

**FERNANDO GONÇALVES FERNANDES**

**ABANDONO AFETIVO: A POSSIBILIDADE DE  
CARACTERIZAÇÃO DE DANO**

Dissertação de Mestrado em Mestrado em Direito  
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas  
Trabalho realizado sob a orientação da  
Professora María Esther M. Quinteiro



UNIVERSIDADE  
PORTUCALENSE

Departamento de Direito

Novembro 2020

## RESUMO

Ante a indispensável presença da família, sobretudo dos pais na vida da criança para seu pleno desenvolvimento, a ausência dos pais ou a privação do afeto pode gerar danos irreparáveis na vida da pessoa, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico brasileiro traz garantias à convivência familiar e a responsabilidade dos pais para com os filhos no tocante a paternidade responsável. Para tanto, o estudo dedicou-se primeiramente à família e seus caracteres atuais, sempre na busca de proporcionar um ambiente propício ao desenvolvimento de cada membro em sua individualidade. Pois é justamente sobre este “novo” modelo familiar que a doutrina e os tribunais passaram a travar uma discussão acirrada sobre a possibilidade ou não de reparação civil por dano moral causado pela falta de afeto. Posteriormente, constatou-se não haver uma concordância entre os estudiosos do Direito quanto à natureza do afeto nas relações familiares, em especial à relação paterno-filial, e se este pode ser juridicamente imposto a alguém. Entendendo-se ser este apenas um sentimento, algo desprovido de qualquer natureza jurídica, principalmente normativa, a natureza do afeto se configura no âmbito filosófico, psicológico ou sociológico, mas nem por isso nega-se sua importância nas relações familiares e no Direito de Família.

No entanto, muito se questiona quanto à reparação do dano, quando o descaso dos pais sai da esfera material e passa a ser moral e sentimental. Como mensurar o valor do sentimento? Quanto vale o afeto? A justiça tem como obrigar a existência do carinho entre pais e filhos? A subjetividade do dano dá margem a avaliar critérios para o dano moral? Até onde o Estado pode intervir?

**Palavras-chave:** Dano moral; Abandono afetivo; Família; Afeto; Natureza jurídica.

## **ABSTRACT**

In view of the indispensable presence of the family, especially of the parents in the child's life for their full development, the absence of the parents or the deprivation of affection can generate irreparable damage in the person's life, injuring the principle of human dignity.

The Brazilian legal system provides guarantees for family life and the responsibility of parents towards their children with regard to responsible parenthood. To this end, the study was devoted primarily to the family and its current characters, always in search of providing an environment conducive to the development of each member in their individuality. For it is precisely on this "new" family model that doctrine and courts began to have a heated discussion about the possibility or not of civil reparation for moral damage caused by lack of affection. Subsequently, it was found that there was no agreement among law scholars as to the nature of affection in family relationships, especially the paternal-filial relationship, and whether it can be legally imposed on someone. Understanding that this is just a feeling, something devoid of any legal nature, mainly normative, the nature of the affection is configured in the philosophical, psychological or sociological realm, but it is not for this reason that its importance in family relationships and Family Law .

However, much is questioned regarding the repair of the damage, when the parents' neglect leaves the material sphere and becomes moral and sentimental. How to measure the value of feeling? How much is affection worth? Can justice compel the existence of affection between parents and children? Does the subjectivity of damage give rise to assessing criteria for moral damage? How far can the state intervene?

Keywords: moral damage; Affective abandonment; Family; Affection; Legal nature.

# ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>4</b>
<b>1. PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO.</b>	<b>7</b>
1.1 A despaternalização no seio familiar	7
1.2 Direitos infanto-juvenis atuais em consonância ao princípio do melhor interesse da criança, lei n. 8069/90 e a jurisprudência.	10
1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Afetividade.	16
1.4 Danos gerados a criança em consequência do abandono afetivo	23
<b>2 ELEMENTOS E LIMITES DO DEVER DE INDENIZAR POR ABANDONO AFETIVO</b>	<b>27</b>
2.1 Elementos para configuração do Dano Moral	27
2.2 Conceito de dano moral e ponderação de interesses	29
2.3 Diferença entre Responsabilidade paterno-filial e de relações conjugais	33
2.4 Casos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo	37
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>42</b>
<b>LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA</b>	<b>45</b>

# INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como por objetivo geral analisar por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais juntamente com a legislação vigente o alcance e os efeitos da intervenção jurídica no âmbito familiar, analisando a linha tênue e casuística entre a existência de dever de reparar os danos morais em decorrência do abandono afetivo.

O direito da família, hoje, é um ramo de direito mais humanizado, tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais das relações humanas, com a preocupação primordial de reconhecer na família a condição de *Locus* privilegiado para o desenvolvimento de seres humanos, sujeitos de direito, interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos, sujeitos de direito, mais complexos e psicologicamente melhor estruturados.

Não importa a forma de origem do filho, o que cumpre perquirir é a existência efetiva de uma relação paterno-filial. É de baixa significância se a prole adveio ao casal posterior ou anteriormente a convocação das núpcias, da configuração de uma união estável ou se a prole decorreu de uma relação sexual passageira. Faz-se necessário investigar se genitor que se afastou do convívio de sua prole conhecia o fato de ter se tornado pai. Poderá ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório vir a ser pleiteado em face de um pai ou mãe fisicamente presente, mas que não tenham cumprido, a contento, as suas funções.

A intervenção incisiva do legislador, a partir da Constituição de 1988 e do consequente Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, transformou este estado de coisas, com reflexos no código promulgado em 2002. O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da dignidade humana. Este também é, não por acaso, o teor do art.227 da constituição, ao determinar ser dever a família assegurar, com absoluta prioridade, as crianças e aos adolescentes, os direitos a vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

A proteção do melhor interesse da criança, como cláusula geral, depende sempre da interpretação do juiz, trazendo para a esfera pública a problemática. Como os filhos menores não estão em condições de se protegerem por si sós, o legislador e o juiz tomam pra si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive dos próprios pais.

A ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

O papel dos pais não se limita ao dever de sustento, de prover materialmente o filho com os meios necessários à subsistência orgânica, vai muito além, para abranger a subsistência emocional, e a função psicopedagógica, de educação e assistência em geral. Na medida em que não é cumprido esse irrenunciável papel, por injustificável ausência paterna, surge dano que há de ser reparado.

Com as mudanças da sociedade em geral, as evoluções no instituto da família e no próprio ramo do Direito das Famílias, o principal diferencial da identidade familiar passou a ser o afeto. Especialmente em relação aos filhos, é sabido que para a formação da identidade particular do ser em seu aspecto psicológico, moral, social, emocional, dentre outros, o afeto dos genitores é primordial.

Com isso, há quebra no sistema de regras sociais em vigor, ou no próprio direito, que é norteado por princípios e cláusulas gerais que asseguram amplos direitos relativos ao bem estar e desenvolvimento da criança e adolescente.

Para ilustrar, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2005, ao apreciar Recurso Especial<sup>1</sup> versando sobre indenização por abandono afetivo paterno-filial, entendeu como o juízo de 1ª instância, reformando o acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, ou seja, negou a possibilidade de reparação pecuniária por abandono afetivo do pai para com o filho. Tal decisão apresentou-se totalmente na contramão do que defende a doutrina majoritária, o que levou a grandes discussões no meio jurídico.

Diante o exposto é essencial abordar tal tema, tendo o presente trabalho aborda as seguintes problemáticas: Como tratar a atitude dos genitores que abandonam afetivamente seus filhos? Quais as prováveis conseqüências jurídicas decorrentes da omissão dos pais no crescimento psíquico e moral da criança? É possível haver a reparação moral nos casos em que há a comprovação do abandono afetivo?

O objetivo principal do presente trabalho é constatar a possível existência de um efetivo dano psíquico e moral sobre os filhos que sofrem o abandono afetivo de seus pais, bem como o fundamento da indenização pecuniária para caracterizar o dano

---

<sup>1</sup> EMENTA: 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. (BRASIL, STJ, 4ª Turma. Resp. nº 757.411 - MG (2005/0085464-3) Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Julg.: 29.11.2005).

moral. Abordando ainda os objetivos específicos de tratar acerca da importância do afeto na composição familiar; expor quais as prováveis consequências jurídicas decorrentes da omissão dos pais no crescimento psíquico e moral da criança e discutir acerca do dano moral ou imaterial e sua respectiva mensuração, e a importância de sua aplicação como medida de inibição do abandono afetivo.

A hipótese do presente estudo é que o abandono afetivo pode ser compreendido como uma omissão geradora de danos mentais e morais, suscetíveis à reparação por dano moral. Tendo como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da afetividade dos pais, as crianças e adolescentes que sofrem o abandono afetivo tem ajuizado ações com a finalidade de serem indenizadas por seus pais pelos prejuízos mentais gerados em razão da ausência do amor, do carinho, da ternura e da presença dos pais no seu desenvolvimento.

Deste modo, pelo exposto, o referido estudo tem a justificativa de que visa tentar auxiliar o entendimento do que venha ser o afeto nas relações familiares e suas implicações jurídicas, visto depender a conclusão quanto a sua natureza. É a partir daí que se poderá então analisar suas consequências frente ao dano decorrente, principalmente no que tange à reparação por dano moral pelo que chamam de abandono afetivo.

Desta forma, por meio do presente trabalho, fazendo uso do método dedutivo de pesquisa, é proposto adentrar mais especificamente no estudo da importância da relação afetiva no âmbito familiar, na avaliação das diferenças entre abandono afetivo material e social e analisar as possibilidades de reparação do dano sofrido.

O presente trabalho demonstrará o cabimento do dano moral decorrente de abandono afetivo a sua necessidade. Nessa perspectiva, buscaremos avivar um debate sobre a possibilidade de haver uma reparação decorrente do abandono afetivo e a atuação da possibilidade de haver uma reparação decorrente do abandono afetivo e a atuação da jurisprudência na aplicação integrativa dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, como forma de não deixar recair sobre a vítima as consequências do dano.

Este trabalho tem abordagem discursiva, utilizando de dados secundários para a conclusão do trabalho, onde se trata de uma pesquisa bibliográfica tendo como referências algumas decisões judiciais, monografias, jurisprudências e também os artigos presentes no Código Civil de 2002, juntamente com os artigos da Constituição Federal, onde ambos mencionam a responsabilidade da família como base na formação e garantia da intimidade pessoal, do nome, da imagem e dos sentimentos, assegurando a integridade física e psicológica da criança ou adolescente.

# **1. PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO.**

## **1.1 A despaternalização no seio familiar**

Diante das novas representações sociais da família frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais, norteados anteriormente por uma ideologia patriarcal, em que cada sujeito (pai, mãe e filhos) ocupava seu lugar, com funções estruturantes e fundantes do próprio sujeito, as quais, uma vez distorcidas, geraram sérias consequências na formação das famílias atuais.

Relevante consequência é a despaternalização no seio familiar, gerando um verdadeiro caos evidente, que é a crise da paternidade. Pois sua função básica estruturadora do filho como sujeito está passando por um momento histórico de transição de difícil compreensão, em que os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado que só é pai em fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga ou boicota pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isto; o pai que reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento.<sup>2</sup>

O abandono material ou psíquico, decorrente da ausência do pai ou um representante substituível de sócio afetivo, gera graves consequências na estruturação psíquica dos filhos, repercutindo substancialmente nas relações sociais.

Pior que o abandono material é o abandono psíquico e afetivo. Hoje, o direito oferece mecanismos de cobrança e sanção para os pais que abandonam materialmente, sendo tipificado no Código Penal como crime o abandono material e intelectual (artigos 244/246 do Código Penal Brasileiro). O Código Civil estabelece pena de penhora e ou prisão para os devedores de pensão alimentícia. Entretanto, o dano por abandono afetivo, dificilmente, pode ser reparado. Há estudos promissores acerca do tema, mas a jurisprudência, incipiente, com poucos julgados a favor da responsabilidade civil por dano gerado decorrido do abandono afetivo, encontra-se intimidada com o tema, devido às controvérsias e a dogmática jurisprudencial tradicional, herdada da velha concepção da criança como objeto de direito e não como sujeito de direito. Ademais, há falta de objetividade na pragmática dos julgados, observando-se que os Tribunais, em geral, apresentam uma dificuldade no seio

---

<sup>2</sup> R.D.C. PEREIRA, Pai por que me abandonaste? in T. da Silva Pereira(coord), O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 581.



familiar, em virtude dos sujeitos de direitos estarem mais complexos a cada dia, e, também, em função de uma necessária interdisciplinaridade, a qual a judiciário deveria recorrer com mais evidencia.

A ausência paterna é um fenômeno e consequência das transformações sociais iniciada com a revolução feminista, a partir da redivisão sexual do trabalho e a consequente queda do patriarcalismo, estando acima da estratificação social.

A ausência injustificada do pai origina evidente lesão à dignidade, e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Sobre o aspecto, o psiquiatra do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre, Montserrat Martins, destaca-se “o pior sentimento que uma criança pode ter é de rejeição; um pai problemático pode ser comum a muitas outras crianças, mas não ter um pai gera sentimento de inferioridade muito grande”.<sup>3</sup> Lembra ainda o mesmo profissional que a relação entre a delinquência e abandono é forte e já foi comprovada por pesquisas: “uma pesquisa constatou que a ausência do pai é o primeiro fator de conduta antissocial, tendo efeito secundário e influenciado no uso de drogas e na evasão escolar”. Mais: “adolescentes infratores, quando questionado sobre o pai, falam disso com magoa”. Afirma que no contexto atual a indenização por danos morais pela ausência do genitor é viável, pois mesmo voltada para os valores econômicos a sociedade está assinalando que a questão merece atenção. Por fim, da conta de um dado extremamente relevante: quando acontecem processos como reconhecimento da paternidade e pagamento de pensão, ocorre uma mudança de comportamento do pai omissor, sendo “impressionante, mas quando o pai começa a ter de pagar alimentos ao filho, ele passa a ter interesse em ver a criança”.<sup>4</sup>

Há casos em que a mãe ou outro responsável tenta amenizar a circunstância do abandono, falando bem do pai, formando a imagem de um pai ideal, introduzindo para o filho a imagem paterna, decorrente da teoria psicanalítica de Lacan, fazendo presente um pai fictício, possibilitando ao filho que se estruture psiquicamente. Mas é necessária a presença viva do pai, mais cedo ou mais tarde, a criança vai solicitar um relacionamento real com o pai ou outro sujeito sócio afetivo.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Diário da Justiça do TJRS, de 23 de agosto de 2004, na XI, número 2.926.

<sup>4</sup> BRASIL. Diário da Justiça do TJRS, de 23 de agosto de 2004, na XI, número 2.926.

Luiz Edson Fachin, em seu trabalho “A tríplice paternidade dos filhos imaginários afirma que “A paternidade não é apenas um ‘dado’: a paternidade se faz.”<sup>5</sup>

E o que se deduz da teoria psicanalítica é que só existe paternidade se esta for exercida, ou seja, é uma função, que, além do genitor e do nome, poderá oferecer, dar ao filho, biológico ou não, um lugar de sujeito. Destarte, a função paterna é um direito fundamental da criança e do adolescente, ou seja, de acordo com R. D. C. Pereira, é o direito fundante do ser humano como sujeito.<sup>6</sup>

Analisando o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica – se que o pensamento jurídico se reestruturou, partindo do momento em que a paternidade foi considerada em sua essência, desbiologilizada e vista como função paterna (Seção III – Da Família Substituta, arts. 28 a 32 do ECA).

Direito, segundo Giorgio Del Vecchio, é essencialmente violável, existe por graça de sua violabilidade e as noções de “Direito e Torto” são interdependentes e complementares. Ou seja, direito só existe porque o Torto existe. De acordo com Freud, fundador da psicanálise, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja, e se algo é proibido, deve ser porque é desejado. Implica dizer, que em toda lei existe um desejo contraposto a ela, ou seja, existe sempre um desejo subjacente a estas proibições.<sup>7</sup>

As ordenações jurídicas, através de seus textos normativos (leis, decretos...) nada mais é que o estabelecimento de proibições ou permissões para organizar as relações sociais. A lei jurídica é um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social. Ela se faz necessária, principalmente para aqueles que não têm lei interna e são capazes, por si mesmos, de frearem ou conterem seus impulsos ou desejos em desacordo com a organização social. Somente a partir da lei Direito de Família que se faz a passagem da natureza para a cultura. Portanto, é somente a partir dessa lei básica que se torna possível uma organização social. Então, a lei básica e fundante, conseqüente, da cultura. Em outras palavras, não é possível existir civilização, ou qualquer organização social ou jurídica sem a lei do pai. Ela é, então, a organizadora e possibilitadora da cultura.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários, no vol. 2 do Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, RT, São Paulo, 1995, Teresa Arruda Alvim, pp. 180/196;

<sup>6</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Pai, por que me abandonastes?” . In PEREIRA, Rodrigo da Cunha e GROENINGA, Giselle Câmara (coordenadores). Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova Epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003;

<sup>7</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Pai, por que me abandonastes?”. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha e GROENINGA, Giselle Câmara (coordenadores). Direitos de Família e Psicanálise – rumo a uma Nova Epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

<sup>8</sup> R.D.C. PEREIRA, Pai, por que me abandonastes? In T. da Silva Pereira (coord.), O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 577.

Por fim, o dever de educação da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana e possa receber uma educação condigna, permeada pela noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seu seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho. O desempenho destas funções cria entre a criança e seus pais uma relação de corte relativamente, formada naturalmente com o mundo exterior, que é a relação de dependência e complementaridade relativamente ao mundo exterior.

## **1.2 Direitos infanto-juvenis atuais em consonância ao princípio do melhor interesse da criança, lei n. 8069/90 e a jurisprudência.**

O princípio do melhor interesse da criança é um princípio de aplicação setorial, decorre da dignidade da pessoa humana, pessoa humana em peculiar condição de desenvolvimento. Seu emprego tem um campo especial, o dos direitos do menor. Não um menor abandonado ou delinquente, mas todos os menores têm reconhecido o seu direito de proteção especial em face da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Contudo, se por um lado a sua aplicação é setorial, por outro lado, é corolário da dignidade peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, dignidade esta peculiar de toda pessoa.

Consustancia-se nesse princípio a possível adequação de uma reparação dos danos decorrentes de abandono afetivo, haja vista que não é mero bom senso que deve determinar o melhor interesse da criança, mais, sim, a análise objetiva da situação concreta em que se evidencia a criança. Pois, quando são utilizados critérios objetivos para concretização do princípio do melhor interesse da criança, muda o prisma do subjetivismo para uma avaliação objetiva do princípio, não sendo subsidiário, mas imperativo a qualquer medida que alcance o interesse da criança.

O princípio do melhor interesse da criança atua no sentido de direcionar a ação do Estado em todas as suas esferas (Judiciário, Legislativo, Administração Pública). Onde há o “*parens patrie*”, que é um princípio da lei comum que autoriza o Estado a assumir as regras de orientação paterna e definir a custódia de uma criança com fim de cuidados e proteção, quando a criança se torna delinquente, abandonada ou

necessita de cuidados especiais, na hipótese de os pais biológicos ou adotivos não quiserem ou não puderem oferecer.

A qualidade da criança como sujeito é muito recente, decorre do art. 227 da Constituição e anteriormente de Convenções e Tratados Internacionais. O primeiro documento que afirma a “necessidade de declarar a criança uma proteção especial” foi a Declaração de Genebra de 1924.

O Segundo Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 dispõe que “A criança gozará de proteção social ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objeto levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.”<sup>9</sup>

Também a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 utilizada no art. 3, o melhor interesse da criança como critério máximo nas situações que exijam a intervenção sobre seus interesses, ao prescrever que “1- em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança”.<sup>10</sup>

Dada à importância desses acordos internacionais, segundo Heloisa Helena Barboza, com eles “foram reconhecidos no âmbito internacional dos direitos *próprios* da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas *parte integrante* de um complexo familiar para ser mais um *membro individualizado* da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes, quanto após o seu nascimento.”<sup>11</sup>

A Constituição Federal de 1988 adotou implicitamente o princípio do melhor interesse da criança ao considerá-la como pessoa humana merecedora de proteção especial. O respectivo art. 227 sintetizou a convenção dos Direitos da Criança de 1989. Com isso foi positivada a garantia a direitos e deveres relativos à criança, deixando de ser apenas parte de uma sociedade ou coletividade, e passando a ser sujeito de direitos.

---

<sup>9</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br).

<sup>10</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br).

<sup>11</sup> H.H. BARBOZA, O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, in Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Família, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 203.

Então o princípio do melhor interesse da criança tem como principal suporte a condição da criança como pessoa humana, dotada de proteção especial devido a sua especial posição de pessoa em desenvolvimento.

O ordenamento brasileiro adotou a doutrina da proteção integral, que não se restringe a um segmento da sociedade, mas é voltada a toda população infanto-juvenil que passou a merecer especial proteção. Desse modo, como afirmou Caio Mario da Silva Pereira, “A Doutrina Jurídica da Proteção Integral é o elemento central na mudança de orientação no que concerne a infância e a juventude no Brasil, rompendo com a barreira discriminatória da ‘situação irregular’ e estendendo a ‘proteção integral’ a todos os menores de 18 anos, independente de sua condição social, racial e econômica”<sup>12</sup>.

A proteção integral da criança foi definitivamente consolidada pela Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) já que havia sido inserida pela Constituição Federal de 1988.

Elisa Hasselman considera a doutrina da proteção integral uma evolução jurídico-social, pois introduz os direitos fundamentais da pessoa na legislação referente à infância e abandona o paradigma que considerava a criança apenas como “objeto de direito”<sup>13</sup>.

Com efeito, é a cláusula geral de dignidade da pessoa humana, enunciada no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, a pessoa está em condição especial de desenvolvimento, que fornece os critérios hermenêuticos para o entendimento do princípio do melhor interesse da criança.

O art.4º do ECA estabelece a garantia da prioridade para a criança em situações casuísticas, a saber: i) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; ii) procedência de atendimento nos serviços públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude. O art. 227 da Constituição Federal também prescreve a garantia de absoluta prioridade a criança em face de direitos fundamentais.

Segundo Rose Melo Vencelau Meirelles, a superioridade do interesse da criança se revela em situações nas quais e o interesse dela *versus* o de ontem que está em

---

<sup>12</sup> PEREIRA. Caio Mario da Silva, “Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos”. Edição 7º. Editora Forense, 2015.

<sup>13</sup> E.C.L. HASSELMANN, O melhor interesse da criança e do adolescente em face do projeto de Código Civil, in T. da Silva Pereira (coord.), O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp; 361 – 362.

jogo, enquanto o melhor interesse da criança se manifesta em hipótese aonde o interesse da criança participa de uma escolha comparativa de opções<sup>14</sup>.

Deste modo, o princípio do melhor interesse da criança tem aplicação nos casos que necessitem de uma comparação de opções, ou seja, casos concretos que perquiram a escolha entre pai e mãe, entre avós e pais, entre pai biológico e pai afetivo, entre verdade real e formalismo jurídico. Mas, também, cabe em situações nas quais a condição especial de pessoa em desenvolvimento impõe prioridade de tratamento, quer no âmbito Executivo, Legislativo ou Judiciário, em respeito à vulnerabilidade infanto-juvenil.

Com isso, verifica-se a possibilidade de reparação por parte dos pais ou responsáveis em relação aos filhos, já que os últimos são amparados pelo princípio do melhor interesse da criança, além de figurarem como hipossuficiente, em vista do seu estado de desenvolvimento e vulnerabilidade.

Segundo Gustavo Tepedino, o Código Civil vigente não abandonou a disciplina na proteção patrimonial da criança, mas está situado em outra conjuntura<sup>15</sup>. Base do Código Civil de 2002 é a Constituição de 1988, que prefere a tutela de interesses existenciais a de patrimoniais, escolha que decorre de ter o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Não é demais ressaltar que essa revalorização do sistema impôs a releitura do Código Civil de 1916 à luz da Constituição. A codificação vigente adota a opção constitucional, escapando de suas raízes predominantes patrimoniais.

Significa dizer que o princípio do melhor interesse da criança vai além de interesses patrimoniais. É certo que a criança, como pessoa em desenvolvimento, portanto, inexperiente para tratar de certos assuntos da vida, precisa também de proteção patrimonial. Contudo, o melhor interesse da criança deve ser considerado em quaisquer situações nas quais caiba intervenção do Poder Público, inclusive em matéria de qualquer tipo de negligência, abrangendo até um abandono afetivo no seio familiar ou até a mitigação do direito a convivência entre pais, em sentido amplo, e filhos.

O ECA é norteado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dispondo sobre a proteção integral da criança e tratando-a como pessoa, sujeito de direitos, considerada a sua peculiar condição como pessoa em desenvolvimento,

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In Maria Celina Bodin (coord<sup>a</sup>). "Princípios do direito civil contemporâneo", Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.486.

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in temas de direito civil, 3. Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

justificando a garantia de prioridade da efetivação de seus direitos, consoante o artigo 4.

O art. 5º do ECA enumera alguns direitos fundamentais e prescreve a punição a qualquer atentado, ainda que seja por ação ou omissão, já no art. 6º enuncia os critérios hermenêuticos do ECA, a saber: os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos individuais e coletivos e a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento. Então, a criança, como sujeito de direitos fundamentais, é merecedora de proteção especial em face da condição em que se encontra ainda em desenvolvimento.

O art. 27 do ECA assegura a dignidade da criança como pessoa humana, resguardando o melhor interesse da criança ao considerar o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição. O ECA também reforçou a responsabilidade dos pais, inclusive ampliou o rol de causas que autorizam a sua suspensão ou perda no art. 24.

A criança, ao participar da sociedade, é duplamente vulnerável, por sua condição de hipossuficiente e por estar em desenvolvimento.

O Código Civil de 2002 surgiu dentro do contexto de proteção especial da condição da criança, razão pela qual, além de ter fixado um marco entre interesses existenciais e patrimoniais no direito de família, tem o princípio do melhor interesse da criança uma importante diretriz, remetendo-se ao afeto, direito natural indisponível necessário a toda criança.

A ordem constitucional norteou esse princípio por intermédio da garantia da prioridade em face de direitos fundamentais, estando implícito no art. 227, *caput*, da CF, a saber:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>16</sup>.

O princípio do melhor interesse da criança é um princípio setorial, segundo a jurisprudência, considerado como um conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. A jurisprudência também demonstra que o princípio do melhor interesse da criança não é subsidiário, devendo ocupar o centro das

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Legislação in Vademecum. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

decisões relacionadas à criança. Até porque se trata de princípio constitucional e, sendo a norma constitucional verdadeira norma jurídica, é portadora de imperatividade, descabido considerá-la um limite ou um mero princípio geral interpretativo.

De acordo com as lições de G. Tepedino haveria uma subversão do sistema, pois igualar a norma constitucional a um princípio geral de direito seria colocar a mais superior das normas na função integrativa do sistema, consoante dispõe o art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicável somente na falta de lei. Sendo que o melhor interesse da criança é causa flexibilizante do formalismo processual (critério utilizado na aplicação do princípio) <sup>17</sup>.

São utilizados critérios objetivos, como capacidade para contribuir para a educação e desenvolvimento da criança, de promover a estabilidade do lar, de assistência na superação de traumas, de prover as necessidades moral, social, financeira e afetiva. É o princípio do melhor interesse da criança que dá suporte a paternidade sócia afetiva.

Nota-se na jurisprudência nacional alguns critérios de utilização para ampliar o melhor interesse da criança: I – necessidade de estudo social; II – superação do mito de que é sempre melhor para a criança ficar com a mãe, salvo um resquício da *tender years doctrine*; III – a culpa de um dos cônjuges não é causa suficiente para lhe negar guarda, prevalecendo o melhor interesse da criança; IV) o melhor interesse da criança é causa flexibilizante do formalismo processual; V) o privilégio do estado fático de guarda; VI) o descabimento do pedido da guarda para fins exclusivamente previdenciários; VII) a família natural é, em regra, melhor para a criança. Contudo, sede quando se desintegra e põe em risco a evolução equilibrada da criança e a introdução em uma família substituta possibilita uma melhor integração social; VIII) a mudança da titularidade da guarda necessita de motivo relevante associado ao melhor interesse da criança; IX) a opinião da criança.<sup>18</sup>

Durante muito tempo a criança foi tratada como objeto de direitos, por isso há uma dificuldade muito grande para se enraizar no direito brasileiro o novo paradigma, que vislumbra a criança como um sujeito de direitos. A tendência é a consolidação deste princípio como garantidor de direitos constitucionais e infraconstitucionais, tarefa essa incumbida ao exercício jurisprudencial e doutrinário, haja vista que o STF afirma

---

<sup>17</sup> Vide G. TEPEDINO, *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, in *Temas de direito civil*, 3. Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

<sup>18</sup> MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança*. In Celina Bodin(coord.), “*Principais do Direito Civil Contemporâneo*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.486.



que a sua jurisprudência se consolidou no sentido de interpretar as normas do ECA de maneira a resguardar sempre os interesses do menor.

A jurisprudência nacional demonstra a setorialidade na aplicação do princípio, utilizado especialmente no âmbito do direito de família e na proteção de direitos fundamentais, tais como a educação. Nota-se que a concretude do princípio só será possível diante dos fatos, ou seja, nas situações da vida em que o princípio é concretizado.

O princípio alcançou *status* bastante diverso do princípio ligado ao *parens patriae*, onde encontra sua origem, porque antes a criança ocorria em virtude de sua situação de fragilidade, com pais falecidos ou ausentes, momento em que o Estado se arrogava a responsabilidade de protegê-la.

Hoje o princípio do melhor interesse da criança tem feição diversa. Ser menor de 18 anos é fator dominante para ensejar a proteção especial e a proteção da criança é dever concomitante do Estado, da sociedade e da família. Desse modo, a sociedade é responsável, cabendo a todos prezar pelo direito ao respeito, vedar qualquer forma de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, e, ainda garantir a convivência comunitária, relação afetiva entre pais e filhos ou responsáveis

Essa responsabilidade conjunta do Estado, da sociedade e da família é dirigida para a garantia de direitos fundamentais, em face dos quais a criança tem prioridade por sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. A constituição não prescreveu expressamente o atendimento ao melhor interesse da criança é um princípio garantidor. Mais do que proteger interesses, ele garante direitos<sup>19</sup>.

A efetividade desses direitos, enunciados do Texto Constitucional e na Legislação infraconstitucional, está intrinsecamente ligada à aplicação do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que coloca a criança como titular de interesses, como sujeito de direitos. Conclui-se que a criança, membro participante da comunidade familiar, deve ocupar papel de sujeito de direitos, em que a família deve voltar-se para a realização da dignidade da pessoa de cada um de seus membros, em especial as necessidades da criança, para garantir seu completo desenvolvimento, enquanto pessoa humana, isso implica sentimentos de afeto, para preservar o melhor interesse da criança.

### **1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Afetividade.**

---

<sup>19</sup> MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O Princípio do Melhor Interesse da Criança. In Celina Bodin (coord.), "Principais do Direito Civil Contemporâneo". Rio de Janeiro: Renovar, 2006

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico contemporâneo, e um macro princípio, do qual deveriam e estão em seu conteúdo outros princípios éticos e valores essenciais a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. Deriva da noção de dignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

Esse princípio reformulou a forma de pensar o sistema jurídico, encontrando lugar em variadas e distintas relações e hipóteses jurídicas. De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha, dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social<sup>20</sup>.

A dignidade constitui-se num fator primordial a formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial. Assim, surge um dever dos pais em cooperação com crescimento do filho, especialmente nas situações de separação dos cônjuges ou mesmo de inexistência de vínculo, uma vez que a criança fica fragilizada emocionalmente, gerando consequências drásticas, e, no geral, irreversíveis a sua personalidade e relacionamentos sociais.

Immanuel Kant foi um dos primeiros teóricos elucidar a ideia de dignidade, como intrínseca a natureza humana, convencionada com a ética do bem estar. Segundo Kant as coisas tem um preço e as pessoas, dignidade. Isto significa dizer que, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Conforme Kant:

Quando uma coisa tem preço, podemos substituí-la por qualquer outra como equivalente; mas o homem, superior a coisa, está acima de todo preço, portanto não permite equivalente, pois ele tem dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidade é conforme a um certo gozo, isto é, a uma preço de afeição ou de sentimento aquilo, fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço mas um valor íntimo, ou seja, a dignidade.<sup>21</sup>

Então, significa dizer que a dignidade da pessoa humana será sempre um valor idêntico que todo ser humano tem porque é racional. Daí surge o ideal e sustentação dos Direitos Humanos, em que determinados direitos devem ser atribuídos as pessoas por uma mesma causa universal e sob qualquer arbítrio humano, exemplo, direito a conviver em sociedade, a moradia, educação, saúde e liberdade, tornando-se um valor da própria democracia, em que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo dotados de razão e consciência, devendo agir em sociedade com espírito de fraternidade, objetivando uma sociedade justa. Nessa perspectiva, o Direito

---

<sup>20</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Direito à Vida Digna. Fórum, 2004.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v.1, p.140. (coleção Os Pensadores).

de Família contemporâneo utiliza-se desse 'megaprincípio' como basilar de suas relações típicas e atípicas, excluindo qualquer tipo de discriminação a autonomia e liberdade dos sujeitos, legitimando a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeitando todos os vínculos afetivos, formas de filiação e todas as diferenças familiares.

No presente trabalho, adota-se, com relação ao princípio, a concepção de uma nova ética, em que o homem deve se integrar a natureza. É a ética da vida e do amor, para qual cada pessoa humana é condição de existência, pois sem vida não há pessoa, e sem pessoa não há dignidade.

Maria Celina Bodin de Moraes trouxe uma resposta para conjugar relatividade e subjetividade a objetividade do conceito dignidade. Buscando na filosofia, particularmente em Kant, e citando Marilena Chauí, sugere que o substrato material da dignidade seja desdobrado em quatro postulados, e assim será possível trazê-lo para o campo de uma maior objetividade:

I) O sujeito moral(ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; II) merecedores do mesmo respeito a integridade psicofísica de que e titular; III) e dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) e parte só grupo social, em relação em qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

Esta decomposição serve ainda a demonstrar serve ainda a demonstrar que, embora possa haver conflito entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, e, portanto conflito entre princípios de igual importância hierarquia, o fiel da balança, a medida de ponderação, o hoje absoluto, da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, assim como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação.<sup>22</sup>

É importante o pensamento acima exposto, pois a autora estabelece que o macroprincípio da dignidade da pessoa humana nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização, mas apenas os subprincípios que compõem seu conteúdo, ou seja, deve haver uma ponderação de princípios, para tornar efetiva a aplicação do princípio em prática.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira é possível relativizar o conteúdo do princípio da dignidade, que varia em cada situação, partindo não só de parâmetros hermenêuticos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, mas, também compõe o conteúdo de cada princípio, associando-se a uma interpretação racional.

---

<sup>22</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.85.

No que diz respeito à dignidade da pessoa da criança e adolescente, o art. 227 da Constituição Federal expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe, “com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade, e a convivência familiar e comunitária”, além de coloca-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Os direitos ligados a condição humana não podem ser disponíveis, pelo seu caráter fundamental e por vezes irreversível, fazendo parte da própria dignidade, tais como a vida, a integridade física ou psíquica. Com isso, a responsabilidade dos pais não deve permanecer na esfera material ou dever alimentos, mas estender-se a esfera material, com vistas, por exemplo, a atenção, ao afeto, ou a própria convivência em si, possibilitando a prole um desenvolvimento mais completo.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo cumpridos os deveres relacionados as necessidades dos filhos, pode haver o enquadramento em danos morais, podendo ser atestado inclusive por profissionais como assistentes sociais e psicólogos.

Como anteriormente relatado, a estrutura e necessidades da sociedade contemporânea modificou a estrutura patriarcal da família, que passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas. Deixando a mulher de ser dependente economicamente do marido, possuindo seu próprio trabalho ou meio de sustento financeiro, implica que passou a manter o casamento preponderantemente pelo sentimento, gerado um núcleo afetivo familiar, baseado na solidariedade dos entes familiares.

Observa-se que o afeto é um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. Paulo Luiz Neto Lôbo assim se pronunciou:

A realização pessoa da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

No que diz respeito a dignidade da pessoa da criança e do adolescente, o art. 227 da Constituição Federal expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe, “com absoluta prioridade, o direito da vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao

respeito, a liberdade, e a convivência familiar e comunitária”, além de coloca-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Os direitos ligados a condição humana não podem ser disponíveis, pelo seu caráter fundamental e por vezes irreversível, fazendo parte da própria dignidade, tais como a vida, a integridade física ou psíquica. Com isso, a responsabilidade dos pais não deve permanecer na esfera material ou dever de alimentos, mas estender-se a esfera imaterial, com vistas, por exemplo, a atenção, ao afeto, ou a própria convivência em si, possibilitando a prole um desenvolvimento mais completo.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo cumpridos os deveres relacionados as necessidades dos filhos, pode haver o enquadramento em danos morais, podendo ser atestado inclusive por profissionais como assistentes sociais e psicólogos.

Como anteriormente relatado, a estrutura e necessidades da sociedade contemporânea modificou a estrutura patriarcal da família, que passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas. Deixando a mulher ser dependente economicamente do marido, possuindo seu próprio trabalho ou meio de sustento financeiro, implica que passou a manter o casamento preponderantemente pelo sentimento, gerando um núcleo afetivo familiar, baseado na solidariedade dos entes familiares.

Observa-se que o afeto é um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. Paulo Luiz Netto Lôbo assim se pronunciou:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.<sup>23</sup>

Lôbo ainda estabelece como elementos definidores de um núcleo familiar, além da afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade é a comunhão de vida não eventual, e a ostensibilidade é o reconhecimento da família, perante a sociedade ou mesmo a publicidade familiar, devendo todos esses elementos estar presentes para justificar a

---

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, V.6, N.24, P.155, JUN./JUL. 2004.

constituição e subsistência da família. O seio familiar contém em seu núcleo o afeto, gerando uma estrutura psíquica no seio familiar.

Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na Interprivadas. Sem dúvidas, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vivem as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais (PEREIRA,2006).

Dessa forma, houve a valorização de cada membro da família e não da entidade familiar como instituição. Tendo estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade.

O afeto é um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família, então a família só faz sentido para o Direito quando ela “veículo funcionalizador a promoção da dignidade de seus membros”.<sup>24</sup>

O que se confirma com o art.226, 8ª da CR/88, assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, priorizando a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, subsistindo primordialmente a afetividade, igualando-se a ideal da família constitucionalizada.

O princípio da afetividade deu embasamento a paternidade socioafetiva, que garante o cumprimento das funções parentais, pois não é exclusivamente a ligação genética ou sanguínea que torna o sujeito pai, mais sim o cuidado e o desvelo, que proporciona uma forma efetiva para a estruturação do sujeito.

Conforme mencionado anteriormente, a doutrina jurídica da Proteção Integral foi adotada por nosso ordenamento e tem presente o “cuidado”, que está na base dos direitos fundamentais da criança do adolescente, com fulcro no art. 227, CF/88, em que o “cuidado” está presente no direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária. Além de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, refletem o descaso, a falta de cuidado, o próprio abandono.

---

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidade familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio, In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 372-373.

Toda criança e adolescente precisa de cuidado, pois é parte integral da vida humana, envolvendo os pais como principais agentes responsáveis por esse cuidado, que deve ser dinâmico e criativo, refletindo na própria solidariedade e interesse. A condição peculiar do adolescente e da criança, de pessoa em desenvolvimento, deve impor um tratamento diferenciado não só em face família, mais da sociedade e do próprio Estado.

O Estado deve observar outros valores nas relações humanas, como a dedicação a tolerância, a paciência, pois são identificáveis na convivência de criança e jovens. E buscar principalmente o “cuidado” como Sistema de Justiça, incorporando-o em eu cotidiano de decisões corajosas, em conformidade com as ideias da jurista Tânia da Silva Pereira esboçadas em seu artigo “o Cuidado como Valor Jurídico”

A inclusão de afeto de uma determinada família em que não nasceu, tem que haver a posse do estado, sendo necessário que o menor receba o nome da família e seja tratado como filho na condição filial, com reconhecimento pela sociedade.

A jurisprudência tem consentido incipientemente com a elevação da afetividade como princípio jurídico, também reconheceu o afeto como valor jurídico, podendo ser encontrado em julgado prolatado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que determinou a responsabilização civil de um pai que abandonou seu filho. Embora este filho tenha buscado pelo pai, durante todo o seu período de vida, este o rejeitou e não arcou com sua responsabilidade paterna, inerente ao poder familiar. Esta essa responsabilidade em consonância com o dever de criar e educar, constitucionalmente previsto art. 229, merecendo destaque, a propósito, o seguinte julgado:

**IDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL –PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

A dor pelo; em virtude do abandono paterno, que o privou do direito a convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC N°408550-5, 7ª CC, Rel. Unias Silva, J. I. 4.04).

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção as necessidades manifestas pelos filhos em termo, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

(...)

O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana) artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita a dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe 'com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária', além de colocá-la 'a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão'. Não é um direito oponível apenas no Estado, a sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

(...)

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação a sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívios e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo casual entre ambos.

25

Verifica-se no julgado a intenção do magistrado de criar a possibilidade de construção do afeto. Torna-se possível esse amor apenas com a convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual é estruturada a referência paterna. Como no caso o pai que não proporcionou afetividade ao filho, que lhe é direito inerente a personalidade, então lhe restou a condenação ao pagamento da indenização por dano moral.

O acordão em sua fundamentação utiliza o Princípio da Afetividade atrelado ao Princípio da Dignidade Humana, o que não seria mais imperioso, em vista do afeto justificar o núcleo familiar, em que o sujeito no gozo de sua liberdade busca a felicidade em sua plenitude.

Enfim, o princípio da Afetividade ascendeu a novo *status* no Direito de Família.

## **1.4 Danos gerados a criança em consequência do abandono afetivo**

A sociedade tende a caminhar para o caos social, rotineiramente fogem das responsabilidades materiais, inclusive as imateriais como o amor, os laços afetivos que norteiam os sujeitos de direito, que compõem a família.

Mas o ser humano necessita de se auto-afirmar e de ter co-relações que se insurgem como possíveis referências ou influenciadores. Como há uma segregação social, a criança se vê cercada por apenas um mundo, tornando-se como ponto de

---

<sup>25</sup> BRASIL. TRIBUNAL de Alçada de Minas Gerais. AC°408550-5, 7ª CC, Rel. Unias Silva, J. I.4.04. Indenização Danos Morais – Relação Paterno-filial – princípio da dignidade da pessoa humana – princípio da Afetividade.  
DISPONIVVEL: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/>



partida o mundo materno, mesmo tendo a necessidade de conhecer um outro eu, no caso o mundo paterno, chega a se separar, tornando a figura paterna tão indiferente, chegando a tal ponte de ter aversão ao universo masculino.

Segundo o psicanalista Charles Melman, vivemos um tempo em que há a necessidade de “produzir um aparelho conceitual que nos permita pensar a articulação do psíquico e do social”, isso significa que a sociedade, assim como o ser humano, como sujeito de direitos, está sujeita a Lei, inato é, não podem se realizar totalmente, possuem limitações.<sup>26</sup>

A lei é necessária para que haja sociedade, que tem por fim o bem da coletividade, proporcionado no Direito da Família uma otimização só seu principal fim, que é conceder condições para o pleno desenvolvimento dos seus entes, em especial a prole.

O psicanalista Sergio Nick fez uma pesquisa sobre filhos de produções independentes e abandonados pelo pai e constatou que os riscos e os danos são diferentes em casa caso. A seguir:

O maior risco para os filhos de produção independente, comprovado estatisticamente, é o perigo da excessiva fusão com a mãe. O que impera nesta relação é a convicção de que mãe e filho bastam-se um para o outro. A mãe acha que poderá suprir todas as necessidades do filho e dela mesma, mais vai gerar distúrbios emocionais na criança. Já os filhos abandonados total ou parcialmente pelo pai tem dificuldades de lidar com sentimentos gerados por este abandono, o que vai trazer consequências imprevisíveis. “Estas crianças apresentam um núcleo depressivo que pode leva-las a sentimentos de baixa auto-estima, de não serem merecedoras de amor. Além de gerar sentimentos de ódio e de inveja de difícil manejo. A mãe mais madura emocionalmente ajuda os filhos a superar a ausência do pai e evita que as fantasias de abandono predominem.”<sup>27</sup>

Nas duas situações, Sergio Nick acha possível que a mãe exerça a função de mãe e pai, mas é preciso que ela deixe claro para o seu filho que ela não pode ser tudo para ele e que não negue a identidade, a presença e a participação do pai na

---

<sup>26</sup> In COLÓQUIO INTERNACIONAL DE PSICANÁLISE. 1997, rio de janeiro, “O ódio do ódio”. Pierre Lebrun.

<sup>27</sup> NICK, Sérgio. Dano Moral e a falta do pai – algumas considerações sobre produto independente.  
<http://www.pailegal.net/todosostextos.app>

vida da criança. “A mãe pode até exercer as funções materna e paterna, mais isto não quer dizer que a figura masculina seja imprescindível na vida da criança”.<sup>28</sup>

Segundo ele, caso não seja possível o pai estar presente na vida da criança, a mãe pode tentar buscar no tio, no avô, no namorado ou no amante esta aproximação, que é essencial para o desenvolvimento psíquico-emocional-afetivo da criança. “A guarda compartilhada de filhos de divorciados, pelo qual eu tanto luto, é uma arma contra esse drama na vida de uma criança: a falta do pai. A presença dos avós, padrinhos, madrinhas, tios, tias é crucial para compensar esta falta também. A criança precisa saber e sentir que é aceita, querida, amada, que de alguma forma tem raízes, familiares e afetivas”.<sup>29</sup>

Sergio Nick lembra que o exercício da paternidade é garantido por Lei. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o direito a paternidade de seus filhos justamente por entender que é crucial para a criança conhecer sua filiação. “Saber quem é o pai, conhecer e conviver com ele é parte integrante e fundamental da construção de sua identidade pessoal”.<sup>30</sup>

Significa dizer, a luz da interpretação de Giselle Groeninga<sup>31</sup>, que o amadurecimento, assim como o aprendizado psicoemocional se dão na família, que é a base das relações sociais. A criança desenvolve vínculos afetivos com os pais, cuja qualidade, mais próxima ou distante, de mais amor ou mais frustração e ódio, oscila conforme seu desenvolvimento. E mais, do ponto de vista do observador, o que se vê são os vínculos mais conscientes, não devendo esquecer-nos eles também se dão de forma inconsciente. A família propicia ambiente continente e seguro para a formação de pautas relacionais, que serão utilizadas durante a vida, fazendo parte dos recursos pessoais e da formação particular do ser. E é esta composição de variáveis, não necessariamente aparentes, que se deve respeitar ao se preconizar a convivência seja o mais próxima possível da convivência original de pais e filhos.

---

<sup>28</sup> NICK, Sérgio. Dano Moral e a falta do pai – algumas considerações sobre produto independente.  
<http://www.pailegal.net/todosostextos.app>

<sup>29</sup> NICK, Sérgio. Dano Moral e a falta do pai – algumas considerações sobre produto independente.  
<http://www.pailegal.net/todosostextos.app>

<sup>30</sup> NICK, Sérgio. Dano Moral e a falta do pai – algumas considerações sobre produto independente.  
<http://www.pailegal.net/todosostextos.app>

<sup>31</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada – A Tutela do Poder Familiar, in T. da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira (coords.), A ética da convivência familiar: Sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

De acordo com a psicologia moderna, ainda há outros fatores a serem analisados e definidos, embora cada caso tenha sua particularidade, pois homem é ser único, dotado de total unicidade e complexidade própria. Outro aspecto relevante segundo Giselle Groeninga:

Cabe ainda uma palavra a respeito da intensidade dos vínculos psicológicos entre pais e filhos e da impossibilidade de substituição das figuras da mãe e do pai para os filhos. Muitas vezes, observa-se que por motivações da ordem da subjetividade da mãe e do pai, os que originalmente constituíam também o casal conjugal, há a intenção de mudança não só do parceiro, o que é possível, mas de substituição do par parental. Esta tentativa é não só do parceiro, o que é possível, mas de substituição do par parental. Esta tentativa é não só uma negação da realidade psíquica, não menos concreta do que as marcas do DNA, e de um estado que os filhos possuem em relação aos pais, como constitui uma violação ao direito a identidade destes. Se é verdade que outros, que não os pais, podem exercer a função materna e paterna, isto absolutamente não os torna substituíveis. Como não o são os filhos”.<sup>32</sup>

Enfim, são inúmeras as consequências conhecidas, decorridas da falta de convivência dos pais com os filhos. Tais consequências são mais danosas para os filhos, pelo fato de estarem formando sua personalidade e sua integridade. Para os pais, os efeitos ocorrem no que diz respeito as funções fraternais que integridade. Para os pais, os efeitos ocorrem no que diz respeito as funções fraternais que integra, a personalidade do agente. Dessa forma, há uma complementariedade de funções. Em que o primordial interesse da criança e do adolescente esta diretamente associado ao interesse dos pais.

---

<sup>32</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada – A Tutela do Poder Familiar, in T. da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira (coords.), A ética da convivência familiar: Sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

## 2 ELEMENTOS E LIMITES DO DEVER DE INDENIZAR POR ABANDONO AFETIVO

### 2.1 Elementos para configuração do Dano Moral

O dever de reparar decorrente do abandono afetivo encontra respaldo na funcionalização das entidades familiares, uma vez que estas visam a realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos. Com essa perspectiva, buscaremos analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil.

Os elementos clássicos da responsabilidade civil subjetiva são o dano, a culpa e nexo de causalidade. Faremos a análise específica de cada um.

O **Dano** causado pelo abandono afetivo macula a personalidade do ser humano, que se manifesta por meio grupo familiar, responsável pela criança e pelo seu desenvolvimento estável, de forma que futuramente ela venha a assumir a sua plena capacidade. Portanto, o dano causado pelo abandono afetivo é um dano a personalidade do indivíduo.

A ausência do pai origina na criança evidente lesão a sua integridade psíquica e prejuízos a sua formação, decorrentes da falta não só do afeto, mais do cuidado e da proteção. Havendo vínculo de afetividade, torna-se mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva a criança. Também há a possibilidade de configurar o dano decorrente de abandono por um período longo do pai ou da mãe, sofre transtornos em sua conformação psíquica, o que se reflete em suas relações sociais, pois gera uma sensação de rejeição de um pai ou de uma mãe que fora privado do convívio familiar, por mais que se cumpram os deveres materiais de sustento e da sua vida até a fase adulta.

Segundo Maria Isabel Pereira, o dano vinculado ao fato do abandono afetivo e consequente dever de reparar não podem se configurar em face dos adultos, pelas seguintes razões:

Assim, só os filhos menores de idade, ou incapazes, tem legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade. (...) no caso do afeto, a cobrança da reciprocidade pura e simples não é conveniente,

pois os filhos não tem o dever de fornecer as condições para formar a personalidade dos pais, por impossibilidade absoluta.<sup>33</sup>

Conforme análise realizada por estudos psicológicos sobre o tema, já abordado no item 1.4 do presente, tem-se entendido que nada há que possa garantir que a personalidade não se modifique mais depois que esta etapa da vida etária de uma pessoa tenha disso alcançada, haja vista que a concretização da dignidade é um processo de continua evolução, por isso não seja um dado acabado ou completo com assunção da plena capacidade.

No tema em questão, não há coo definir esquemas fechados de organização do raciocínio jurídico, genericamente, sem chance de flexibilização das hipóteses concretas.

Com relação ao segundo elemento clássico da responsabilidade civil, em que é necessária a comprovação da **Culpa** do genitor não guardião, omitindo-se a participar do desenvolvimento da personalidade do filho de forma negligente, a configurar a culpa em sua modalidade omissa, já que estamos tratando de abandono afetivo. Desta forma, estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção decorrente da conduta omissiva do pai ou da mãe.

No caso de haver fatores extra-pessoais que impedem a convivência com o filho, não haverá culpa, como, por exemplo, na fixação em domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas, assim como na hipótese de doença do genitor que, bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco.

O terceiro elemento clássico da responsabilidade civil é o **Nexo de Causalidade**, cuja configuração é muito difícil, devido ao tempo em que a criança sofre o dano, que, pelo fato de ser um dano psicofísico, não acontece de um dia para o outro. Portanto, há extrema dificuldade de relacionar a culpa do agente e o dano vivenciado, ou seja, o início da provocação do dano e o limite. De acordo Maria Fernandes Novaes Hironoka:

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança

---

<sup>33</sup> COSTA, Maria Isabel Pereira da. “Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indeniza-lo?”, in revista magister – direito civil e processual civil Porto Alegre, n° 5,2005, pp. 58-75.

começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diurno.<sup>34</sup>

## **2.2 Conceito de dano moral e ponderação de interesses**

Dano moral, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, é a lesão a algum dos substratos materiais da dignidade (citado anteriormente), que compõem, ou formam, a dignidade humana, ou seja a violação a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou a integridade psicofísica de uma pessoa humana. É possível haver colisão entre esses princípios, sendo necessário haver uma ponderação, através do exame dos interesses em conflito.

No dano moral decorrente do abandono afetivo, deve-se fazer uma ponderação de interesses, já que os contrários a reparação alegam que a liberdade e autonomia dos pais ou responsáveis é colocada em segundo plano e isso é constitucional, já que fere os direitos fundamentais. No entanto, não podemos esquecer do tratamento especial que a lei constitucional e infraconstitucional deu a criança e adolescente, sujeito de direito, pois estão em fase de desenvolvimento e formação de personalidade.

Outra linha de estudo que pode servir para ponderar os conflitos de interesses é a tese do uso abusivo de direito, pois independe de culpa, tratando da imposição de restrições éticas ao exercício de direitos subjetivos, tendo em conta que, nos deveres paterno-filiais, há barreiras que não ultrapassadas. O abuso de direito encontra fundamento no art.187 do Código Civil brasileiro.

É um direito da criança ter convívio pleno com cada um dos pais e um dever-direito de cada genitor apoiar psicologicamente seus filhos em cada um dos momentos de suas vidas, quer durante o dia, quer durante a noite. A adequada estruturação da “psique” se dá de maneira paulatina e construí um processo e não um estado que, para acontecer, precisa de segurança, confiança, constância e estabilidade.

---

<sup>34</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo”, in Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coordenadores). A ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro, editora Forense, 2006, pag 144.

E, no abuso do direito, a pessoa excede as fronteiras do exercício de seus direitos. Com relação a esse tema e o direito de visita, melhor prelecionar Rolf Madaleno:

Os limites do exercício de um direito de visitas devem ser dimensionados pela boa-fé com que se porta o guardião do menor, uma vez que prevalece como princípio e foco maior de interesse o fundamental direito da criança e do adolescente ao saudável desenvolvimento de sua personalidade. Devem os pais evitar praticarem quaisquer atos que prejudiquem as relações dos filhos com outro progenitor, tendo a obrigação de manterem uma conduta leal, com visitas ou intransigente benefício da prole. Deste modo, age com total falta de ética, e com visível má-fé, o guardião que sem motivação, devendo o dano ser injusto e imputável a uma ação ou omissão daquele que obstruiu a comunicação com o filho”.<sup>35</sup>

Há uma linha tênue entre o abuso do direito (art.187 do CC) e o abuso do poder familiar (art.1630 do CC), sendo difícil generalizar seus diagnósticos, haja vista que cada situação possui particularidades, sendo que a semelhança é com relação ao abuso, que sempre estará comprometendo o bem-estar psíquico e o interesse do menor.

Para a configuração do Dano *in re ipsa*, é necessário semente violação de um interesse constitucionalmente protegido com base no princípio da dignidade da pessoa humana, figurando-se equivocando e insuficiente, ao nosso ver, o conceito dano moral enquanto sofrimento.

Não é em toda situação de abandono afetivo que se configurará o dano *in re ipsa*, que dispensará prova por derivar prontamente da lesão, pois haverá situações em que, efetivado o abandono afetivo, não sofrerá o suposto lesado maiores danos a sua integridade psíquica, pois necessidade de provas, que poderão advir de profissionais como psicólogos, assistentes sociais, psicopedagogos, médicos, etc.

Com relação a responsabilidade Civil no caso em questão, melhor preceitua M.C.B de Moraes:

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados, mas sim os danos sofridos e o olhar do direito voltam-se totalmente para a proteção da vítima. Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado. Assim,

---

<sup>35</sup> MADALENO, Rolf, “O preço do afeto”. In”, in Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coordenadores). A ética da Convivência Familiar: sua afetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro, editora Forense, 2006, pag. 158.

como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de lhe dar assistência moral, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei.<sup>36</sup>

A responsabilidade é o termo que melhor define a atual relação parental, pois há uma assimetria na relação, em que pessoas que constituem a família estão em posição diferenciada, sendo que os filhos estão em situação de vulnerabilidade. Verifica-se que o papel do direito, relativamente a essa perspectiva, é suprir as necessidades dos sujeitos de direito, verificando os fatos e imputando as responsabilidades aos causadores do dano. E, no caso, a criança, apesar de dispor de garantias de normas, que possibilite uma compensação dos danos causados a seus direitos personalíssimos. Tal é veemente necessário, pois a situação da família brasileira não vai bem e as pesquisas demonstram que cerca de um terço dos lares só subsistem com a presença afetiva da mãe.

Em nada se justifica o abandono dos filhos, independente da situação, que seja acidental ou não, com exceção do caso de desconhecimento de ter um filho ou omissão por parte da mãe; mesmo porque nosso ordenamento veda a prática do aborto, além de exigir como responsabilidades dos pais o sustento e criação da criança, perante a sociedade e Estado, o que implica no cuidado de desvelo com a criança.

Não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injustificado, prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imita-lo. Assim, a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima; e um caráter punitivo que visa impor um caráter exemplar ao ofensor, objetivando a diminuição do patrimônio material do ofensor e a transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

Acrescenta M. H. Diniz<sup>37</sup> que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, pois constitui uma sanção imposta ao ofensor, objetivando a diminuição do seu patrimônio por meio da indenização paga ao

---

<sup>36</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. "Danos morais em família?" conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil.", in Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coordenadores). A ética da convivência familiar: sua afetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro, editora Forense, 2006.

<sup>37</sup> Indenização por dano moral: a problemática do quantum, disponível em "<http://www.jurinforma.com.br>", acesso em 16 de jul. 2007.



ofendido, e visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

Ao lado desta tese, surgiu uma outra, decorrente da exemplaridade normalmente contida nas regras de punição. É a chamada teoria do desestímulo, que tem sido aceita pela melhor doutrina, segundo a qual deve estar inserida no âmbito da indenização quantia significativa o bastante, de modo a conscientizar o ofensor de que não deve persistir no comportamento lesivo; todavia, é preciso cuidar para não enriquecer excessivamente o lesado, de modo que a indenização também funcionara como uma espécie de pena privada em benefício da vítima. Para A. MENEZES CORDEIRO<sup>38</sup>, a imputabilidade se dá, nestes casos, não pelo fato de serem prejudiciais os atos, mas sim por serem ilícitos e culposos. Vale dizer que a jurisprudência do ATJ aderiu recentemente a tese do caráter punitivo, em sua faceta de desestímulo ao ofensor.<sup>39</sup>

É pertinente destacar que, segundo a melhor doutrina, para se fixar a compensação por danos morais punitivos, é necessário se considerar o grau de culpa do ofensor, com a finalidade de prevenir condutas semelhantes.

Maria Celina Bodin, em sua obra, faz menção ao Diretor comparado, através do entendimento do ministro norte-americano Anthony M. Kennedy, no caso conhecido como PACIFIC MUTUAL, que fez a seguinte observação: há fatores que precisam ser considerados no processo de imposição e de quantificação da indenização de caráter punitivo – o nexo entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido; o grau de culpa do ofensor; a eventual prática anterior de condutas equivalentes, a lucratividade da conduta ofensiva, dentre outros.

Em uma apelação ao Tribunal Superior de West Virginia, Estados Unidos, foram estabelecidos critérios a serem estabelecidos no momento da fixação do dano punitivo: existência de má fé; avaliação do dano que a conduta poderia ser levados em consideração: a graduação de culpa e o nível econômico do ofensor, sendo necessário que a averiguação se foque não no que se fez, mas em quem o praticou.

Na jurisprudência brasileira, para que se verifique a amplitude do caráter punitivo da reparação pelo dano moral, dois critérios devem ser levados em consideração: a graduação de culpa e o nível econômico do ofensor, sendo necessário que a averiguação se foque não no que se fez, mas em quem o praticou.

Torna-se relevante salientar que Celina Bodin não é adepta do caráter punitivo da indenização, pois, para ela, o direito pena já abarca como crime grande parte dos ilícitos civis os quais cabe indenização por dano moral com caráter punitivo,

---

<sup>38</sup> In Maria Celina Bodin de Moraes.

<sup>39</sup> RESP. 246.258, 4ª turma, jul. em 18.04.2000 e pub. No DJ de 07.08.2000

constituindo-se, então, tais indenizações como verdadeiros *bis in idem*. Entretanto, para a mesma autora, é de se admitir, excepcionalmente, figura semelhante a do dano punitivo, em matérias de direito difuso, tanto na relação de consumo, como no Direito Ambiental. Nestes, a *ratio* será a função preventivo-precatória, que o caráter punitivo detém em relação as dimensões do universo a ser protegido. Sendo imperioso destacar que nestas hipóteses a indenização se reverterá não ao autor da ação. Mas de acordo com o art.13, da lei 7.347/85, a fundos que visem beneficiar um número maior de pessoas.

## **2.3 Diferença entre Responsabilidade paterno-filial e de relações conjugais**

Como o objeto de nosso estudo é o dano moral na relação paterno-filial, visa esse sub-capítulo a diferenciar a responsabilidade civil na conjugalidade da responsabilidade na relação paterno-filial, sobretudo porque o dano moral na relação conjugal é menos frequente.

Quando um dos conjugues causa dano ou outro, quanto a responsabilidade civil, destacam-se duas corrente, que são: Reparação civil por dano moral decorrente do ilícito absoluto; reparação civil por dano moral em virtude de violação dos deveres conjugais.

A primeira corrente trata exclusivamente dos artigos 186 e 327 do Código Civil brasileiro, que aborda o ilícito absoluto e o direito de ressarcimento da vítima de tal ilícito. Com base nesses artigos, chega-se ao ilícito absoluto, ao dano em decorrência de um ato ilícito, que por força de lei enseja uma compensação, não importando a caracterização do agente do fato danoso, e tampouco em quem se constitui a figura da vítima. Não são levados em conta nessa hipótese as relações de parentesco, nem o vínculo conjugal. O dano independe ter sido causado por homem, que figure como marido ou não na relação, importando para tanto só a tipificação do dano para gerar uma obrigação de reparar.

Defende essa tese Regina Beatriz Tavares da Silva, que é a principal defensora do cabimento da indenização por dano moral na relação conjugal.<sup>40</sup> A autora não distingue relação conjugal de outras, no que diz respeito ao ilícito praticado, não gerando modificação o fato de ser sido ocasionado o dano moral na relação conjugal. A autora não distingue relação conjugal de outras, no que diz respeito ao ilícito praticado, não gerando modificação o fato de ter sido ocasionado o dano dentro de uma relação de conjugalidade.

---

<sup>40</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Debito Conjugal.

A segunda corrente doutrinaria admite a reparação do dano quando um dos componentes causa dano moral ao outro em decorrência da violação dos deveres conjugais. Dessa forma, se o marido traiu a mulher, essa traição ocasionaria “dor, vexame, sofrimento, humilhação”, que sofrem a normalidade, há um dano moral a ser compensado. No entanto, Maria Lenina Bodin de Moraes não concorda que a dor, o vexame, a humilhação e o sofrimento constituem elementos suficientes para a configuração jurídica do dano pois deve-se verificar a situação, o tempo de duração e a intensidade, e a consequência do dano gerado: não se deve fazer uma análise meramente objetiva.

Vislumbro que a segunda corrente não tem uma aplicabilidade ampla em nosso ordenamento, já que o juiz deve fundamentar sua decisão juridicamente. Portanto, não há como, pois o nosso ordenamento prevê outro remédio jurídico para sanar o problema, que, no caso, seria a separação posteriormente ao próprio divórcio.

Luiz Edson Fachin valoriza a necessidade de uma interpretação tópicosistemática que leve a uma “correção hermenêutica” do Direito Civil, em atendimento aos preceitos constitucionais de tutela e promoção dos direitos fundamentais. De acordo com o Prof. Miguel Reale, o mundo do Direito deve ser visto sob três pontos de vista inseparáveis para que se tenha visão completa da experiência jurídica, dos quais destacamos o ponto de vista dos fatos.<sup>41</sup>

E é hierarquizado, no entender de Juarez Freitas, que o intérprete jurídico sabe priorizar princípios, normas e valores.<sup>42</sup>

Apesar de os tribunais acolherem preferencialmente a segunda teoria, a doutrina minoritária se inclina a ficar com a primeira, ou seja, somente cabe reparação quando há dano, que não pode se confundir com a violação dos deveres conjugais.

Segundo Maria Aracy Menezes da Costa sofrimento, tristezas, vexames e humilhações são sentimentos presentes na vida de casa pessoa que compõe a entidade família. Diferem de lesão a personalidade, cárcere privado, violência física ou/e moral, duradoura humilhação imposta por uma pessoa a outra. Aqueles, por suas próprias características não ensejam reparação por Danos Morais.

Maria Celina Ieciona que a solução para o descumprimento do débito conjugal seria a separação do casa, em razão da ruptura da vida em comum. Porém, se juntamente vierem elementos de violência física ou terceiros, então estaremos diante de uma ilícito civil, punível com reparação pelo dano praticado.<sup>43</sup> Assim como a

---

<sup>41</sup> REALE, Miguel. Os legados de Norberto Bobbio, [www.migalhas.com.br\\_migalhas](http://www.migalhas.com.br_migalhas) de peso.

<sup>42</sup> FREITAS, Juarez, Interpretação sistemática do Direito, 3ª ed. Ver. Ampl. Porto Alegre> malheiros editores, 2002, pp. 113-145.

<sup>43</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais e relação de família. P.411

relação conjugal tem início em que o outro não concorda. Se não estão mais presentes o amor, a confiança, o respeito, o remédio jurídico é a separação.

A possível indenização por descumprimento dos deveres conjugais, ao invés de trazer uma solução ao problema existente, acaba acirrando mais a relação. Nesse caso, o caráter do Dano Moral seria unicamente punitivo, além de pedagógico, o que poderia ensinar a mercantilização do próprio dano moral.

Entendemos, pois, que não há possibilidade de ressarcimento por Dano Moral nas relações entre conjugues, haja vista que é uma relação norteadada de liberdade e autonomia, perpetrados aos próprios sujeitos de direito. Ademais, não há diferenças entre o casal, já que sua responsabilidade está situada na linha horizontal, em que não há uma parte vulnerável ou situação inferior em relação ao outro cônjuge.

É incomum, nos julgados atuais, encontrar condenação ao pagamento de compensação por danos morais, decorridos de infidelidade conjugal, negativa de relações sexuais. Pois dará ensejo, como antes preceituado, a separação e, posteriormente, ao divórcio, já que o principal vínculo do casal é o afeto. O próprio divórcio, mecanismo do Direito de Família, traz outras sanções específicas em detrimento do conjugue declarado culpado, como, por exemplo, a declaração de culpa, a obrigação de prestar alimentos, a obrigação de partilhar os bens, conforme o regime de casamento, a perda da guarda dos filhos, a perda do direito de usar o nome do conjugue. Do contrário, retiraria a eficácia gerada da igualdade dos conjugues, prevista em nosso ordenamento.

Essas sanções possuem mais eficácia para reparar os danos imateriais do conjugue inocente do que a compensação em nosso ordenamento.

A quebra de um dos deveres da relação conjugal, como a fidelidade, não gera o dever de indenizar, muito menos a um terceiro da relação, que porventura pactou com a infidelidade, por desconhecer a existência do matrimônio. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deliberou que não há dano moral em rompimento de relação amorosa extraconjugal.<sup>44</sup>

Critica-se a aplicação em excesso do dano moral em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de se evitar a chamada “vitimização”, em que muitas pessoas imputam a responsabilidade de tudo a outras pessoas ou até ao próprio Estado.<sup>45</sup> Com relação ao assunto em questão o autor preceitua:

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família; o perigo de monetizar as relações familiares.

Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 08 out. 2019.

<sup>45</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família; o perigo de monetizar as relações familiares.

Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 08 out. 2019

É possível demonstrar que a indenização por dano moral, decorrente de violação de dever do casamento (por extensão, da união hermenêutica moderna, prevalece a exegese sistemática. Ora, o sistema jurídico-positivo pátrio sanciona o infrator com a penosíssima condenação como conjugue culpado, que, além de bastante afetar moralmente, implica nas consequências gravíssimas de perda do direito a guarda dos filhos e perda do direito a alimentos! Pois bem, não há que acrescentar a isto, sem lei explícita, mais uma sanção, qual seja a indenização por dano moral! Portanto, sistematicamente, de comprova que não sobra espaço para cogitar de reparabilidade por alegado dano moral oriundo de infração de dever do casamento.<sup>46</sup>

Entretanto, há situações excepcionais em que haverá configuração de um nexos casual, podendo dar ensejo a uma possível reparação por Danos Morais, que será admissível dentro do contexto fático que fora gerada. Tanto é que há dois julgados proferidos, respectivamente pelo TJMG e TJRJ, em que foi concedida indenização por danos morais na relação conjugal. O ressarcimento foi em favor dos maridos em ambos os casos, e a ação perante o TJRJ, em grau do recurso especial, chegou ao STJ, que, por excelência, manteve a decisão esculpido o dano moral em decorrência da quebra do dever conjugal, dever de lealdade e sinceridade, omitindo a verdadeira paternidade biológica da prole.

Com relação ao dano moral decorrente de abandono afetivo paterno-filial é cabível, mas com ponderação e análise fática e profissional para atestar o grau da lesão psicofísica provocada no filho, por ausência de afeto dos pais ou responsáveis.

Regina Beatriz Tavares da Silva preleciona que, nas relações entre pais e filhos, especialmente no exercício dos deveres referentes a guarda, ao sustento e a educação, também se aplicam os princípios da responsabilidade civil, de modo que o genitor que descumpra dever para com filhos e causa danos morais ou materiais a prole também pode ser condenado ao pagamento da devida indenização. Defende que, no Direito de Família, que regula as relações dos conjugues, dos companheiros e dos pais e filhos, não está num pedestal inalcançável pelos princípios da responsabilidade civil.

Maria Celina Bodin de Moraes acolhe tese da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, tendo vista o fundamento na responsabilidade dos pais com relações aos filhos. A solidariedade familiar teria um enfoque diferenciado da conjugalidade. A vulnerabilidade da parte mais fraca, no caso o filho, em contraposição com a força dos

---

<sup>46</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família; o perigo de monetizar as relações familiares.

Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 08 out. 2019

pais, seria o elemento diferenciador, e o suporte para o acolhimento da reparação civil por danos morais causados pelos pais e filhos.

Enquanto há uma quase unanimidade no que diz respeito a não reparação por danos morais em virtude do fim do casamento, o mesmo não ocorre com relações paterno-filiais reside na diferenciação das forças e de poder, como aponta Giselda Hironaka. Uma relação de conjugalidade é pautada pela igualdade de forças, estando num alinhamento horizontal de responsabilidade, enquanto a relação paterno-filial está na linha horizontal de responsabilidade, enquanto a relação paterno-filial está na linha vertical, calcada na desigualdade entre os constituintes do vínculo de parentalidade, pois os filhos são mais fracos e vulneráveis, haja vista seu estado espacial de desenvolvimento psicofísico, enquanto que os pais já possuem personalidade formada e não são vulneráveis. E vale lembrar que os filhos vêm ao mundo na completa dependência dos pais por um período longo, finalizando tal dependência somente quando se tornar adultos ou emancipados.

## **2.4 Casos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**

Partimos da análise de três casos reais que foram acompanhados por Fernanda Otoni de Barros em seu trabalho como psicóloga judiciária.<sup>47</sup>

O primeiro caso diz respeito a um pai que trabalhava e morava em uma fazenda e sua esposa o traiu com o filho do fazendeiro; em consequência deu luz a uma criança. No entanto, omitiu a verdadeira origem biológica da criança, a qual se tornou o principal vínculo afetivo do marido.

Passados alguns anos o fazendeiro morreu e o seu filho herdou a fazenda, o que levou a esposa a contar a verdade para todos os envolvidos. Em consequência, o referido filho saiu de casa e foi morar na cidade, tendo o pai biológico conseguindo judicialmente a sua paternidade. O que gerou tanto para a criança como ao pai um sentimento de vazio e perda insubstituíveis, pois havia se constituído o vínculo afetivo. Flagrante o abandono afetivo daquele pai humilhado, que se vê alijado da filha de seu amor, de sua convivência e de sua companhia. Possível prever o eventual dano que esta situação causa na estrutura psíquica e de personalidade da criança já que, como narra a autora, é possível começar a perceber uma série de retrocessos em seu desempenho escolar.

---

<sup>47</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. Do Direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida, 2ªed. Belo Horizonte, Del Rey, pp. 73 e segs.

Imagine a hipótese de futuramente o pai ou a filha requerer indenização por abandono afetivo, a quem imputar tal responsabilidade? A mãe, ao pai biológico ou ao pai afetivo, que não persistiu em procura-la ou requer judicialmente?

Outro caso relatado por Fernanda Barros é de uma mãe que depois de muitos rompimentos de relacionamento com seu companheiro, decidiu se afastar do lar conjugal levando consigo a filha do casal, negligenciando a importância da figura paterna na vida da filha, quanto mais depois de constituído o vínculo afetivo. Posteriormente, a mãe afastou a filha do pai, impedindo até mesmo visitas, as quais, raramente aconteciam por contribuição da família materna da criança.

Para piorar a situação, a mãe casou com um advogado, e o mesmo adotou a criança, encontrando “brechas na lei”. A mãe também omitira do juízo a existência daquele pai que buscava desesperadamente participar da vida de sua filha, da forma que lhe fosse permitido, ainda que como amigo do casal, um tio querido da criança.

Certamente o culpado da ruptura da relação paterno-filial é a mãe, em ocasionou tamanho prejuízo ao pai e filha.

O terceiro caso diz respeito ao requerimento do reconhecimento da paternidade biológica ao mesmo tempo em que o pai que consta no registro luta para não ser afastado da relação paterno-filial. Sendo a criança manipulada pela mãe, acredita que o pai civil é mau e o pai biológico, seu amante, é bom.

Estabelece-se entre eles uma espécie de acordo, segundo o qual, o pai civil abriria mãe do registro para que nele pudesse constar a paternidade biológica. A intervenção do Ministério Público, então, se faz no sentido de afirmar que a paternidade não é um ato disponível, privado, que pode restar segundo a vontade das partes.

Que danos poderemos constatar na vida da criança, que poderão ser levados pela perda do vínculo afetivo, antes constituído, o qual tem importante relevância. Indisponível ao seu desenvolvimento? E o pai biológico conseguirá substituir o referencial afetivo para com a criança?

Na perspectiva pragmática, delimitaremos as hipóteses de cabimento de indenização decorrente do abandono afetivo. Em primeiro lugar, quando há o abandono do pai biológico, mas há substituição de figura afetiva, capaz de substituí-lo a ponto da criança de desenvolver sem danos psicofísicos, na plenitude dos seus direitos, sendo cercado de cuidado e afeto, figura essa que pode ser um vó, tio, irmão mais velho, ou até um padrasto ou pai sócio afetivo, não ensejará dano por abandono afetivo.

Ressalte-se que há possibilidade de configuração do dano quando os pais estão presentes, sendo casados ou unidos estavelmente, configurado por uma omissão no

desempenho pleno das funções que se lhes incumbiam exercer. Por exemplo, quando os pais se eximem de suas responsabilidades imateriais e deixam por conta da escola, que só tem o dever formação intelectual do filho e não afetivo. Mas nessa hipótese se deve redobrar a atenção a fim de não se permitir a instalação de pedidos abusivos, perpetrados de rancor e mágoa. Ou quando não tem fim pecuniário.

Diante do exposto, percebe-se que os casos de indenização por abandono afetivo não devem se disponibilizar de forma distorcida da realidade. Hoje há uma adaptação dos elementos clássicos da responsabilidade civil aos casos que decorrem de situações de direito de família e entre membros de uma mesma família, sem que isto implique em subversão do sistema. Também se verifica na atualidade em repensar dos direitos e deveres, relacionados com o feto, em que houve a despatrimonialização das relações, submetendo-se a dignidade da pessoa humana, deixando de lado o preconceito, e autoritarismo limitado dos filhos.



## CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, conclui-se que o abandono afetivo dá ensejo ao dano moral, na sua forma mais ampla, pois lesa a personalidade do sujeito. Sujeito este, que perde a chance de ser plenamente feliz e completo como o ser humano, não se delimitando esse dano apenas em sofrimento, dor e vexame, o que vai muito além de sentimentos passageiros, pois passam a ser intrínsecos a personalidade do sujeito lesado e suas atitudes permeiam a todos a sua volta, ou a própria sociedade.

O abandono material e/ou psíquico, decorrente da ausência do pai ou um representante substituível sócio afeito, gera graves consequências na estruturação psíquica dos filhos, repercutindo substancialmente nas relações sociais.

Entretanto, o dano por abandono afetivo dificilmente pode ser reparado. Há estudos promissores acerca do tema, mais a jurisprudência, incipiente, com poucos julgados a favor da responsabilidade civil por dano gerado decorrido do abandono afetivo, encontra-se intimidade com o tema devido as controvérsias e a dogmática jurisprudencial tradicional, herdada velha concepção da criança como objeto de direito e não como sujeito de direito e a falta de objetividade na pragmática dos julgados. Observa-se que os Tribunais, em geral, apresentam uma dificuldades no seio familiar, em virtude dos sujeitos de direitos estarem mais complexos a cada dia, e também por conta de uma interdisciplinaridade que deveria vigorar e não ser mitigada como se observa nos julgados atuais acerca do tema exposto.

As críticas mais acerbas aos julgados existentes, trazem como argumento o fato de que a concessão de indenização representa excessivo alargamento do conceito de danos ressarcíveis, acabam por incentivar a monetarização do afeto. Além disso, não faria com que o pai, arrependido, buscasse a reaproximação com o filho.

Entretanto, melhor sorte não tem esse posicionamento. Discordo com tal orientação, pois a indenização deferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mais atende duas relevantes funções além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. A função punitiva busca punir alguém por alguma conduta praticada que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalente em determinada comunidade. A doutrina majoritária não coaduna deste pensamento, entretanto tem sido recepcionada pelos julgadores, e a função dissuasória procura sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas a evitar por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. Aqui situa o caráter pedagógico ou preventivo da medida.

A lei cada vez mais garante aos filhos proteção e liberdades, atribuindo aos pais responsabilidades. Responsabilidades estas, provenientes de uma relação assimétrica

entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas vulnerável por um período tendencialmente, custosos e excepcional o seu término de fato =, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1637 e 1638). dessa forma, hipóteses raras cessam a autoridade parental, não podendo a responsabilidade evanescer-se por simples ato de autonomia.

Em virtude da imprescindibilidade ou exigibilidade de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para sua adequada inserção na sociedade.

Por fim, o dever de educação da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. E que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho. O desempenho naturalmente com o mundo exterior, que é a relação de dependência e complementaridade relativamente ao mundo exterior.

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, desvelo. Está é a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige em tratamento primordial a criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, a família, a comunidade e a sociedade, com fulcro no artigo 227.

Contudo, para ser concedida a compensação pelo dano moral, deverá ser analisada uma série de requisitos, como os pressupostos da configuração, principalmente, a ausência de figura substituta, que faça as vezes dos pais, ou hipótese de desconhecimento da existência de filho. Porque, havendo figura socioafetiva que substitua na relação, o desconhecimento do pai relativo a existência do filho, ou impedimento da relação em detrimento de fato exterior a vontade do agente abandonador, não caberá a compensação decorrente do abandono afetivo. Há a necessidade de análise da situação concreta (fática).

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, in Anais do II Congresso Brasileiro de Direito d Família, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p.203
- BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida**. 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, pp. 73 e segs.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial**. RBDF – Revista Brasileira de Direito de Família. V.8, n.36(Junho/julho 2006).
- COLÓQUIO INTERNACIONAL DE PSICANÁLISE. 1997, Rio de Janeiro, “**O ódio do ódio**”. Pierre Lebrun.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da “**Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indeniza-lo?**”, in revista Magister – direito civil processual civil, Porto Alegre, nº5,2005, pp. 58-75.
- DINIZ, Maria Helena, **Indenização por dano moral: a problemática do quantum**, disponível em “[Http://www.jurinforma.com.br](http://www.jurinforma.com.br)”, acesso em 16 jul. 2019.
- FACHIN, Luiz Edson. **A tríplice paternidade dos filhos imaginários**, no vol. 2 do Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, RT, São Paulo, 1995, Teresa Arruda Alvim, pp. 180/196;
- FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**, 3ª ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Malheiros Editores, 2002, pp. 113-145.
- GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família**. São Paulo: Saraiva 2005.
- GROENINGA. Giselle Câmara. **Guarda compartilhada – A Tutela do poder familiar**, in T. da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira (coords.), A ética da convivência

familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 115.

HASSELMANN, E.C.L. **O melhor interesse da criança e do adolescente em face do projeto de código civil**, in T. da Silva Pereira (coords.), o melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 361-362

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, Elementos e limites do dever de indenizar por Abandono Afetivo**. A ética da Convivência Familiar Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v.1, p.140. (coleção os pensadores).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A respersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, V.6, N.24, P. 155, JUN/JUL. 2004.

MADALENO, Rolf. **O preço do Afeto**. In Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coordenadores). A ética d convivência Familiar: sua afetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro, editora Forense, 2006, pag.158.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. **O princípio do melhor interesse da criança**. In Maria Celina Bodin (coord<sup>a</sup>). "Princípios do direito civil contemporâneo", Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.486.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres parentais e responsabilidade civil**. Via e-mail, a ser publicado.

NICK, Sérgio. **Dano moral e a falta do pai - algumas considerações sobre a produção independente**. <http://www.pailegal.net/todosostextos.asp>. Acesso em 15 de nov. 2019.

PEREIRA. Caio Mario da Silva, **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. Edição 7ª. Editora Forense, 2015.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteados para o Direito de Família**. Belo Horizonte:DelRey, 2006.

PEREIRA, R. D. C. **Pai, por que me abandonaste?** in. T. da Silva Pereira(coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, renovar, 2000, p.581.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord.º). **Afeto, Ética, Família e novo Código Civil**. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e GROENINGA, Giselle Câmara (coordenadores). **Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro. Imago, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Dano Moral e Direito de Famílias: o perigo de monetizar as relações familiares**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 08 out. 2019.

REALE, Miguel. **Os legados de Norberto Bobbio**, [www.migalhas.com.br/migalhas](http://www.migalhas.com.br/migalhas) de peso.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Fórum, 2004.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valorização do Elo Perdido ou Não consentido**. RBDF – Revista Brasileira de Direito de Família. V.8, n.35(abril/maio 2006).

SILVA, Claudia Maria da. **Descumprimento do Dever de convivência familiar e indenização por Danos a personalidade do filho**. RBDF – revista brasileira de direito de família. V.6, n.25(agosto/setembro 2004).

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**, in temas de direito civil, 3. Ed., Rio de Janeiro, renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas Formas de entidade familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio.** In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.372-373.

USP. BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)

## **LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**

BRASIL. **Código Civil.** Legislação in Vademecum. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei nº8.069, 13 de julho de 1990(Estatuto da Criança e do Adolescente).** Legislação in Vademecum. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Legislação in Vademecum. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Diário da Justiça do TJRS**, 23 de agosto de 2004, ano XL, número 2.926.

BRASIL. **Código Civil interpretado conforme a constituição da República.** I. Tepedino, Gustavo. II. Barboza, Heloisa Helena, III. Moraes, Maria Celina Bodin.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, **AC N°408550-5**, 7ª CC, Rel. Unias Silva, J. 1.404. Indenização Danos Morais – Relação Paterno-Filial – Principio da Dignidade da Pessoa Humana – Principio da Afetividade. Disponível em: [http://www.tjmg.gov.br/juridico\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo](http://www.tjmg.gov.br/juridico_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo).