrigação de indenizar, é necessário compreender, primeiramente, a noção de obrigação legal e obrigação voluntária. A primeira delas encontra seu conteúdo e fundamento na legislação, de modo que a vontade das partes atua apenas como *condicionadora* dos efeitos jurídicos determinados na lei. Por outro lado, a segunda advém dos negócios jurídicos, ou seja, são obrigações que encontram seu fundamento de existência na autonomia da vontade das partes, que atuam de modo a convencionar e modelar os efeitos jurídicos desejados.⁴⁵

⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, [s.l.], 22 abr. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3NV8uFP>. Acesso em: 02 mar. 2022.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 39.

O inadimplemento das obrigações voluntárias, ensejará responsabilidade civil de natureza contratual (ou negocial), cuja previsão legal encontra-se nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes do CC/02. O descumprimento de obrigações legais, por sua vez, resultará em responsabilização extracontratual (ou aquiliana), tendo seu fundamento nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes do Código Civil. Merece destaque o fato de que, enquanto na responsabilidade contratual a culpa advém da violação do dever de adimplir a obrigação firmada – que se constitui enquanto objeto do negócio jurídico –, na responsabilidade extracontratual a culpa origina-se na inobservância do dever negativo de não causar dano a outrem.⁴⁶ O objeto da presente pesquisa possui como foco apenas o estudo da responsabilidade extracontratual. Passa-se, então, à análise pormenorizada dos artigos que dizem respeito à esta modalidade de responsabilização.

O art.927, *caput*, do CC/02, contém a seguinte disposição: “aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Tal instituto jurídico fundamenta-se em dois conceitos estruturais, quais sejam o ato ilícito e o abuso de direito, previstos, respectivamente, nos arts.186 e 187 do Código. Nos termos do art. 186, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. O art. 187, por sua vez, traz a figura do abuso de direito, ato ilícito por equiparação. Acerca do tema, o CC/02 dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

É relevante para o presente trabalho a responsabilidade civil aquiliana decorrente de ato ilícito. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro tutela, conforme se demonstrou no capítulo 1, um dever jurídico de cuidado dos pais para com os filhos sendo que este não decorre, por óbvio, de negócio jurídico celebrado entre as partes, mas sim das disposições legais acerca do conteúdo da autoridade parental. Assim, uma vez violado o dever de cuidado, verifica-se o cometimento de ato ilícito por parte dos genitores. Dessa forma, considerando que a obrigação de indenizar é consequência lógica do ato ilícito⁴⁷,

valendo-se de meios previstos legalmente, a justiça, pode e deve, portanto, por meio da prolação da sentença condenatória, mostrar a sociedade e principalmente aos pais que abandonar moralmente os filhos não mais do que incorreto moralmente, é ilegal, vez que a referida atitude pode comprometer o

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3, p. 19.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3, p. 17.

caráter e a formação desses filhos rejeitados, constituindo-se em ato ilícito passível de ser indenizado.⁴⁸

Outro critério de classificação da responsabilidade civil que merece destaque, para os fins desta pesquisa, diz respeito à exigibilidade de demonstração da culpa do agente que, por meio de sua conduta, enseja dano à vítima. Assim, a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, a depender do critério de análise adotado.

A responsabilidade objetiva configura-se como “aquela em que a obrigação de indenizar se constitui independentemente da demonstração de culpa do agente”.⁴⁹ Ela encontra previsão em diversos dispositivos normativos que compõem nosso ordenamento jurídico, sendo o principal deles, o § único do art. 927 do CC/02, que possui a seguinte redação: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Pela leitura do mencionado artigo, depreende-se que, em regra, existem duas hipóteses gerais as quais se admite o cabimento da responsabilização objetiva, sendo que a primeira delas decorre expressamente das situações específicas disciplinadas pela lei e a segunda de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva – cláusula geral porque o Código Civil abre margem para que nela se enquadrem casos de responsabilidade objetiva que não encontram previsão legal, permitindo, portanto, que a doutrina e a jurisprudência atuem de modo a suprir a lacuna legislativa e criar outras hipóteses na qual se admite a responsabilização independentemente da culpa do agente.⁵⁰

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, pressupõe a demonstração de que o agente, ao causar dano a outrem, agiu com culpa (em sentido amplo ou *lato sensu*). Abarca-se nesta hipótese, portanto, a situação na qual o dano decorre de negligência ou imprudência do ofensor e, também, a situação na qual havia a *intenção* de se causar o dano.⁵¹ O fundamento da responsabilidade subjetiva encontra-se positivado no já mencionado art. 186 do CC/02, uma vez que, pela redação do dispositivo, depreende-se a necessidade de demonstração da culpa do

⁴⁸ SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno - filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)** [s.l.], set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xfIGhU>. 03 mar. 2022. p. 22 - 23.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 66.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 585.

⁵¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 65.

agente ao qual pretende-se imputar o dever de indenizar. Nesse sentido, como bem pontua Sergio Cavalieri Filho,

no seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. Por esse enfoque subjetivista, a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente.⁵²

Como demonstrado anteriormente, a responsabilidade originada pela violação do dever de cuidado pelos genitores em relação à sua prole configura responsabilidade civil em sua modalidade extracontratual, originada pela prática de um ato ilícito - este, por sua vez, encontra previsão legal no art. 186 do CC/02, que adota um modelo subjetivo de responsabilização. Outrossim, não existe nenhuma disposição específica no ordenamento jurídico brasileiro que regule esta situação e, além disso, esta também não se enquadra na hipótese de atividade de risco tratada pela cláusula geral do art. 927 do CC/02. Por conseguinte, como será demonstrado na próxima sessão, é indispensável que se comprove a culpa do genitor em omitir-se de suas responsabilidades parentais. Logo, tem-se que, nas ações de indenização por danos morais ocasionados em razão do descumprimento do dever jurídico de cuidado, será adotada a responsabilidade civil em sua modalidade culposa.

Feitos tais esclarecimentos, são três os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: i) a conduta culposa do agente; ii) o dano e iii) o nexo de causalidade entre conduta e dano.⁵³

3.3 Os elementos da responsabilidade civil e a responsabilização em decorrência da violação ao dever de cuidado

A partir do momento em que se entende haver um dever de cuidado inerente à parentalidade e tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, é esperado que a violação a esta obrigação seja devidamente punida. Para que isso ocorra, no entanto, é necessário que se comprove a configuração dos elementos que ensejam a responsabilização civil.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 44.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 4.

O genitor poderá ser responsabilizado por sua conduta em decorrência tanto da ação quanto da omissão que venha a causar dano ao filho menor sob sua autoridade. Entende-se por ação a conduta humana positiva, guiada pela vontade do agente, que ocasione dano ou prejuízo a outrem – é essencial, aqui, o elemento da voluntariedade da conduta, resultado da liberdade de escolha do agente, que tem plena consciência daquilo que faz⁵⁴. Por sua vez, sabe-se que “a omissão originará a responsabilização quando houver o dever jurídico de praticar determinado ato e, em decorrência do descumprimento desse dever, ocorra um dano”.⁵⁵ Dessa forma, conduta comissiva ou omissiva dos genitores em relação aos deveres inerentes à parentalidade, configura um dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, qual seja, o da conduta do agente. Nos termos da CF/88 são deveres inerentes à parentalidade:

Art. 227 da CF/88. 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.

Art. 229 da CF.88. 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 (grifo nosso).

De acordo com Ana Carolina Brochado, o dever de criação compreende a satisfação das necessidades básicas do filho menor, “tais como cuidados na enfermidade, orientação moral, apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar e o acompanhar física e espiritualmente”.⁵⁶ O dever de educação, nas palavras da mesma autora, pode ser compreendido como “a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da sua personalidade, de modo a prepara-lo para o exercício da cidadania e qualifica-lo para o trabalho, mediante a educação formal e informal⁵⁷”. O dever de assistência, por sua vez, está diretamente relacionado com o princípio da solidariedade familiar, uma vez

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3. p. 23.

⁵⁵ ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. A responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Intertem@s*, Brasil, v. 10. n. 10, 2005. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/328/321>. Acesso em: 28 fev. 2022. p.8.

⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 143.

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 144.

que este traz como principal característica a assistência não apenas material, mas também moral, dos pais para com os filhos menores⁵⁸.

Além disso, sabe-se que, em regra, para assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, é necessário possibilitar, dentro da realidade e possibilidade de cada entidade familiar, sua convivência com ambos os genitores, independentemente do estado civil em que se encontrem. Isto porque, a convivência do filho com seus pais é um direito indisponível deste, pois é essa relação que determinará a formação de sua estrutura psíquica.⁵⁹ Nesse sentido, sabe-se que “a autoestima, a segurança e a confiança de uma criança estão totalmente interligadas com a relação vivenciada com os seus genitores e que vão ser determinantes na sua formação psicossocial⁶⁰”. Dessa forma, os pais devem assumir conjuntamente os ônus decorrentes do poder familiar, responsabilizando-se pela criação, educação e lazer dos filhos menores - modelo da corresponsabilidade parental.⁶¹

O dever jurídico de cuidado - gênero do qual decorrem as espécies de deveres parentais acima mencionadas - dos pais para com os filhos advém da relação de assimetria existente entre eles, uma vez que o filho menor se encontra em situação de vulnerabilidade e fragilidade, necessitando do cuidado dos pais para que possa se desenvolver corretamente. Dessa forma, se os genitores, por meio de sua conduta, deixam de observar as prerrogativas do menor, omitindo-se de seus deveres enquanto pais, poderá incidir a responsabilidade civil parental.

Para além disso, é necessário demonstrar a culpa do genitor em abster-se dos deveres decorrentes do poder familiar. Esta pode ser verificada, dentre outras hipóteses, pela negligência do agente ao praticar um determinado ato ou pela inobservância de dever que, sabendo ter, deveria cumprir. É exatamente esta a hipótese que aqui se debate, uma vez que um dos pais atua de forma negligente a respeito de seus deveres e responsabilidades decorrentes da autoridade parental.

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. FACHIN, Edson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 405.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401.

⁶⁰ RAYANE, Daniele Barbosa; SOUZA, Daniela Heitzmann Amaral Valentim de. Privação afetiva e suas consequências na primeira infância: um estudo de caso. **Revista InterScientia**, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 90-111, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3xfoJrx>. Acesso em: 03 maio 2022. p. 103.

⁶¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: v. 8, n. 3, 2019, p. 1-2.

Assim, é imprescindível que o pai ou a mãe omissos tenham escolhido *conscientemente* se distanciar do filho menor e se omitir dos deveres elencados pelos arts. 227 e 229 da CF/88 – ainda que de forma parcial. Não há que se falar em responsabilização por violação do dever de cuidado, portanto, se quaisquer dos genitores não participaram da criação, educação, assistência e convivência com os filhos por circunstâncias alheias à sua vontade, como seria o caso, por exemplo, da situação de alienação parental. Nesse sentido,

o pressuposto desse dever de indenizar – além da presença inofismável do dano – é a existência efetiva de uma relação paterno-filial em que ocorreu, culposamente, o abandono afetivo, pouco importando as circunstâncias múltiplas que possam ter originado a relação paterno-filial ou materno-filial. (...) A existência de tal relação ultrapassa, sem de dúvida, o simples contorno biológico da mesma. Não é apenas disso que se fala, uma vez que há pais biológicos que nunca souberam dessa sua condição, assim como há pais biológicos que se distanciaram afetivamente de seus filhos por razões alheias à sua vontade real; há, enfim, pais e relacionamentos paterno-filiais pautados pela ausência afetiva que, embora possa ter produzido danos, poderão não configurar situações sólidas de suporte à demanda.⁶²

Dessa forma, conforme se demonstrou acima, para que este requisito seja cumprido é indispensável que, além da conduta omissiva, o descumprimento dos deveres parentais seja *voluntário*.

Para que possa haver, de fato, a responsabilização do genitor na esfera cível faz-se necessária, ainda, a demonstração da ocorrência de um dano - material ou imaterial – imputado por um dos pais ao seu filho, em decorrência do descumprimento do dever de cuidado. Depreende-se, pela leitura do *caput* do art. 927, que o dano representa elemento essencial para a configuração do dever de indenizar.⁶³

De maneira simplificada, o dano pode ser material, estético ou moral – sendo este último o mais relevante para esta pesquisa. Apenas à título de esclarecimento, dano material é aquele que atinge os bens que compõem o acervo patrimonial da vítima; ele divide-se em dano emergente e lucro cessante.⁶⁴ Compreende-se como dano moral a prática por meio da qual se

⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, [s.l.], 22 abr. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3NV8uFP>. Acesso em: 02 mar. 2022.

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 85.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 118.

constrange, injustamente, um terceiro, de modo a lesa-lo em sua esfera subjetiva; é este tipo de dano que atinge os direitos da personalidade, ferindo a vítima em seu aspecto mais profundo⁶⁵.

Como regra geral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos casos de responsabilização subjetiva, é necessário que o autor da ação comprove o prejuízo por ele sofrido, ou seja, é do ofendido o ônus da prova. No entanto, existem algumas situações nas quais entende-se que o dano pode ser presumido (dano *in re ipsa*), de modo que bastaria à vítima comprovar a ocorrência de ato ilícito para que o dano se configurasse. Sobre este ponto, Flávio Tartuce pontua que,

a ação de responsabilidade civil, para o seu autor ou demandante, é como uma corrida com dois obstáculos, representando cada um deles um ônus de provar. O primeiro obstáculo é a culpa lato sensu, enquanto o segundo é o dano. No entanto, é possível a retirada de um ou até de todos esses obstáculos para o autor da demanda. Quando se retira o primeiro obstáculo, a responsabilidade do agente é objetiva, prescindindo da prova de culpa. Na hipótese de não existência do segundo, o dano causado à vítima é presumido ou *in re ipsa*.⁶⁶

O entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da controvérsia, atualmente, é no sentido de que existem algumas situações nas quais não há como não se reconhecer o dano moral.⁶⁷ No entanto, ainda que assim o seja, nem sempre será possível externaliza-lo de forma a produzir prova concreta de sua ocorrência. Nestes casos, então, presume-se o dano, restando à parte lesada demonstrar e comprovar apenas a ocorrência do ato ilícito.⁶⁸

No que diz respeito ao objeto deste trabalho, duas correntes predominam no cenário jurídico atual. Uma delas entende que o dano decorrente da violação aos deveres parentais é tamanho e tão significativo que se configura como presumido - um dos adeptos desta corrente é Rodrigo da Cunha Pereira.⁶⁹ Por outro lado, a corrente oposta defende o posicionamento de que o dano deve, sim, ser devidamente demonstrado – Flávio Tartuce⁷⁰ e Giselle Câmara Groeninga são adeptos a esta linha de pensamento. Nesse sentido, nas palavras de Groeninga,

⁶⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p. 30.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 406.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**:

Responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3. p.41.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 136.

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 408.

⁷⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 967.

não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna.⁷¹

Além disso, existem civilistas que defendem a tese de que, em algumas situações, a criança ou adolescente podem não sofrer dano algum, pois tiveram em suas vidas outras pessoas que desempenharam os deveres negligenciados por seu genitor, de modo a evitar a concretização de maiores prejuízos em sua esfera existencial. Em outras palavras, o filho menor pode vir a receber o cuidado necessário para sua formação plena de outras pessoas, os chamados “pais sociais” e, em decorrência disso, não sofrerá grandes danos em sua formação e desenvolvimento, vez que suas necessidades afetivas foram devidamente supridas, ainda que não por seus genitores.⁷² Para os adeptos desta corrente – como Ana Carolina Brochado e Maria Celina Bodin de Moraes⁷³ - em circunstâncias como essas, ainda que tenha havido o abandono afetivo do filho, não há que se falar em responsabilização do genitor, pois, de acordo com o entendimento adotado por nosso código civil, o dano configura-se como elemento indispensável da responsabilidade civil.

A presente pesquisa entende que o dano é presumido. Isto pois, atribuir ao menor abandonado o dever de comprovar a existência do dano por ele sofrido seria atribuir-lhe o ônus de uma prova impossível ou, ainda que possível, excessivamente difícil de ser produzida. Defende-se, aqui, o posicionamento segundo o qual, ainda que fosse realizada perícia por equipe especializada e multidisciplinar, seria praticamente impossível mensurar ou determinar a extensão do dano imputado, vez que este, por ser essencialmente subjetivo, pode manifestar-se de maneiras diferentes em cada indivíduo - maneiras essas que nem sempre poderão ser identificadas, com precisão, pela perícia.

Além disso, conforme se destacou anteriormente nesta pesquisa, os deveres decorrentes da autoridade parental visam assegurar direitos fundamentais da criança e do adolescente. Assim, quando um genitor age (positiva ou negativamente) de forma negligente,

⁷¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. Apud. DOLCE, Fernando Graciani. **Abandono Afetivo e o dever de indenizar**. Revista RJLB, Brasil, [s.v.], n.1, p. 93-110, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0093_0110.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2022.

⁷² SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno - filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, [s.l.], set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xfIGhU>. Acesso em: 03 mar. 2022. p. 9.

⁷³ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 128, 2016.

deixando de observar e garantir estes direitos ao seu filho menor, ele estaria violando-o em sua esfera mais íntima e ferindo-o em sua dignidade.

Merece destaque, ainda, o fato de que a violação ao dever de cuidado importa em violação, também, ao princípio constitucional do melhor interesse da criança. No contexto das relações parentais é dever dos pais agir levando-se em consideração os interesses e necessidades dos filhos menores, visando proporcionar a eles um “cenário ideal” – representado, aqui, pela garantia de todos os seus direitos fundamentais, de modo que possam crescer e se desenvolver emocional, psíquica e fisicamente da melhor maneira possível. Para que isso ocorra, é atribuído aos genitores um certo poder de gerência da vida dos filhos menores, poder este traduzido justamente na autoridade parental. Dessa forma, uma vez que o cenário ideal ao pleno desenvolvimento da criança seria ter seus direitos assegurados por seus pais, quando um dos genitores age de forma a violar o dever de cuidado decorrente da autoridade parental, ele estaria violando também o melhor interesse da criança o que, invariavelmente, causa dano a ela. Em uma situação como esta, o dano está ínsito na própria ofensa, caracterizando, portanto, o dano moral presumido e justificando a concessão de indenização ao filho lesado. Ou seja, “o dano extrapatrimonial existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano.”⁷⁴

Outrossim, entende-se, neste trabalho, que, justamente em razão de ser o dano presumido, não há que se falar em inaplicabilidade do instituto da responsabilidade civil quando o espaço ocupado pela figura paterna ou materna na vida do filho menor houver sido preenchido por um terceiro. Isto pois, mesmo que assim fosse, o dano decorrente do abandono de um filho por seu genitor é imensurável e, por mais que os “pais sociais” possam amenizar essa dor, o espaço e a ferida deixados pelo genitor abandonico jamais serão completamente curados, uma vez que ele não pode ser substituído.

Além disso, a autoridade parental decorre exclusivamente do estado de filiação, dessa forma, ainda que o filho menor possua outra pessoa em sua vida que desempenhe a “função de pai ou mãe”, se o genitor não houver sido destituído de seu poder parental, suas obrigações e deveres jurídicos para com o filho subsistem, independentemente da atuação/presença de um terceiro em sua vida – ou seja, não se admite a terceirização destas responsabilidades.

⁷⁴ WALD, Arnaldo. GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**, vol. 7, São Paulo, Saraiva, 2011, p.95.

Assim, uma vez que o pai ou a mãe negligenciam seus deveres parentais e, como consequência, prejudicam sua prole, eles deverão ser responsabilizados por sua conduta danosa. Nesse sentido, ainda que a função primária da responsabilidade civil não seja punitiva, mas sim reparatória (ou compensatória) é perfeitamente possível responsabilizar o genitor negligente na situação aqui discutida, isso porque, “o caráter punitivo e preventivo, aliados a uma necessidade pedagógica da reparação civil, significam um freio ao ato danoso àquele que não escolheu nascer”.⁷⁵

Por fim, chega-se à análise do último dos componentes necessários à configuração da responsabilidade civil, qual seja o nexo de causalidade. De acordo com o professor Flavio Tartuce, este pode ser definido como “a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado”.⁷⁶ Em complemento, Maria Helena Diniz pontua que se considera causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido.⁷⁷ Por fim, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “para que se concretize a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito”.⁷⁸

Ainda que exista uma certa imprecisão doutrinária no que diz respeito à definição da teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a maior parte da doutrina entende ter sido adotada, para a análise do nexo causal na seara cível, a Teoria da causalidade adequada⁷⁹. De acordo com esta linha de pensamento, causa “é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”.⁸⁰

Percebe-se que, ainda que o conceito do nexo de causalidade, pareça simples à primeira vista, este elemento da responsabilidade civil é extremamente difícil de ser

⁷⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 405.

⁷⁶TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 324.

⁷⁷Ibidem.; p. 324.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Apud. TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 324.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Apud. TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 324.

⁷⁹TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 50.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 86.

demonstrado no caso concreto. Assim, é necessário que seja realizada uma análise pormenorizada e casuística, a fim de determinar se a conduta do agente é, de fato, apta e adequada para produzir o dano que se discute. Nesse sentido, “a ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida”.⁸¹

Quando aplicamos este instituto à disciplina da responsabilidade civil nos casos de violação ao dever de cuidado, é necessário analisar, *in concreto*, por meio do devido processo, se o genitor se omitiu de suas responsabilidades parentais : ele participava da vida do filho menor, auxiliando na tomada de decisões importantes e fazendo-se presente para ele (ainda que por meio de ligações, videochamadas, etc)? Estava ciente dos acontecimentos envolvendo o filho? Prestava assistência em momentos de enfermidade? Prestava assistência moral e material? Participava das atividades escolares da criança ou do adolescente? Demonstrava interesse pela vida do filho? Todas essas questões devem ser analisadas pormenorizadamente, pelo magistrado, para verificar se, de fato, essas condutas (ou, a falta delas) estariam aptas à dar causa aos danos existenciais alegados pelo autor do processo.

Uma vez esclarecida a possibilidade e o cabimento da ação de indenização em decorrência de violação ao dever de cuidado, passa-se à análise de como os tribunais brasileiros têm julgado essas demandas, buscando entender qual é o posicionamento adotado pela jurisprudência atualmente.

⁸¹ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 251-252, v. 1.

4 A INCIDÊNCIA DOS DANOS MORAIS EM CASOS DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

4.1 Caso Alexandre

O julgamento do REsp nº 757.411/MG⁸² ou “caso Alexandre”, como ficou conhecido, é extremamente importante no âmbito da responsabilização civil em matéria de Direito das famílias, pois foi por meio dele que o Superior Tribunal de Justiça tratou, pela primeira vez, de uma ação que tivesse por objeto a indenização por abandono moral do genitor. Assim sendo, esta pesquisa tomará a mencionada decisão como referência para compreender qual era, em um primeiro momento, o entendimento jurisprudencial da Corte Superior em relação à temática do abandono moral do genitor em relação a sua prole. Isto posto, segue a ementa do caso:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp. nº 757.411/MG. Relator: ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 29/11/2005. Quarta Turma).

O autor da ação, Alexandre Batista Fortes, nascido em 1981, alega que seu genitor deixou de prestar-lhe assistência psíquica e moral a partir de 1987, época em que se divorciou de sua mãe e constituiu nova entidade familiar com outra mulher, tendo, inclusive, outra filha com sua segunda esposa. Afirma, assim, não ter tido a oportunidade de conhecer e conviver com sua “meia-irmã”, nem de se reaproximar do pai – que além de não comparecer a ocasiões importantes na vida do filho menor, agia de forma displicente para com ele, de modo a ocasionar-lhe extremo sofrimento e humilhação.

O genitor, por sua vez, afirma que os argumentos do filho não merecem prosperar uma vez que se fundam, segundo ele, no inconformismo da mãe com a propositura de ação revisional de alimentos por meio da qual pretendia o pai a redução da pensão alimentícia paga a Alexandre.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **REsp 757.411**. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. 29 nov. 2005. Brasília, DF, 27 mar. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/38xUcKZ>. Acesso em: 06. Mar. 2022.

Aduz, ainda, que as atitudes da *ex* esposa tornaram o convívio com o filho insuportável, vez que esta o instruiu a agredir a “meia-irmã” e telefonava constantemente insultando o genitor e sua nova entidade familiar.

Quando julgado em primeira instância – pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte – o pedido do autor foi indeferido ao argumento de que, em apertada síntese, a situação vivenciada pelo filho menor, neste caso, não seria suficientemente penosa a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, não podendo o genitor ser responsabilizado pelas consequências supervenientes ao fim de seu relacionamento com a mãe do autor. Este, por sua vez, inconformado com a decisão proferida, interpôs recurso ao tribunal *ad quem* – neste caso, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais -, que reformou a decisão proferida em primeira instância e condenou o genitor ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Isto pois, no entendimento da câmara recursal, a conduta do genitor configurava ato ilícito, uma vez que ele deixava de cumprir com seus deveres familiares e lesava, portanto, o filho menor em sua dignidade.

O genitor, então, interpôs Recurso Especial perante o STJ, visando, mais uma vez, a reforma da decisão, por entender que esta violava o art. 159 do CC/16, uma vez que não se encontravam presentes os elementos constitutivos do ato ilícito. Assim, em 29/11/2005, A Suprema Corte apreciou e julgou, pela primeira vez, o tema do abandono parental em sua esfera moral.

O relator – ministro Fernando Gonçalves – votou no sentido de indeferir o pleito de Alexandre, ao argumento de que o direito das famílias possui remédios próprios para lidar com o descumprimento dos deveres de guarda e educação dos filhos menores, qual seja a destituição da autoridade familiar. Argumenta o ministro, ainda, que tal mecanismo é suficientemente apto a assegurar a observância das funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, mostrando ao genitor e à sociedade que a conduta do abandono parental não é bem recepcionada pelo Direito. Além disso, o ministro defendeu o posicionamento de que, ao admitir a condenação do pai a indenizar o filho, seria praticamente impossível reconstruir, no presente ou na posteridade, o relacionamento dos dois, uma vez que, por meio da sentença condenatória, seria erguida uma barreira intransponível entre eles.

O Ministro Cesar Asfor Rocha, complementa o voto do relator afirmando, de forma lamentável, que

por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio do poder, no máximo isso. Com a devida vênia, até repudio essa tentativa de querer precificar o preço do amor (fls. 14).

Assim, a Quarta Turma do STJ deu provimento ao REsp 757.411 para modificar a decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apenas o ministro Barros Monteiro votou no sentido contrário, entendendo que o genitor possui um dever para com o filho que abrange, além da assistência material, a assistência moral, a convivência, o acompanhamento e o afeto. Uma vez que deixa de observar, conscientemente, estes deveres, sua conduta configuraria ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC/02.

Tal decisão trouxe profunda revolta à grande parcela da comunidade jurídica, pois a destituição da autoridade parental nos casos de violação aos deveres parentais – ocasionando o abandono moral do filho menor – seria uma espécie de premiação à conduta do genitor, vez que este, que já não arcava com suas responsabilidades parentais, agora teria sua conduta reafirmada e justificada pela sentença, supostamente, condenatória.

É nesse sentido que se pronunciam Rodrigo Pereira da Cunha e Cláudia Maria Silva⁸³, bem como Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado - inclusive, as duas últimas civilistas mencionadas pontuam acertadamente, em artigo de autoria conjunta, que a destituição da autoridade parental, nestas situações, em verdade, “vai de encontro ao desejo do genitor de se livrar das responsabilidades parentais, agora plenamente legitimado, em relação ao filho indesejado. Não há, pois, na prática, sanção alguma”.⁸⁴

Dessa forma, ainda que seja, de fato, inaceitável monetarizar o afeto, como argumentado no voto do ministro Asfor Rocha, não é esse o objetivo da ação de indenização por violação ao dever constitucional de cuidado – ou, nos termos utilizados pelo acórdão, abandono moral. Muito pelo contrário, esta tem por finalidade dar vazão não só a função reparatória da responsabilidade civil – demonstrando a preocupação do Direito em tutelar os

⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3Jq7WEz>. Acesso em: 02 mar.2022, p. 8.

⁸⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 128, 2016. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rinc/a/QH69bC8NCjBTsg6SCWm3xmM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 07 abr. 2022.

direitos fundamentais da vítima, aqui representada pelo filho negligenciado -, mas também à sua função secundária de punir o ofensor pela ausência de cautela no exercício (ou, neste caso, o *não* exercício) de seus deveres parentais, de modo a desestimular este tipo de conduta, persuadindo-o a não mais lesionar os interesses do filho. Esta persuasão, inclusive, não se limita apenas à pessoa do ofensor, mas estende-se também à comunidade de forma geral, concretizando, assim, uma terceira função da responsabilidade civil: a socioeducativa.⁸⁵

4.2 Caso Luciane

O julgamento do REsp nº115.9242/SP⁸⁶, ou “caso Luciane”, representou uma grande mudança de paradigma no que diz respeito à tratativa dos deveres decorrentes da autoridade parental. A Ministra Nancy Andrichi, por meio de seu voto pioneiro, mudou completamente o entendimento adotado até então pela Suprema Corte a respeito da temática. Assim, o presente trabalho dedica-se, nesta sessão, a analisar a referida decisão, cuja ementa se segue:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (STJ – REsp:

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3, p. 20.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1159242**. Rel. Nancy Andrichi. 24 abr. 2012. Brasília, DF, 10 mai. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3xdCE1d>. Acesso em: 04 mar. 2022.

nº1159242/SP, Relator: ministra Nancy Andriahi. Data do julgamento: 24 de abril de 2012. Terceira turma. DJe: 10/05/2012).

A autora da ação, Luciane Nunes de Oliveira Souza, alega ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Afirma, ainda, que seu genitor adquiriu diversas propriedades por simulação em nome de seus outros filhos, claramente conferindo a estes tratamentos distintos e prioritários; afirma que o pai nunca demonstrou, para com ela, carinho, afeto, amor, atenção e apoio moral, nunca tendo recebido dele quaisquer espécies de conselhos ou ajuda educacional, cultural e financeira. Além disso, afirma que o pai apenas reconheceu-a como filha em razão de decisão judicial que declarou a paternidade e que, mesmo com sua condição de filha reconhecida, negou-se a pagar pensão alimentícia até ser compelido a fazê-lo em razão, novamente, de decisão judicial neste sentido.

O juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha ocorreu tão somente em razão do comportamento da mãe em relação ao réu. O tribunal *a quo*, por sua vez, ao julgar o recurso interposto pela autora, reformou a decisão, dando provimento à apelação e reconhecendo o abandono afetivo da autora, razão pela qual condenou o genitor ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O genitor, inconformado com a referida decisão, interpôs Recurso Especial perante o STJ, ao fundamento de que a sentença recorrida violava os artigos 944, 186 e 1638, todos do Código Civil. Outrossim, alega não ter abandonado a filha e que, ainda que o tivesse feito, a única sanção a qual poderia estar submetido seria a destituição de sua autoridade parental – conforme entendimento firmado pela própria Corte no julgamento do REsp 757.411.

A relatora do Recurso Especial, ministra Nancy Andriahi, firmou entendimento, em seu voto, no sentido de que todo ser humano necessita, além do básico para sua manutenção – como alimento, abrigo e saúde -, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para sua adequada formação – tais como educação, lazer, regras de conduta, etc. (fls.9). De acordo com a ministra, estes elementos compõem o núcleo mínimo de cuidados parentais a serem observados pelos genitores com sua prole, traduzindo-se em um dever jurídico de cuidado, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro - não apenas, mas principalmente – por meio do art. 227 da CF/88, embora não expressamente com esta nomenclatura. Alega a relatora que, negar ao cuidado o status de obrigação legal equivaleria a legitimar conduta que desrespeitasse a obrigação de proteger a criança e o adolescente, contida

na parte final do artigo supracitado - “além de coloca-los à salvo de toda a forma de negligência”.

De acordo com a ministra, também não há que se falar em monetarização do afeto – principal argumento utilizado pela corrente contrária à possibilidade de indenização nos casos de abandono moral -, uma vez que o que está em pauta não são sentimentos, como o amor e o afeto, mas sim a imposição biológica e legal de cumprir com o dever jurídico de cuidar dos filhos menores. Assim, nenhum pai seria obrigado a amar seu filho, mas sim a *cuidar* dele, pois “amar é faculdade, cuidar é dever” (fls. 11). Nas palavras da ministra, “não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar” (fls. 10). Esclarece a relatora, à respeito da diferença – para fins jurídicos – entre cuidado e amor, que

O cuidado é tísado 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 (fls. 11).

Outro ponto digno de destaque reside no entendimento pela possibilidade de ser o dano, nessas situações, presumido (*in re ipsa*). Isto pois, ainda que seja possível que o filho negligenciado desenvolva alguma patologia psicológica em razão do descuido de um dos pais, o que poderia ser verificado por meio de perícia médica, nem sempre isso acontecerá. O descumprimento dos deveres parentais pode resultar em um sentimento íntimo de insatisfação, abandono, insegurança, etc. – sentimento este que nem sempre se traduzirá em um diagnóstico médico perfeito, mas que, nem por isso, deixa de merecer o amparo do poder judiciário, vez que, ainda assim, representa dano moral imputado ao filho menor. Assim, defende a ministra que, a depender do caso concreto e das circunstâncias apresentadas, o dano poderá ser presumido, bastando que se demonstre objetivamente a conduta omissa do patriarca ou matriarca.

O Recurso especial foi parcialmente provido – com o objetivo apenas de diminuir o *quantum* indenizatório, considerado exacerbado – tendo apenas um voto contrário, proferido pelo ministro Massami Uyeda, que permaneceu firme à ideia de que admitir a indenização por abandono moral seria atribuir preço ao amor. Além disso, afirma o ministro que, questões subjetivas como essa não deveriam ser passíveis de apreciação pelo poder judiciário.

A decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 757.411, do Supremo Tribunal de Justiça, representou um marco para o direito das famílias e para a responsabilidade civil, uma vez que revolucionou o entendimento prevalente na Suprema Corte até então. Além disso, o posicionamento da ministra foi muito bem recepcionado pela doutrina, tendo sido aclamado por nomes como Flávio Tartuce⁸⁷, Rodrigo Pereira da Cunha⁸⁸, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado.⁸⁹

O que se defende na presente pesquisa é, justamente, o que a ministra afirma em seu voto, ou seja, a possibilidade de responsabilização do genitor ou genitora que descumpra, conscientemente, total ou parcialmente, os deveres inerentes à parentalidade – traduzidos, de modo geral, como deveres de cuidado. Tal responsabilização somente é possível pois estes deveres em nada dizem respeito aos sentimentos nutridos pelos pais em relação a seus filhos, mas apenas à observância de uma série de quesitos objetivos contidos no instituto da autoridade parental.

4.3 Entendimento atual

Ainda que seja possível observar uma significativa evolução no entendimento do STJ, a indenização por abandono moral nas relações de parentalidade ainda é um tema sensível e não completamente pacificado na jurisprudência brasileira. Isso porque, ainda que, em um primeiro momento, o Tribunal tenha admitido a possibilidade de responsabilização do genitor em razão do descumprimento do dever de cuidado, ainda é possível identificar divergências internas na tratativa desta temática.

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. De Alexandre a Luciane – da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido. JUSBRASIL: 2012. Disponível em <https://bit.ly/3M124mO>. Acesso em: 08 abr. 2022.

⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. Pág. 400. São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 4.

⁸⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 128, 2016. Disponível em <https://bit.ly/371nuS7>. Acesso em: 07 abr. 2022.

É o que se verifica no julgamento do REsp 1.493.125/SP⁹⁰, ocasião na qual o relator, o ministro Ricardo Villas Bôas, em seu voto, afirmou que a hipótese trazida pelos autos não estaria apta a ensejar a responsabilização civil do genitor, pois a falta de carinho, orientação e acompanhamento – por mais reprovável que seja do ponto de vista ético e social – não caracteriza ilícito civil, de modo que restaria afastado o dever de indenização.

Conquanto este caso seja dotado de algumas particularidades que poderiam, de fato, afastar a responsabilização do genitor – como o fato de que a autora foi registrada como filha de um terceiro, inexistindo provas de que o pai biológico estava ciente da paternidade que, por sua vez, só foi descoberta por ele 36 anos após o nascimento da filha por meio de exame de DNA realizado judicialmente na ocasião de Ação de Investigação de Paternidade – fato é, que o ministro afirma em seu voto que, ainda que tais circunstâncias não estivessem presentes, seria impossível impor ao pai o dever de amor e afeto, de modo a afastar sua responsabilização.

De acordo com o entendimento do ministro, seria viável e aceitável, apenas, a imposição do dever de registrar e sustentar financeiramente a filha, desde que esta demonstrasse a efetiva necessidade de auxílio material. Outrossim, ressalta, ainda, que a condenação ao pagamento de uma indenização pecuniária somente contribuiria para agravar a situação desfavorável já existente entre o pai e a autora, de modo que estes ficariam ainda mais afastados e teriam seu relacionamento pessoal demasiadamente prejudicado.

Nesta seara, verifica-se, a partir do entendimento adotado na decisão em comento, que é como se a discussão e tese levantadas pela ministra Nancy Andrighi no julgamento do “caso Luciane” não houvessem existido. Isto, pois o ministro Ricardo Villas Bôas sequer mencionou o dever de cuidado em seu voto, retornando ao velho e ultrapassado posicionamento adotado pela Suprema Corte em 2005, o qual compreendia abandono moral como sinônimo de abandono afetivo – o que, conforme se demonstrou no decorrer desta pesquisa, traduz-se em uma inverdade. Ressalta-se que a crítica aqui realizada não tem como foco o provimento ou desprovimento do recurso, mas sim os fundamentos utilizados pelo ministro para embasar sua decisão.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1.493.125/SP**. Rel. Ricardo Villas Bôas Cuevas. 23. fev. 2016. Brasília, DF, 01 mar. 2016. Disponível em: <https://bitly.com/dvhLkc>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Nessa perspectiva, verifica-se que a Suprema Corte retrocedeu em seu entendimento, também, no julgamento do REsp 1557978/DF⁹¹ - ocasião na qual deixou de considerar o dano moral advindo da violação do dever de cuidado como sendo presumido. Em seu voto, o relator, ministro Moura Ribeiro, chega a afirmar que não restou devidamente comprovado que o abalo emocional que acomete a autora possui relação direta com a ausência de seu pai biológico, uma vez que esta possui um histórico familiar extremamente conturbado, o que justificaria, por si só, os danos existenciais que a vítima alega ter sofrido. De acordo com o entendimento do ministro, é indispensável a apresentação de um estudo psicossocial que vincule, necessariamente, o dano psicológico sofrido pelo filho menor à ausência do cuidado por parte de um dos genitores.

Destaca o ministro, em seu voto, que ainda que se tenha demonstrado nos autos que o genitor de fato, foi omissos em relação a alguns deveres parentais, não haveria razão para responsabilizá-lo, uma vez que ele não descumpriu totalmente seus deveres de cuidado – única hipótese na qual entenderia ser cabível a sua responsabilização. O relator manifestou-se, também, no sentido de que, em razão do relacionamento conturbado entre os genitores, o pai nunca chegou, de fato, a estabelecer e estreitar laços afetivos com a filha, o que, a seu ver, também contribuiu para a não responsabilização do genitor. Nas palavras do ministro, “o pedido tardio de reconhecimento da paternidade somado ao fato de que os laços afetivos, por razões diversas, não se estreitaram após a concretização da relação paterno-filial, tornou muito difícil demonstrar e comprovar situação efetiva de descumprimento do dever de cuidado⁹²”.

Este entendimento é completamente contrário ao apregoado pela doutrina de proteção integral adotada pelo ordenamento pátrio, uma vez que a criança e o adolescente encontram-se em situação completamente assimétrica se comparados aos seus genitores. Assim, não importam – ou, ao menos, não deveriam importar – as eventuais divergências ou conflitos existentes entre eles, uma vez que é seu dever, enquanto pais, primar pelo melhor interesse da filha e pela observância de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, não há que se falar em afastar a responsabilização do pai em razão de este, por “motivos diversos” não ter estreitado os laços de convivência e cuidado com sua filha, pois este não é um ônus com o qual ela – parte

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1557978/DF**. Rel. Moura Ribeiro 03. nov. 2015. Brasília, DF, 17 nov. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3JEKdQD>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹² Ibidem.

vulnerável e frágil da relação – deveria ter que arcar, não importando o contexto em que o vínculo paterno-filial se estabeleceu.

O entendimento do STJ nos referidos julgados representa, de modo geral, um retrocesso significativo no que diz respeito à tratativa da questão do abandono moral porque, em regra, entende-se que não há a indenização decorrente da violação ao dever de cuidado, passando esta a ser uma hipótese excepcionalíssima. Outrossim, ao determinar que o dano deva ser provado na ação, atribui-se à vítima uma tarefa que, além de extremamente difícil, é também muito desgastante uma vez que esta precisaria comprovar que ser abandonada por seu genitor ultrapassou o mero dissabor e configurou-se, de fato, como ilícito capaz de gerar dano.

Para além disso, firmou-se entendimento no sentido de que o descumprimento do dever de cuidado somente poderá ser configurado após o reconhecimento da paternidade, nos casos em que esta não seja reconhecida desde o nascimento – (AgRg no AREsp 766159/MS⁹³ e REsp 1557978/DF). Nesse sentido, no julgamento do AgInt no AREsp 1270784/SP⁹⁴, o ministro Luis Felipe Salomão menciona, acertadamente, entendimento doutrinário no sentido de que,

a ação de investigação de paternidade considerada em si, investigação simples, é puramente declaratória, visa acertar a relação jurídica da paternidade do filho, afirmar a existência de uma condição ou estado, sem constituir para o autor nenhum direito novo, nem condenar o réu a uma prestação. Nem ao mesmo seu objeto será compelir o réu a admitir a relação jurídica da paternidade, porque, declarada por sentença esta relação, o estado de filho fica estabelecido *erga omnes*, não dependendo de execução o dever de admiti-lo o réu⁹⁵.

Este posicionamento é coerente e bem alinhado com o próprio instituto da responsabilidade civil uma vez que, para a responsabilização do genitor, é indispensável que se comprovem os elementos culpa e nexos de causalidade, o que não pode ser feito se o genitor desconhecia a paternidade. Além disso, mesmo que este soubesse ser o pai biológico e se recusasse a assumir esta função, ainda assim seria necessário reconhecer juridicamente a

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **AgRg no AREsp 766159/MS**. Rel. Moura Ribeiro 02. jun. 2016. Brasília, DF, 09. jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3jCit4V>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **AgInt no AREsp 1270784/SP**. Rel. Luis Felipe Salomão. 12. jun. 2018. Brasília, DF, 15. jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3xnoj2l>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Apud. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **AgInt no AREsp 1270784/SP**. Rel. Luis Felipe Salomão. 12. jun. 2018. Brasília, DF, 15. jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3xnoj2l>. Acesso em: 13 abr. 2022.

situação de filiação. Isto, pois os deveres da autoridade parental são inerentes à relação de parentalidade, de modo que, se esta não restar devidamente estabelecida, não será possível incumbir a alguém um dever que, em tese, nem mesmo lhe cabe.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o ordenamento jurídico vigente tutela, sim, um dever de cuidado, inerente à autoridade parental, dos pais em relação aos filhos menores. Assim, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais – abrangendo a garantia e satisfação de questões de cunho material e imaterial – que deve ser observado na maneira como os pais tratam, criam, educam e assistem seus filhos.

Quando esses deveres deixam de ser observados, total ou parcialmente, ocorre violação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, consagrados no art. 227 da Constituição Federal, gerando dano a estes e, conseqüentemente, abrindo margem para que os genitores sejam responsabilizados civilmente por sua conduta negligente. Assim, uma vez que o cenário ideal, tendo em vista o melhor interesse da criança e a proteção de sua dignidade, corresponde à observância de todos os seus direitos, já que estes estão diretamente ligados à formação de sua identidade e personalidade, bem como à sua proteção – necessária em razão de não disporem de autonomia plena – entende-se que o dano está ínsito na própria violação ao dever de cuidado, caracterizando, portanto, o dano presumido e justificando a concessão de indenização ao filho lesado.

É evidente, neste cenário, que não cabe ao judiciário analisar as relações afetivas existentes entre os genitores e os filhos menores. Isso porque, a esfera dos sentimentos foge ao âmbito de interesse e gerência abrangidos pelo Direito, de modo que, juridicamente, pouco importa se o pai ou a mãe amam seus filhos, mas sim se eles cumprem, objetivamente, uma série de critérios que demonstram a observância e a satisfação das responsabilidades advindas da autoridade parental. Nesse sentido, quando um dos genitores deixa de cumprir com suas obrigações imateriais, não há que se falar em indenização por abandono afetivo, mas sim em indenização por abandono moral. É nesse sentido que se posicionou o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº nº 115.924/SP, quando entendeu ser devida à autora indenização por danos morais decorrentes da violação ao dever jurídico de cuidado.

No entanto, a diferença entre abandono afetivo e abandono moral não parece estar devidamente esclarecida para a Suprema Corte, uma vez que, nos julgamentos posteriores ao emblemático “caso Luciane”, esta retornou, infelizmente, ao entendimento inicialmente adotado com o julgamento do REsp nº 757.411/MG.

Assim, verifica-se que, embora esta ainda seja uma questão extremamente delicada e sensível ao Direito, uma vez que envolve relações tão caras ao ordenamento jurídico brasileiro – que determina ser a família a base da sociedade – este tema está longe de ser pacificado, tanto na esfera jurisprudencial quanto na doutrinária. Tal porque ainda existe grande receio em aplicar o instituto da responsabilização às relações familiares, uma vez que teme-se que isto venha a abrir portas para a monetarização do afeto e do amor – fato que não poderia estar mais distante da verdade.

Tal temor retrata outro problema relevante para o debate acerca da responsabilização em decorrência da violação aos deveres parentais de cuidado: parte da doutrina e da jurisprudência ainda utiliza os conceitos de abandono moral e de abandono afetivo erroneamente; o que dificulta a homogeneização das decisões e teses acerca desta temática, uma vez que cada um utiliza-se de um critério diferente para avaliar a situação.

Ainda que assim seja, não há como negar que é crescente o debate acerca desta temática, sendo cada vez mais frequentes as ações de indenização por abandono moral em razão da violação ao dever de cuidado. No entanto, este ainda é um tema muito recente no cenário jurídico brasileiro, de modo que é necessário mais amadurecimento e aprofundamento das teses levantadas, visando quebrar os tabus referentes à aplicação da responsabilidade civil ao Direito das Famílias e atingir um consenso acerca dos conceitos básicos para a devida compreensão do tema. Assim, a partir do momento em que for possível, ao menos, partir de uma mesma base de compreensão, fundada em questões bem delimitadas – como a diferença entre afeto, amor, dever de cuidado, etc. – a discussão poderá atingir um nível mais proveitoso e juridicamente desejável.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. A responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Intertem@s**, Brasil, v. 10, n. 10, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3v89A8I>. Acesso em: 28 fev. 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 6.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: v. 8, n. 3, 2019, p. 1-2.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 128, 2016. Disponível em <https://bit.ly/371nuS7>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a **Convenção sobre os direitos da criança**. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 28 fev.2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 28 fev.2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1159242**. Rel. Nancy Andrighi. 24 abr. 2012. Brasília, DF, 10 mai. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3xdCE1d>. Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1.493.125/SP**. Rel. Ricardo Villas Bôas Cuevas. 23. fev. 2016. Brasília, DF, 01 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/dvhLkc>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **REsp 1557978/DF**. Rel. Moura Ribeiro. 03. nov. 2015. Brasília, DF, 17 nov. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3JEKDqD>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). **AgRg no AREsp 766159/MS**. Rel. Moura Ribeiro. 02. jun. 2016. Brasília, DF, 09. jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3jCit4V>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **REsp 757.411**. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. 29 nov. 2005. Brasília, DF, 27 mar. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/38xUcKZ>. Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). **AgInt no AREsp 1270784/SP**. Rel. Luis Felipe Salomão. 12. jun. 2018. Brasília, DF, 15. jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3xnoj2l>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOLCE, Fernando Graciani. **Abandono Afetivo e o dever de indenizar**. Revista RJLB, Brasil, [s.v.], n.1, p. 93-110, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Jqy41W>. Acesso em: 07 abr. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves Considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, Florianópolis, v. 236, [s.n.], 2011. Disponível em <https://bit.ly/3JomCnu>. Acesso em 30 mar.2022.

GONÇALVES, Victoria Doeler Olea. **O princípio da afetividade e sua relação com a aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de filho**. 2018. 30 p. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, [s.l.], 22 abr. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3NV8uFP>. Acesso em: 02 mar. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: Almedina, 2021.

Miragem, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da república federativa do brasil: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. FACHIN, Edson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado, Brasília**, v. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3Jq7WEz>. Acesso em: 02/03/2022.

RAYANE, Daniele Barbosa; SOUZA, Daniela Heitzmann Amaral Valentim de. Privação afetiva e suas consequências na primeira infância: um estudo de caso. **Revista InterScientia**, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 90-111, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3xfoJrx>. Acesso em: 03/05/2022.

SAMPAIO, Lucas Leal. O reconhecimento do cuidado como valor jurídico e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES)**, Natal, v. 8, n. 1, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *In*: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno - filial. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)** [s.l.], set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xfIGhU>. Acesso em: 03/03/2022.

SOUTO, Fernanda Ribeiro et al. **Direito das famílias**. Porto Alegre: SAGAH, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 251-252, v. 1.

WALD, Arnoldo. GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**, vol. 7, São Paulo, Saraiva, 2011, p.95.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.