

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

DARWIN SILVEIRA LONGHI

**DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES  
PARENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DOCTRINA**

Porto Alegre  
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

DARWIN SILVEIRA LONGHI

**DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS PELO DESCUMPRIMENTO DE  
OBRIGAÇÕES PARENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO  
STJ E DOCTRINA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade

Porto Alegre

2021

DARWIN SILVEIRA LONGHI

**DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS PELO DESCUMPRIMENTO DE  
OBRIGAÇÕES PARENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO  
STJ E DOCTRINA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: 31 de março de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade

---

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

---

Prof. Dr. Tula Wesendonck

---

Prof. Dr. Daniela Courtes Lutzky

Porto Alegre

2021

## AGRADECIMENTOS

É bíblica a previsão de que todos somos iguais perante Deus (Gálatas 3:28: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus.”<sup>1</sup>); e o reconhecimento da dignidade como um valor jurídico, com origens cristãs, recepcionadas pelo direito.<sup>2</sup>

De fato, ainda que sem oportunidades iguais, todos pertencemos ao mesmo gênero humano e com tal respeito devemos ser tratados. Pensando nisto, preciso, neste espaço, agradecer a quem me ensejou as oportunidades que tive e que me desafiaram a melhorar como ser humano.

Sou grato aos meus pais, Alfeu José e Solange, em especial, pela educação, pela paciência em demonstrar os caminhos corretos quando errava, pelos inúmeros exemplos bons que recebi, desde sempre. Cabe um agradecimento também aos meus avós maternos que participam ativamente da minha vida, Ary Horácio e Maria Rita.

Retomando as oportunidades, certamente, elas surgiram graças ao empenho dos meus pais e de Deus. Não posso deixar de referir a educação escolar completa que tive no Colégio Franciscano Santíssima Trindade, ou nas experiências de vida, a formação acadêmica de direito na Unicruz, Unifra e, no meu primeiro sonho acadêmico: uma formação em Universidade Pública; meu muito obrigado à FURG.

Conforme progredi na vida acadêmica, tive a percepção de quantos juristas de notório saber se encontravam na PUC-RS, e uma nova aspiração se apresentou: de poder aprender com eles. Neste vértice, agradeço à PUC-RS, pelos aprendizados obtidos na especialização de Direito de Família e pelas portas que o mestrado abriu.

Por oportuno, cabe um reconhecimento a todos os professores que me auxiliaram nesse processo. É injusto falar de um, ou de outro professor, pois todos contribuíram, mas homenageio a todos nas figuras do meu prof. Orientador, Dr. Fábio de Andrade, o qual além da convivência mais cotidiana, me permitiu a experiência do estágio docente e da Dr. Maritza Maffei da Silva, a qual trouxe luzes às investigações que realizei durante a vida acadêmica.

---

<sup>1</sup> BÍBLIA Sagrada. Tradução dos originais mediante a versão dos monges de maredsours. Revisão do Frei João José Pedreira de Castro. 89. ed. São Paulo: Ave Maria, 1994. p. 1495.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 38.

Sublinho ainda, a importância daqueles que estiveram comigo neste momento e ainda não foram lembrados aqui. Durante este Mestrado e as pesquisas para a dissertação temperadas pela pandemia da Covid-19, meu tempo e convivência ficaram ainda mais restritos para me dedicar aos amigos, demais familiares e minha namorada Natércia; razão pela qual, reitero meu obrigado pela compreensão e apoio de todos.

Por último, pontuo a relevância nem sempre percebida pelos filhos no papel dos pais por meio da lição de Winnicott: “Se as coisas correram bem, as crianças nunca agradecem, pois não têm conhecimento desse fato. Há na família uma grande área de débito não reconhecido, que não é débito algum. Ninguém deve coisa alguma, mas ninguém atinge a maturidade estável quando adulto se alguém não tivesse se encarregado dele ou dela nas etapas iniciais.”<sup>3</sup>

Pois bem, eu reconheço, aqui, minha dívida de gratidão para com todos que participaram do meu processo de amadurecimento até alcançar este objetivo do mestrado em Direito.

---

<sup>3</sup> WINNICOTT, Donald. **Tudo começa em casa**. Tradução de Paulo Sandler. 3. ed. São Paulo: Martin Fortes, 1999. p. 141.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo investigar os danos extrapatrimoniais que ocorrem no descumprimento de obrigações parentais a partir de julgados do STJ, bem como, analisar o tema sob a ótica da doutrina. Para obter este objetivo, serão verificados quais são os deveres que existem dos pais em relação aos filhos no ordenamento jurídico e como os relacionar com a responsabilidade civil, considerando também que há um processo histórico, social e constitucional que faz parte disto. Posteriormente, serão demonstrados os deveres parentais e como eles podem ser violados. Isto porque, aparentemente, a análise da responsabilidade civil nos ilícitos de direito de família pode parecer de fácil aferição, como se fosse verificar os elementos normais da responsabilidade civil: conduta ilícita, nexo causal e dano. Entretanto, quando se considera que há conceitos sensíveis nos deveres a serem protegidos, como afetividade, dignidade e solidariedade, a análise de como estes institutos se convertem em tuteláveis pelo direito exige maior atenção e avaliação. Em seguida, estudar-se-ão as decisões do STJ que reconheceram o dano extrapatrimonial pela omissão parental e o pensamento da doutrina sobre o tema. Com base nisto, será verificado qual o dano extrapatrimonial que ocorre nos filhos diante da omissão dos deveres paternos. Neste espaço, inclusive, será investigado se, eventualmente, este dano não configura o *danno esistenziale* do direito italiano, o qual, já foi admitido no Brasil expressamente, ao menos, no Direito do Trabalho. Por fim, a título de contribuição para o tema da pesquisa e por se compreender que as funções da responsabilidade civil são importantes, apontar-se-ão outras situações relacionados ao dano decorrente da omissão dos pais e a responsabilidade civil.

**Palavras-chave:** Direito de família. Omissão parental. Responsabilidade civil. Danos extrapatrimoniais.

## RIASSUNTO

Il presente studio si propone di esaminare il danno non patrimoniale che si verifica con la violazione degli obblighi dei genitori sulla base delle decisioni del STJ e, considerando anche, l'analisi del tema dal punto di vista della dottrina. Per raggiungere questo obiettivo, si analizzeranno quali sono i doveri dei genitori nei confronti dei propri figli nell'ordinamento giuridico e come si configura il rapporto con la responsabilità civile, considerando anche che esiste un processo storico, sociale e costituzionale che ne fa parte. Successivamente, verranno dimostrati i doveri dei genitori e come possono essere violati. Questo perché, apparentemente, l'analisi della responsabilità civile nei reati di diritto di famiglia può sembrare di facile valutazione, come se si trattasse di verificare i normali elementi della responsabilità civile: comportamento illecito, nesso di causalità e danno. Tuttavia, se si considera che ci sono concetti sensibili nei doveri da tutelare, come l'affetto, la dignità e la solidarietà, l'analisi di come questi istituti vengono tutelati dalla legge richiede maggiore attenzione e valutazione. Dopo, si passerà allo studio delle decisioni del STJ che hanno riconosciuto i danni non patrimoniale per omissione dei genitori e il pensiero della dottrina in materia. Sulla base di questo, si analizzeranno quali danni non patrimoniali sono causati ai figli a causa della omissione dei doveri genitoriali. In questo spazio sarà, inoltre, valutato se questo danno non è, a volte, il danno esistenziale della legge italiana, il quale è già stato ammesso espressamente in Brasile, perlomeno, nel diritto del lavoro. Infine, come contributo al tema della ricerca e affinché si comprenda le funzioni della responsabilità civile sono importante indicare altri situazioni del danno derivante dall'omissione dei genitori e la responsabilità civile.

**Palavras Chave:** *Diritto di famiglia. Omissione Parental. Responsabilità civile. Danno non patrimoniale.*

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>11</b>
2.1	DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: BASES DA SUA APLICAÇÃO E PROJEÇÃO.....	11
2.2	CONCEITO, ELEMENTOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL E RELAÇÃO COM O DIREITO DE FAMÍLIA.....	33
2.2.1	<b>Primeiro elemento: o comportamento ilícito e a violação de deveres na parentalidade .....</b>	<b>38</b>
2.2.2	<b>Segundo elemento: culpa .....</b>	<b>61</b>
2.2.3	<b>Terceiro elemento: nexu causal .....</b>	<b>66</b>
2.2.4	<b>Quarto elemento: dano .....</b>	<b>70</b>
<b>3</b>	<b>DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ABANDONO PARENTAL: ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO STJ E DA DOUTRINA .....</b>	<b>79</b>
3.1	PRECEDENTES DO STJ QUE CONCEDERAM INDENIZAÇÃO PELO ILÍCITO DE OMISSÃO PARENTAL E SUA PROBLEMATIZAÇÃO.....	79
3.2	DOS DANOS POSSÍVEIS DE OCORRER NA OMISSÃO PARENTAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA.....	92
3.3	A PROBLEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO NAS RELAÇÕES VERTICAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA .....	111
<b>4</b>	<b>À GUIA DE CONCLUSÃO.....</b>	<b>124</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>127</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema desta dissertação elabora uma conexão entre direito de família e responsabilidade civil, especificamente, se propondo a refletir no que compreende a omissão parental e as suas consequências jurídicas.

Primeiramente, é preciso se aclarar que para a melhor análise dos temas presentes nesta pesquisa, quais sejam relações familiares, omissão parental e responsabilidade civil - ganha relevo não só o aspecto jurídico imposto pelo judiciário, mas também os aspectos sociais e familiares presentes nestes casos.

Nessa linha de pensamento, mister se faz compreender que embora as pessoas sejam dotadas de liberdades como um Direito Fundamental, também é preciso considerar, por outro lado, que tal garantia fundamental encontra limites nos direitos das demais pessoas em regulação feita pelas instituições do Estado.

De fato, a compreensão sobre as pessoas e seus direitos passa também pelo que refletem as instituições a que as pessoas estão subordinadas. Nesta esteira, o tema desta pesquisa se faz relevante, pois, busca verificar como e em que medida é lícito ao Estado responsabilizar os pais pelo seu não agir quanto aos seus deveres parentais.

O tema objeto deste estudo passou por alterações em posições doutrinárias e jurisprudenciais, em especial, após a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) favorável em conceder indenização pela violação dos pais quanto a seus deveres; de modo que se compreende relevante investigar como se verifica a caracterização, os elementos e as consequências desta omissão parental.

Isso porque, a partir da omissão dos pais em cumprirem seus deveres e manterem atos de cuidado com os filhos podem ocorrer danos aos filhos.

Ao se considerar isso, alguns dos problemas que esta investigação se propõe a realizar são: analisar como funciona a dinâmica entre responsabilidade civil e direito de família na omissão parental. Para tal finalidade, será preciso estudar conceitos destes institutos jurídicos, suas relações, verificar de que modo os elementos da responsabilidade civil se concretizam na violação dos deveres dos genitores e as suas consequências acerca de qual dano ocorre nestes casos.

Nesse desiderato, o primeiro capítulo exibirá diretrizes para se compreender de que modo a responsabilidade civil e o direito de família se relacionam, por meio

de bases sociais e constitucionais. Reforçam esta necessidade a relevância da Constituição frente ao ordenamento jurídico, pois ela possui alguns dos deveres parentais fundamentados na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana que não são expressos na lei infraconstitucional. Sobe isto, por exemplo, se cita a afetividade que é diretriz no dever de cuidado que os pais têm em relação aos filhos e na tutela ao livre desenvolvimento da personalidade destes.

Ainda no primeiro capítulo, serão demonstradas as alterações sociais que levaram a impactar o direito de família, as quais neste contexto, promoveram mudanças no direito de modo a legitimar, ainda mais, a ideia de existir responsabilidade civil nas relações familiares. Dessa forma, na conclusão do capítulo inaugural deste estudo, serão consideradas a responsabilidade civil e a sua função diante do panorama social atual. Sem perder o foco do presente estudo, será cotejado com a omissão parental qual a espécie de responsabilidade civil ocorre neste caso, se subjetiva ou objetiva; ou ainda, qual o momento em que ela ocorre: se extracontratual ou contratual e as consequências práticas que isto pode ter.

Na parte final do primeiro capítulo, serão analisados os elementos da responsabilidade civil correlacionando-os com a omissão parental, averiguando quais são os deveres violados na conduta omissiva dos genitores aptas a gerar o dever de reparar. Por conseguinte, no segundo capítulo a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em especial as que deferiram o direito a indenização pela omissão parental, será dado maior ênfase ao elemento dano da responsabilidade civil para compreender de que forma interesses jurídicos são violados na omissão dos genitores. No capítulo final, as análises das decisões do STJ serão somadas às lições doutrinárias para, por fim, considerar qual dano e as consequências práticas que podem decorrer desse tema e suas particularidades.

Hipóteses a serem desenvolvidas são discorrer sobre como os institutos da responsabilidade civil e do direito de família possuem afinidades considerando as alterações sociais e jurídicas envolvidas com auxílio da doutrina. Por conseguinte, serão verificadas as posições da doutrina sobre classificação e elementos dos institutos da responsabilidade civil e direito de família, a demonstração do STJ sobre o tema, quando deferiu indenização pela omissão parental, os elementos jurídicos de quais os danos extrapatrimoniais decorrem da omissão parental, para então realizar análise conjunta com as ideias decorrentes da doutrina.

Como objetivo geral, a pesquisa se propõe a identificar quais os danos extrapatrimoniais que ocorrem no abandono parental a partir da jurisprudência do STJ, mas também verificando as considerações da doutrina.

Quanto aos objetivos específicos, estes terão como linha a ser seguida a relação entre responsabilidade civil e direito de família, em especial, no contexto do abandono paterno, investigando os atributos da responsabilidade civil no ilícito de omissão de cuidado: conduta, deveres violados, nexos causal, culpa e dano, traçando pontos específicos que tocam o Direito de Família. Posteriormente, analisar-se-ão as principais decisões do STJ sobre a temática quando se conferiu direito fundamental à indenização por danos extrapatrimoniais, avaliando as nuances destas decisões em conjunto com as posições doutrinárias e as particularidades do estudo proposto.

Na aproximação do tema e os métodos de abordagem, usar-se-ão os métodos dedutivos na análise dos elementos da responsabilidade civil e das particularidades do direito de família na atual sociedade; para então, analisar estes temas na relação parental. Haverá também aplicação do método hipotético dedutivo no estudo das decisões do STJ que deferiram direito à indenização na violação de deveres parentais, investigando as diferenças e os pontos em comum destas decisões para cotejar com as posições doutrinárias e auxiliar a encontrar resposta aos problemas da pesquisa.

Quanto as ferramentas usadas como métodos de procedimento, será usado o estudo de caso, no segundo e em parte do terceiro capítulo. Isto porque serão verificadas as decisões do STJ que foram procedentes ao deferir indenização imaterial pelo descumprimento de deveres parentais e encontrar possíveis diretrizes. Outro método de procedimento, em parte verificável na pesquisa, é o histórico e o comparativo, ambos, no mesmo contexto, de investigar qual o dano imaterial ocorre no abandono parental, apresentando a evolução do conceito de dano imaterial e se investigando a possibilidade de ser, eventualmente, o dano existencial importado do direito italiano o que ocorre nos filhos pela violação dos deveres dos genitores.

Com essas propostas de investigação sobre os problemas que suscitam as dúvidas sobre o assunto, se espera obter, se não respostas exatas, ao menos direções para iluminar as estruturas jurídicas do abandono parental.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA

De acordo com Maria Berenice Dias, o direito de família está, sem dúvida, ligado à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, atrelado aos seus valores e princípios. É no direito de família que a dignidade da pessoa humana tem fértil solo para florescer, pois, é na família que o indivíduo terá a oportunidade de se desenvolver como pessoa, verificar aspectos de solidariedade, confiança e desenvolver seu projeto de vida.<sup>4</sup> Estas são, aliás, algumas das razões pelas quais se justifica a preocupação em investigar os problemas que podem vir a ocorrer de danos à dignidade humana no direito de família decorrentes de omissão parental.

O pensamento de existir no direito de família um local para o desenvolvimento da personalidade dos seus indivíduos é também percepção de seu conceito que pertence a noção de família sob a ótica constitucional italiana. Há previsão para proteção da família na Constituição italiana em seus artigos 29, 30 e 31, entretanto a correta interpretação da família como instituto jurídico deve correlacionar estas garantias aos ditames do art. 2º da Constituição italiana, pois, tal dispositivo assegura a inviolabilidade e o direito de o homem desenvolver sua personalidade. Neste contexto, a família deve ser considerada como o mais importante local de formação social onde o homem desenvolve sua personalidade.<sup>5</sup>

Nessa linha de raciocínio, se percebe que o tema da proteção a elementos da personalidade alcança as relações familiares não só no ordenamento jurídico brasileiro; e a análise sobre de que forma podem ser estudadas as consequências às violações desses direitos é tarefa que se apresenta como relevante.

### 2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: BASES DA SUA APLICAÇÃO E PROJEÇÃO

Apresentado, brevemente, que inclusive no ordenamento jurídico italiano existe proteção a elementos da personalidade dentro das relações familiares, questão que se propõe a refletir neste estudo é avaliar como pode se conciliar um ramo do direito que pretende promover o afeto entre as pessoas (o direito de família

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. p. 48-49.

protegendo elementos da personalidade das pessoas) com outro que visa o combate diante responsabilização de culpados por causarem danos às pessoas.

A resposta a essa e outras questões da relação entre responsabilidade civil e direito de família pode ser explicada, caso se observe o desenvolvimento da responsabilidade civil e as mudanças ocorridas no direito de família. Alerta-se que, embora nem todos os deveres familiares sejam patrimoniais (distintos da relação obrigacional clássica), é possível a convivência entre os institutos.<sup>6</sup>

Essa relação entre esses institutos de direito privado pode ser fundamentada por meio de quatro premissas: existir tanto nos institutos obrigacionais, quanto no direito de família normas de ordem pública (que geram obrigações) para proteger a pessoa humana; a dois, a relação do tema com a culpa, pois em uma análise sistemática, a culpa é fundamento do ato ilícito, o qual, pode estar presente em ambos institutos; a três, nas relações familiares estar-se-ia diante de responsabilidade civil extracontratual o que leva à quarta premissa de se requisitar as regras de responsabilidade civil em seu contexto.<sup>7</sup>

Contribuição para isso propicia Kelsen para quem o conceito de dever jurídico está relacionado com o de responsabilidade civil, razão pela qual, se observa como válida a possibilidade de conviver a responsabilidade civil no direito de família na violação de deveres parentais:

Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (como sanção).<sup>8</sup>

De fato, a partir da existência de deveres jurídicos para os genitores é possível que da sua violação decorra responsabilidade civil a eles.

Após a breve apresentação sobre a possibilidade de relação entre direito de família e responsabilidade civil (tema que será abordado no capítulo seguinte mais detalhadamente), a partir deste momento, demonstrar-se-á que os direitos dos integrantes das relações de direito da família possuem proteção constitucional; por

---

<sup>5</sup> RUSSO, Gerarda. **Famiglia i minori**: Le unioni Civili. Vicalvi: Key, 2017. v. 2. Posição 227. *E-book*.

<sup>6</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento da relação entre responsabilidade civil e o direito de família no direito brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, p. 58-83, out./dez. 2012. p. 73.

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 882-888.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020. p. 133.

consequente, explicar-se-á que estes direitos guardam relação com alteração da vida em sociedade e impulsionaram as transformações do direito de família e, então, demonstrar-se-á como isto se relaciona com as funções da responsabilidade civil.

No que concerne à relação constitucional há que se ter presente que por previsão constitucional (art. 227 *caput* e 229) crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e o princípio da proteção integral impõe que elas estejam à salvo de toda omissão ou negligência. Por conseguinte, a constitucionalização do direito civil auxilia a fundamentar a promoção de direitos fundamentais nas relações de família; na inobservância de deveres, tais como assistência, cuidado ou a criação dos filhos.<sup>9</sup>

Essa articulação entre Constituição e direito civil coube à constitucionalização do direito civil, a qual interessa aqui, pois, auxiliou a própria ordem jurídica a cumprir sua função: garantir às pessoas sua identidade, a possibilidade de transformar o mundo e lhe imprimir a sua marca própria desenvolvendo sua personalidade (ou seja, a proteção de direitos fundamentais)<sup>10</sup>. Salienta-se como exemplo disto, o Estatuto da criança e do adolescente que concretizou previsões constitucionais.

Dentro desse quadro, é possível concluir haver uma vinculação dos Direitos Fundamentais no direito de família nos artigos constitucionais supramencionados (art. 227 *caput* e 229). Verifica-se isto nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, quando o autor afirma que não só as normas do art. 5º da CF têm aplicabilidade imediata, mas também outras que sejam materialmente compatíveis com o seu conteúdo fundamental, no art. 5º, §2º da CF<sup>11</sup>. Sobre isto, alerta Sarlet a importância que nossa Constituição deu ao indivíduo ao tutelar a sua dignidade expressamente no corpo de seu texto, assim como, é possível fazer uma análise do que ele expõe sobre os institutos de direitos fundamentais defendidos pela Constituição estarem além do catálogo do art. 5º e que também se relacionam com o direito de família:

[...] Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo do princípio fundamental da

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. p. 138.

<sup>10</sup> SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: Ensaio Sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Marin Fontes, 2007. p. 46.

<sup>11</sup> Esclarece Sarlet: “Aliás a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, §2º, da CF [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 271).

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. **Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão** por parte do Constituinte seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e **da paternidade responsável** (art. 226, §6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o **direito a dignidade** (art. 227, *caput*).<sup>12</sup>

De fato, a própria redação do art. 5º, §2º da Constituição autoriza esse raciocínio ao determinar que os direitos existentes na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, consagrando a existência de direitos fundamentais não escritos que possam ser deduzidos.<sup>13</sup>

Nesse terreno, mister se faz alertar que, embora não haja norma expressa no Código Civil (CC) sobre a afetividade como valor jurídico vinculado à reponsabilidade civil diante de omissão parental, há outros elementos constitucionais que podem inferir isto e serem usados como baliza no auxílio da responsabilização no descumprimento de deveres parentais via omissão. Por exemplo, há o poder familiar (art. 229) e a determinação da paternidade responsável (art. 227) conjugados com os princípios da solidariedade (art. 3º, I) e a proteção à dignidade da pessoa (art. 1º, III). Esta conclusão pode encontrar abrigo nas ideias de Ávila, o qual, afirma haver princípios não expressos na lei, mas não questionáveis de sua existência:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. [...]. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houve um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma haverá um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.<sup>14</sup>

Ao encontro disso, se salienta que o sistema de responsabilidade civil parte de uma cláusula geral que admite a reparabilidade para qualquer espécie de dano à

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 97, grifo nosso.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22. No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira quando explica princípios do direito de família não escritos no corpo da lei: “Alguns princípios não estão inscritos em um texto legal. Eles não necessitam estar escritos porque já são inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos, repita-se. Sua inscrição advém de uma fundamentação ética, como um imperativo categórico para possibilitar a vida em sociedade [...]”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 44).

pessoa (art. 186 do Código Civil) e que a proteção à dignidade da pessoa humana em nível constitucional também é valor central do ordenamento jurídico que autoriza a proteção da pessoa a danos injustos.

Sobre a temática, lembra Antônio Pérez Luño que a proteção à dignidade precisa ocorrer tanto em uma acepção negativa evitando ofensas, mas também de forma positiva preservando o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.<sup>15</sup>

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral com proteção constitucional e força normativa na tutela da personalidade, de modo que, torna possível proteger o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como princípio geral no direito brasileiro.<sup>16</sup>

Sobre isso, portanto, inclusive os direitos dos filhos em relação aos pais previstos em nível infraconstitucional podem ser exigidos dos genitores quando praticarem atos ilícitos que causem danos naqueles, pois, excepcionalmente, mesmo direitos infraconstitucionais podem ter cunho material de direito fundamental.<sup>17</sup> Neste vértice, salienta Daniela Lutzky que a reparação à violação de direitos imateriais deve ser interpretada como um direito fundamental, pois, os mesmos direitos que têm tutela constitucional, como a integridade física e psíquica, também precisam de reparação quando violados em nível infraconstitucional.<sup>18</sup>

Contribuem para essa análise do direito à reparação de danos imateriais como direitos fundamentais, sejam eles previstos na Constituição ou na lei infraconstitucional, as lições de Cristiano Farias e Conrado Da Rosa quando ressaltam que é preciso mais técnica na sua análise como fonte normativa. Lembram então, que haveria os princípios fundamentais que possuem força normativa e servem de orientação às regras na promoção de um determinado estado de coisas; os gerais, que diante da falta de regras orientam o sistema e os postulados normativos que prescrevem modos de raciocínio e orientação às normas de conduta.<sup>19</sup> E, dentro do direito de família, advogam os autores que são princípios

---

<sup>15</sup> LUNO, Antônio Perez. 1996, p. 318 *apud* LUTZKY, Daniela. **A Reparação de danos imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*. p. 58.

<sup>16</sup> LUTZKY, Daniela. **A Reparação de danos imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*. p.124.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 89.

<sup>18</sup> LUTZKY, Daniela. *Op. cit.*, p. 291-295.

<sup>19</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 79-82.

fundamentais, portanto, com força normativa, alguns como a pluralidade de formas familiares, igualdade entre filhos, proteção integral e a paternidade responsável.<sup>20</sup>

Vale esclarecer que a presença de normas de direito privado na Constituição, inclusive por meio de princípios e dos valores que eles representam terem força normativa, é situação que, hoje, existe também devido à transição do positivismo ao pós-positivismo, em que valores éticos foram adicionados não bastando só a letra fria da norma. Ao se observar a evolução da normatização no direito se ratifica isso.

O estado moderno surgiu no final do século XVI sobre as ruínas do feudalismo. Na passagem do Estado Absoluto para o Estado de Direito, foi incorporado pelo direito o jusnaturalismo do século XVII e XVIII começando a era das codificações.<sup>21</sup> A crença do homem possuir direitos naturais que devam ser respeitados pelo estado levou às revoluções sociais, ao constitucionalismo moderno e ao estado liberal.<sup>22</sup> Construiu-se assim, um positivismo extremo – de um sistema sem valoração – só com operação lógica; e se percebeu que as regras são normas de um “dever ser” jurídico. A questão é que essa objetivação do dever ser jurídico é uma consequência - de existir uma analogia entre as relações das coisas no mundo físico - e as condições do dever ser jurídico. Entretanto, não verificável isto, não se constituem declarações normativas.<sup>23</sup> Ou seja, há situações que ficavam fora de proteção das normas. Estas “omissões” somado ao fato de o positivismo ser ilhado de valores culminou com a sua derrota e a reinserção das questões morais nas normas e na Constituição.<sup>24</sup>

Durante muito tempo a distinção romana entre direito público e privado permaneceu adormecida e o direito privado era tido como o próprio direito. Tal visão do direito permaneceu no Estado Liberal com um estado mínimo separado da sociedade. Foi no século XX, que o Estado foi chamado a atuar na sociedade com alteração do panorama, paulatina intervenção do direito público nas relações

---

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 91-92.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 229.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 235-238.

<sup>23</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 494-497.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 239-242.

socioeconômicas e a inclusão de normas de Direito Privado nas constituições passando a prevalecer o conceito de Constituição como fonte de Direito.<sup>25</sup>

Após esse breve relato histórico, podemos compreender e ratificar a importância da força normativa da Constituição e a possibilidade de usar seus valores como fontes normativas nas relações familiares. Não que se subtraia a importância que o constitucionalismo moderno propiciou, pois foi nele que os direitos fundamentais ganharam proteção expressa e limitadora do poder público.<sup>26</sup> Contudo, foi o constitucionalismo contemporâneo que alargou seus textos e garantias<sup>27</sup> com normas de outros ramos do direito. Esse contexto de existirem normas constitucionais de direito civil leva à outro aspecto que interessa neste estudo, qual seja, destes deveres constitucionais dos genitores para com seus filhos terem aplicação imediata e entre particulares.

Isso foi possível por meio da mudança de paradigma de um sistema com primazia do privado sobre o público, onde as leis deveriam ser completas por meio das codificações, para a primazia do público sobre o privado. Após as guerras mundiais, o constitucionalismo social trouxe aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos, redução da liberdade econômica e promoção da igualdade substancial. Houve aproximação entre público e privado, a funcionalização de institutos privados baseados na redução da autonomia privada por meio de determinações imperativas e a intervenção estatal no direito privado via constitucionalização de princípios privados.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 116-118.

<sup>26</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. p. 72.

<sup>27</sup> Sobre a relevância da Constituição ao encontro da ideia de sua Força Normativa se destacam os ensinamentos de Bobbio: A teoria da construção escalonada do ordenamento é oriunda dos estudos de Kelsen. O núcleo dela é afirmar que as normas de um ordenamento não estão todas em um mesmo plano. Nessa ideia, existem normas inferiores e superiores, de modo que subindo na escala hierárquica se chega até uma norma que não depende de nenhuma outra – a norma fundamental: é ela quem dá unidade ao sistema por ser ela a responsável por unificar o sistema. Só por este fator é possível falar em unidade no ordenamento jurídico por meio de uma estrutura e ordem hierárquica. Exemplificativamente, por meio de um contrato, as escolhas feitas pelas partes nele precisam estar ajustadas as normas contratuais, as quais respeitam leis que são editadas em conformidade com a Constituição. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2017. p. 58-59).

<sup>28</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 23-31.

Diante desse panorama e a aceitação da ideia de que o direito civil não pode ser analisado só a partir dele próprio, a presença de normas civis na Constituição acarretou a dúvida sobre qual o tipo de eficácia que os direitos fundamentais poderiam ter no âmbito das relações intersubjetivas.<sup>29</sup> Por não ser objeto direto da pesquisa a eficácia das normas constitucionais, apenas se relata a possibilidade desta eficácia ocorrer entre particulares; e que estes direitos fundamentais possuem força imediata, pois, caso eles dependessem de uma norma correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ter mais força do que o legislador constitucional.<sup>30</sup>

Com a inserção dos direitos fundamentais na Constituição juntamente com princípios e valores desaparece a distância que colocava o estado intangível no espaço do direito privado ganhando relevância a eficácia interna dos direitos fundamentais também entre particulares.<sup>31</sup> Essa flutuação na recepção de direitos constitucionais permitida por meio da inserção nela de valores como norma, faz do princípio da solidariedade constitucional, ou da proteção aos elementos que integram a dignidade, normas de aplicação imediata, não previstas expressamente na lei infraconstitucional que aumentam as garantias dos filhos na omissão parental.

Aliás, foi a partir da Constituição Federal (CF) de 1988 e a consagração de princípios fundamentais para a ordem jurídica que o direito de família se alterou, em especial, por meio do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que levou ao rompimento de velhas concepções (como o tratamento diferente entre filhos) e isto se refletiu no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Civil (CC).<sup>32</sup>

Sobre o imbricamento entre normas do CC e da Constituição, ressalta Andrade que embora possa haver certa intromissão constitucional ao prever valores

---

<sup>29</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>31</sup> FACHIN, Luíz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 100. Esta também é a posição de Flávio Tartuce que argumenta ser isto uma posição do atual Direito Civil Constitucional, em uma visão de diálogo entre sistemas que coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico. (TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 34).

<sup>32</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27-28.

atinentes ao CC,<sup>33</sup> não se nega que cabe à Constituição assumir papel de centralidade para instituir princípios ao sistema do Direito Privado.<sup>34</sup>

Nesse vértice, novos princípios no direito de família foram reconhecidos considerando os princípios constitucionais. Afirma Rodrigo da Cunha Pereira que, no Brasil, inicialmente por meio de Giorgio del Vecchio se introduziu a psicanálise no direito, seguido de João Baptista Villela em 1970 e seu texto “A desbiologização da paternidade”; depois Luiz Edson Fachin ao sustentar a paternidade afetiva, em 1998 (“Da paternidade: relação biológica e afetiva” pela editora Del Rey), até que coube a Paulo Lobo o pioneirismo em dar ao afeto o *status* de princípio jurídico em 2000 (Princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*: II Congresso Brasileiro de Direito de Família)<sup>35</sup>. E conclui o autor: “A atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família.”<sup>36</sup>

Sobre a inserção de valores em texto constitucional e a relação do princípio constitucional da solidariedade, afetividade e direito de família, leciona Paulo Lobo:

O direito republicano e laico, para poder tratar a todos igualmente, não costuma lidar diretamente com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Todavia, há quem sustente que uma das características da chamada pós-modernidade é justamente o retorno ao sentimento. O princípio jurídico da solidariedade recebe esses sentimentos como valores e os verte em direitos e deveres exigíveis nas relações interindividuais. [...] A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irredutível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades. [...] O macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do direito de família, sem o qual não teriam o colorido que os destacam, a saber, o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade e especialmente o princípio do melhor interesse da criança.<sup>37</sup>

Salienta-se aqui, portanto, a solidariedade como princípio jurídico, pois, é fundamento constitucional que reforça as previsões infraconstitucionais quanto aos

<sup>33</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 126.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>35</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 32.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>37</sup> LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Jus Navigandi**, Teresina, out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 6 jun. 2020.

deveres dos genitores (mormente quando se considera os deveres atinentes à guarda e à paternidade responsável), bem como, contribui para legitimar a afetividade e o cuidado como valores jurídicos. Resulta a solidariedade da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver da sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais que marcaram os primeiros séculos da modernidade, com reflexos na atualidade.<sup>38</sup> Dentro do direito de família, sobre ele aduz Rolf Madaleno:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.<sup>39</sup>

Há uma inversão de paradigma de valores que se observa por meio do princípio da solidariedade que impacta o direito de família. A solidariedade é presente desde a revolução francesa em documentos normativos, entretanto, desde lá até o século XIX, seu uso era acessório, no sentido de que só quando o direito não regulasse alguma situação que seria aplicado. O que importava era garantir os direitos individuais das codificações, em especial os direitos fundamentais negativos, para vedar a intervenção do estado na esfera privada. No século XX, esta perspectiva se altera e a solidariedade expressada agora na CF se relaciona não só com os direitos individuais em si, mas com a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.<sup>40</sup> Na trilha do já exposto por Lobo até aqui, a solidariedade dá um novo colorido e sentido aos princípios da convivência familiar e afetividade.

Consoante já demonstrado, portanto, há eficácia de direitos fundamentais entre particulares e isto alcança as relações verticais de direito de família entre pais e filhos devendo, para tal, considerar as particularidades das relações familiares. Isto porque as relações parentais, diferentemente das conjugais, se dão entre pessoas que não estão em igual condição, bem como, não permite a pura quebra de vínculo. Logo, nas relações conjugais (horizontais) é possível se abrir maior espaço à

---

<sup>38</sup> ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência parental e responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 90.

<sup>39</sup> MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. p. 33. Esta é a mesma posição de Flávio Tartuce que fundamenta a responsabilidade civil existir na parentalidade também pelo dever constitucional de solidariedade que deve existir nestas relações. (TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 948).

liberdade, enquanto que nas relações verticais de direito de família, sobressai a proteção à integridade psicofísica das crianças e adolescentes, que pode ensejar reparação de danos quando violados tais bens jurídicos.<sup>41</sup>

Essa análise da solidariedade inserida como norma em nível constitucional, só ratifica que as alterações sociais podem influenciar o direito, pois, diante da percepção social que o individualismo precisava ceder espaço à solidariedade que este valor ganhou mais relevo, inclusive como norma constitucional.

Existe nesse contexto um sentido social que explica a importância conferida ao individualismo, mas que ganha balanço devido às necessidades sociais, políticas, culturais, econômicas de cada época, sendo que essas construções sociais deixaram reflexos aos quais o direito precisa se ajustar para protegê-las.<sup>42</sup>

Atualmente, a função social da família torna o interesse em proteger os desiguais da relação vertical de direito de família em uma tarefa que cabe a todos zelar, inclusive o estado. Sobre este contexto e o pátrio dever aduz Sílvio Rodrigues:

É de interesse do estado assegurar a proteção as gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse múnus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos [...] O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de múnus público do pátrio poder.<sup>43</sup>

Boa parte da origem das transformações sociais que impactaram o direito ocorreram após as duas grandes guerras mundiais e o questionamento sobre a ideia de poder soberano. Em sua nova fundação – o poder deveria exibir títulos diferentes da simples afirmação de soberania. Sucede que estes questionamentos sobre o poder não impactaram somente o estado, mas também a empresa ou a família e

---

<sup>40</sup> FACHIN, Luiz Edson *et al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123-140. p. 125-127.

<sup>41</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-202. p. 200-201. Ainda neste texto, Moraes dá a nomenclatura destas diferentes relações como sendo relação vertical de direito de família, entre pais e filhos; e relação horizontal de direito de família, entre cônjuges e parceiros.

<sup>42</sup> LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 31.

<sup>43</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 4. p. 361-362. Esta também é a posição de Paulo Lobo em: LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Jus Navigandi**, Teresina, out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 6 jun. 2020.

suas figuras de poder, por meio da abolição do “pátrio poder” e nascimento de uma autoridade paterna no interesse do filho.<sup>44</sup>

Ou seja, a sociedade passou por alterações, as famílias também e, por conseguinte, o direito de família. Refletir sobre como a sociedade administrava o poder familiar e sobre como a função dos deveres dos genitores se alterou leva a questão do papel do direito neste contexto. Ao construir a resposta desta pergunta, Alain Supiot, parte do direito do trabalho. Afirma o autor que se identificam três momentos neste direito: um primeiro, após a revolução francesa, onde se firmaram bases jurídicas da economia de mercado e a concepção de propriedade privada; um segundo em que se explorou o trabalho das pessoas por meio da industrialização e um terceiro no qual o direito do trabalho serviu para limitar a sujeição do ser humano protegendo-o. O direito protegeu o homem e tornou humano o ambiente de trabalho:

[...] Ferramenta interposta entre o Homem e suas representações, trata-se das representações mentais (a fala) ou materiais (as ferramentas), o Direito cumpre assim uma função dogmática-de interposição e de proibição. Essa função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: a de uma técnica de humanização da técnica.<sup>45</sup>

Na trilha dessa reflexão sobre a função do direito e a participação que a sociologia tem nisso, pensamos que para o direito alcançar o objetivo de proteger as pessoas como técnica que vede condutas ilícitas e humanize técnicas, mister compreender a sociedade em que se vive, para assim, fundamentar o que deve ser protegido. Norberto Bobbio ao justificar a organização das fontes dos ordenamentos jurídicos já enfatizava a importância do papel da sociedade neste processo:

“Fontes do direito” são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”. [...] O que nos interessa numa teoria geral do ordenamento jurídico não é quantas e quais são as fontes do direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de no mesmo momento em que se reconhece a existência de atos e fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes do direito), reconhece-se exatamente que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula ainda o modo com o qual se devem produzir as regras.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2007. p. 186.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 143-144.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2017. p. 55-56.

Todos, portanto, inclusive a sociedade, em alguma medida, contribuem para a produção do ordenamento jurídico. Com base nesta concepção, a partir de agora, serão expostas algumas doutrinas que demonstram a interação entre sociedade e direito de família em contexto que impacta também o tema desta pesquisa.<sup>47</sup>

Ulrich Beck em sua obra sobre a sociedade de risco demonstra preocupações sobre a forma com que os estados desenvolvem riscos em prol de interesses econômicos.<sup>48</sup> Contudo, sua obra vai além disto e também demonstra o impacto das transformações sociais ocorridas no desenvolvimento da sociedade industrial à moderna, em setores do trabalho e da família. Neste ponto, o autor faz uma radiografia de como a família se alterou no caminho da sociedade industrial para a modernidade e há ponto de contato com o tema ora em discussão.

Passo inicial para compreender sobre como a alteração da sociedade impactou a família é perceber as alterações ocorridas na vida de homens e mulheres. Com o sistema industrial, as atribuições entre homens e mulheres são atribuições de nascença. Todavia, na modernização, pós II Guerra Mundial, são dissolvidos esses fundamentos estamentais da vida na sociedade industrial; há estudo também para as mulheres e sua consolidação no mercado de trabalho suprimindo a moral familiar – de “destino sexual”. Tudo se torna incerto: a forma de convivência, quem faz o quê, onde e como, as noções de sexualidade e amor, sua vinculação com o casamento e a família, ou ainda a instituição da paternidade que decai na oposição entre maternidade e paternidade.<sup>49</sup>

Ao encontro do que Beck sustenta, lembra Rodrigo Pereira que as raízes da alteração do direito de família pátrio estão ligadas aos eventos da revolução industrial e o declínio do patriarcalismo que marcaram um novo ciclo histórico: a

---

<sup>47</sup> Sobre a relação entre sociedade e responsabilidade civil aduz Braga Netto: “Aliás, a responsabilidade civil é possivelmente o instituto que melhor dialoga com as mudanças sociais. Que incorpora, com maior rapidez, os novos ventos que revitalizam as sociedades. A sociedade contemporânea, nesse contexto, se renova, tem se renovado muito. E essa renovação contamina (ainda bem) a responsabilidade civil.” (BRAGA NETTO, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 109).

<sup>48</sup> Exemplificativamente, Beck demonstra por meio do contexto da agricultura a sociedade de riscos que vivemos em pensamentos críticos sobre o tema: é a agricultura que contamina o solo, ou os agricultores que são apenas o elo mais fraco na corrente dos circuitos daninhos? Afinal, as autoridades poderiam há muito tempo ter proibido ou limitado drasticamente a venda de veneno, mas não o fazem; pelo contrário, concedem patentes ‘inofensivas’ que cada vez mais afetam mais do que apenas nossos rins. É mesmo da agricultura a culpa? Todos são causa e efeito. (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Trinta e Quatro, 2019. p. 39).

<sup>49</sup> Ibid., p. 164-165.

idade contemporânea. No Brasil, isto começou a se alterar, em especial, a partir de 1960 com a lei n. 4.121/62 – estatuto da mulher casada. A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar ao sol para as mulheres. Os papéis masculinos e femininos foram misturados e tudo foi sendo repensado no direito de família.<sup>50</sup> Com o fim da indissolubilidade do casamento aliado à autonomia financeira da mulher fatores que sustentavam o casamento se ruíram e a família deixou de ser um núcleo de reprodução.<sup>51</sup>

De fato, em uma ótica sobre qual a função da família para seus membros, inicialmente ela ficava sob o mando do *pater familias*, em sequência, o espaço de convivência das famílias era a aldeia, um local mais amplo e sua finalidade era só a transmissão do patrimônio, o que perdurou até a criação dos estados modernos. Então, houve a criação de espaços públicos e privados que influenciou a restrição do grupo familiar para ser só um núcleo e local de desenvolvimento de afeto. Ainda assim, até 1950 a família servia à legitimação da convivência sexual, sendo que só com as exigências profissionais, maiores liberdades e isonomia entre homem e mulher que se conferiu a função de realização pessoal dos membros nas famílias.<sup>52</sup>

Na Itália, esses fenômenos sociais também se fizeram presentes de modo que era muito forte a autoridade do *pater familias*. Somente após a reforma de 1975, que a igualdade teria sido implementada entre homens e mulheres na relação conjugal e houve impacto na evolução do tratamento entre os membros da família com valorização do indivíduo que tem nestas relações direitos constitucionalmente garantidos.<sup>53</sup> Foi a industrialização que, aos poucos, retirou as pessoas do campo para outros locais de trabalho, com paulatina diminuição dos poderes do *pater familia* e alteração da família numerosa parental para a noção de núcleo familiar.<sup>54</sup>

Auxiliam a compreender esse cenário, caso consideremos as lições de Beck sobre as alterações que ocorrem nos indivíduos após o estado social. Para tal objetivo, é importante ter em consideração o conceito de individualização

---

<sup>50</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>52</sup> LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 40-43.

<sup>53</sup> CANESTRINO, Maria Antonietta. L'illecito endo-familiare nel rapporto tra coniugi, nelle convivenze familiari e unioni civili. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-6, 5 giugno 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/lillecito-endo-familiare-nel-rapporto-tra-coniugi-nelle-convivenze-familiari-e-unioni-civili/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

<sup>54</sup> RUSSO, Gerarda. **Famiglia i minori: Le unioni Civili**. Vicalvi: Key, 2017. v. 2. Posição 227. *E-book*.

desenvolvido por Beck. De início, se alerta que este termo não representa um “individualismo” em si, mas a percepção de que os direitos do bem-estar social foram concebidos para o indivíduo, e não para coletividades, como a família.

De acordo com Beck os fundamentos da sociedade e da família ganharam terreno em uma “individualização institucionalizada”: ou seja, foram reconhecidos direitos às pessoas por meio de instituições sociais que lhes conferiram poder para melhor viverem. A partir disto, houve por parte das pessoas, maior segurança para perceberem que, nos relacionamentos sociais, não precisariam mais ter ações pré-determinadas pela natureza ou tradição.<sup>55</sup>

Dentro da perspectiva da sociedade moderna, um conceito de “modelo universal” do que seria a individualização proposta por Beck, seria a concentração de capital ou o consumo em massa visíveis em três momentos: desprendimento dos vínculos sociais historicamente estabelecidos (dimensão da libertação), perda de segurança em crenças (dimensão do desencantamento) e nova forma de enquadramento social (dimensão do controle e reintegração).<sup>56</sup>

A expansão da individualização impactou o direito de família, pois, as formas de convivência se tornaram cada vez mais passageiras, o mercado de trabalho passou a exigir mobilidade, mas o casamento e a família exigem o oposto. Portanto, os casais, caso desejem ficar juntos, precisarão buscar uma divisão destes riscos e abrir mão, renunciar em parte sua autonomia; afinal, a pessoa que se associa a outra precisa perceber que isto poderá trazer alguma desvantagem profissional.<sup>57</sup>

Nessa transição da moldura fática e social, hoje, é preciso comunhão entre homens e mulheres na vida à dois, já que ambos são seres com individualização e objetivos sociais. Já não é evidente se duas pessoas na vida em comum se casarão, se viverão juntas e não se casarão, se casarão e não viverão juntas, etc. A unidade dos conceitos: família, casamento, mãe, pai (etc.) mascaram a crescente diversidade

---

<sup>55</sup> É a definição específica de Beck quando questionado sobre o tema em entrevista com o autor que é disponibilizada ao final da obra. (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Trinta e Quatro, 2019. p. 371).

<sup>56</sup> Ainda, cabe o alerta de Beck que este modelo universal traz equívocos porque precisaria considerar também condições da vida das pessoas (dimensão objetiva) e suas consciências (dimensão subjetiva: sua identidade e desenvolvimento de personalidade). (*Ibid.*, p. 190).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 173-176.

das posições e situações que se encontram por trás deles, como por exemplo, de pais divorciados, pais de filhos únicos, pais solteiros, etc.<sup>58</sup>

Bernadette Legros sobre o tema dessas alterações sociais e familiares expõe uma analogia interessante por meio da ideia do romancismo. Lembra a autora que o romantismo teve longo efeito no tempo, mais nas mulheres que nos homens. Nelas, teve dois efeitos: por um lado, ajudou a ficarem “em seu lugar”, em casa e, por outro, o amor romântico era visto como um ativo de uma sociedade machista. Contudo, na atualidade homens e mulheres estão interessados é na sua intimidade e não mais em padrões de comportamento.<sup>59</sup>

Conforme é possível perceber, portanto, na modernidade, a individualização dos indivíduos por meio dos direitos sociais que lhes deram suporte trouxe liberdades de escolha aos indivíduos, mas isto repercutiu não só nas escolhas de com quem se irá construir uma família, mas também na relação familiar com filhos:

Por um lado, a criança se torna um obstáculo no processo individualizatório. Ela demanda trabalho e dinheiro, ela é imprevisível, compromete e vira de cabeça para baixo o planejamento diário e os planos de vida tão cuidadosamente elaborados. Com seu aparecimento, a criança se desenvolve e aperfeiçoa sua “ditadura das necessidades” e submete os pais, com a violência nua e crua de suas cordas ocultas e com a luz de seu sorriso, ao seu ritmo de vida pueril. A criança acaba por se converter no vínculo de primeira ordem, inapelável, inafastável, insubstituível. Parceiros vêm e vão. A criança fica.<sup>60</sup>

Reforça isso a lição de Ricardo Calderón de que a alteração no cerne das relações familiares atualmente passa por se reconhecer a subjetividade conferida às pessoas em busca das suas realizações pessoais. Ao acompanharem o contínuo caminhar das sociedades as relações pessoais tiveram maior liberdade e romperam paradigmas antigos focando a família na pessoa, não na instituição; e mesmo sem tratamento expresso, se reconheceu a afetividade e o vínculo afetivo no direito.<sup>61</sup>

A sociologia auxilia, portanto, a demonstrar alterações sociais que alcançaram o direito de família. Enriquece-se por meio dos ensinamentos de Beck a relação

---

<sup>58</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Trinta e Quatro, 2019, p. 152.

<sup>59</sup> LEGROS, Bernadette. Intimacy and the New Sentimental Order. **Current Sociology**, [s. l.], v. 52, n. 2, p. 241-250, 2004. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0011392104041810#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 5 out. 2020. p. 241-242.

<sup>60</sup> BECK, *op. cit.*, p. 178.

<sup>61</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 19-20.

entre responsabilidade civil e direito de família; pois, na noção de pessoas individualizadas nas relações familiares fica a dúvida: quem se responsabilizará pelo cuidado com os filhos? Quem renunciará o quê da sua individualidade para cuidar do filho? Percebe-se que a origem da atual forma de omissão dos genitores no viver dos filhos, ao menos em parte, guarda relação com estas alterações sociais.

De fato, as pessoas influenciam e são influenciadas nas condições em que se encontram. No campo dos relacionamentos, isto se percebe na liberdade alcançada, de modo que a satisfação com o parceiro passou a ser um objetivo a ser constantemente alcançado, não havendo mais vinculações profundas a projetos de longo prazo como outrora. Por parte das pessoas há uma constante avaliação das vantagens que auferem em cada relação pessoal travada e, caso não as encontre satisfatoriamente, passar-se-á a buscá-las em outra relação.<sup>62</sup> Assiste aqui razão ao alerta de Rodrigo Pereira sobre existir uma subjetividade na objetividade dos atos. Ou seja, a existência do inconsciente e os desejos das pessoas afetam o seu agir e impactam o direito pela natureza de ser desejante que o ser humano é.<sup>63</sup> Contudo, consoante já registrado por Beck esta lógica não pode ser aplicada na relação vertical de direito de família, pois, “parceiros vêm e vão, mas a criança fica.”.

Diante do até aqui exposto, se comprova que o direito de família não é ilhado e guarda relação com outros conhecimentos científicos, como a sociologia ou a filosofia. Nessa linha de pensamento, considerando que a família traz obrigações às pessoas, se introduz, a partir de agora, a possibilidade da responsabilidade civil se aplicar no direito de família e a sua função. Para tal finalidade, partiremos da compreensão de Rosenvald no assunto.

Argumenta Rosenvald, em sua obra, que é possível relacionar a finalidade da responsabilidade civil com a filosofia e a justiça para promoção de uma função dissuasória da responsabilidade civil (se utilizando das reflexões de autores como Sandel, Kant, Rawls e Amartya Sen).<sup>64</sup>

Utilizando-se das ideias de Rosenvald e das suas conclusões, ao prosseguir a análise dos autores mencionados por Rosenvald é possível nos ensinamentos de

---

<sup>62</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*, p. 22-23.

<sup>63</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 64; 69.

<sup>64</sup> ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Michael Sandel, em seu texto sobre Justiça, encontrar reflexões se uma sociedade justa deve procurar promover a virtude de seus cidadãos ou ser neutra? Se a resposta a este questionamento for para promover ações, seria uma visão aristotélica de justiça; e para dar às pessoas o que elas merecem seria preciso, antes, estabelecer quais virtudes são dignas de recompensa e a lei não seria neutra. Todavia, caso a resposta seja que a lei deveria ser neutra, se caminharía na trilha do que Kant e Rawls tinham por justiça, respeitando a liberdade de cada indivíduo.<sup>65</sup>

Ao buscar relacionar esses apontamentos de ideias de justiça com funções de responsabilidade civil, cabe o questionamento de qual delas deve ser adotado: reparatória, compensatória, preventiva (dissuasória) ou punitiva? A responsabilidade civil deve ser preferencialmente reativa a danos, ou também pode ser preventiva?

No desiderato de responder a essa questão entre justiça e modelos de responsabilidade civil, ensina Nelson Rosenvald que para quem defendesse o modelo reparatório de responsabilidade deveria ser adepto da neutralidade da lei. A tutela ressarcitória atenderia mais a estrutura do direito neutro para agir só na consumação do dano. Por outro lado, para o autor a atuação do estado regulando interesses segundo a lógica democrática e a atuação preventiva da pena civil na responsabilidade civil objetiva é que conciliaria liberdade com segurança.<sup>66</sup>

Ao se observar a sociedade atual adverte Rosenvald que, embora se reconheça as diversas funções da responsabilidade civil e que elas podem ser autônomas, de acordo com o momento social, alguma delas prevalecerá; sendo que nos dias atuais, a prevenção estaria em evidência.<sup>67</sup> Ao pensar nisto, parece assistir razão à Rosenvald, no sentido de que o ordenamento jurídico deve, não só proteger a função compensatória, mas também, com proporcionalidade, quando possível, buscar direcionar comportamentos (como diria Aristóteles) dignos de virtude.

Uma analogia que também contribui nessa reflexão pode ser encontrada nas lições de Amartya Sen. Para o autor haveria uma dicotomia entre dois tipos de argumentação de justiça: teríamos de um lado Hobbes, Locke e Kant, tomando por base a ideia de justiça das instituições justas, sem contudo, verificar que também é

---

<sup>65</sup> SANDEL, Michael. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020. p. 17.

<sup>66</sup> ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil**: A reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 106-107.

<sup>67</sup> *Ibid*, p.33.

preciso observar o comportamento das pessoas (já que a natureza da sociedade depende também de características não institucionais); e de outro, Smith, Marx e Mills comparando diferentes vidas que as pessoas podem levar influenciadas não só pelas instituições, mas também pelo seu comportamento e suas interações sociais.<sup>68</sup>

Dentro da lógica desenvolvida por Sen, pensamos que a responsabilidade civil tem aplicação; pois, ainda que existam instituições justas por meio da lei em caráter preventivo da responsabilidade civil com objetivo geral que vise padronização de ações para primeiramente evitar lesões aos outros (o *neminem laedere*), o comportamento particular das pessoas pode transgredir as normas e gerar dever de reparar danos, se encontrando aqui a função preventiva da responsabilidade civil a ser considerada.

Sublinha Rosenvald que quatro seriam as funções da responsabilidade civil: a de reagir ao ilícito danoso, a de buscar a vítima retornar ao *status quo* ante a ofensa, a de reafirmar o poder sancionatório do estado, ou ainda, a função de desestímulo; sendo que a cada momento histórico e ambiente social se tem a prevalência de uma função em detrimento da outra.<sup>69</sup> De acordo este autor, a prevenção *lato sensu* está presente em qualquer uma das funções da responsabilidade civil, sendo que todas são compatíveis e não excludentes; se posicionando pela prevalência da função precaucional: “Em suma, podemos afirmar que na função reparatória a indenização é acrescida a uma prevenção de danos; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma prevenção de ilícitos; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma prevenção de riscos.”<sup>70</sup>

Logo, a função reparatória se aproxima mais da filosofia moderna em primazia da liberdade, com a interferência *a posteriori* com o dano. Já as funções punitivas e preventivas perseguem a segurança de forma mais acentuada (algo esperado em uma sociedade de riscos) com a lei se retirando da neutralidade e induzindo cidadãos à prática de comportamentos desejáveis prevenindo danos iminentes e futuros.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Denise Botmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Schwarcz, 2019. p. 35-39.

<sup>69</sup> ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32-33.

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 33.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 34.

Acerca dessa ideia de prevenção, cumpre demonstrar o alerta feito por Rosenthal. Observa-se no direito civil atual, uma tendência para substituir a ideia da culpa pela teoria do risco. Contudo, adverte Rosenthal que essa substituição da ideia de culpa pela de risco não leva à desresponsabilização da ação.<sup>72</sup>

Complementa Ricoeur que a inflação lançada na opinião pública na busca de responsáveis deve ser deslocada para medidas capazes de prevenir o dano. Trata-se de uma transferência de objeto da responsabilidade: a ideia moral da responsabilidade – é por outro ser humano. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do cuidado (ponto que será melhor explorado no capítulo seguinte).<sup>73</sup>

É possível sentir o impacto deste deslocamento do objeto moral da responsabilidade no plano jurídico; pois, se alguém se torna responsável pelo dano é porque desde o início era responsável por outrem;<sup>74</sup> o que no tema proposto nesta pesquisa se relaciona com a responsabilidade dos genitores para com seus filhos.

Nessa ótica, hoje, a principal função da responsabilidade civil seria a de prevenção. Em verdade, uma prevenção com função organizativa: “no sentido de coordenação satisfatória de ações sociais através de decisões adotadas por vários agentes, pois cada sujeito escolherá que custos quer suportar pelo exercício de sua atividade”<sup>75</sup>. A proposta de Rosenthal, é partir da análise não só do que seriam instituições justas,<sup>76</sup> mas buscar a resposta sobre como a justiça seria promovida, mirando nas realizações que ocorrem nas sociedades, ao invés de focar somente em instituições e regras.<sup>77</sup>

Repensar a responsabilidade civil, portanto, se faz preciso também para compreender as exigências de um determinado ambiente, como enfatiza Rosenthal:

---

<sup>72</sup> Acerca disso, complementa Nelson Rosenthal: “O paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala em solidariedade, com a preocupação de fortalecer uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados de danos. Vale dizer, se a vitimização é aleatória, sua origem também tende a se torna aleatória, em virtude do cálculo de probabilidade que situa todas as ocorrências sob o signo do acaso. Tudo se torna fatalidade, que é o oposto da responsabilidade. Fatalidade é de ninguém; responsabilidade é de alguém.”. ROSENTHAL, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

<sup>73</sup> RICOEUR, Paulo. **O justo: A justiça como regra moral e como instituição**. Tradução de Ivone Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1. p. 52-56.

<sup>74</sup> ROSENTHAL, *op. cit.*, p. 31.

<sup>75</sup> ROSENTHAL, *op. cit.*, p. 208.

<sup>76</sup> Retomando o paralelo proposto por Sen em: SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Denise Botmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Schwarcz, 2019.

<sup>77</sup> ROSENTHAL, *op. cit.*, p. 128.

“Responsabilizar’ já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, ‘responsabilizar’ se converteu em reparação de danos. Agora some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos.”<sup>78</sup>

Ao direcionar a função da responsabilidade civil, mais especificadamente, ao tema deste estudo, é possível afirmar que a compensação pelo dano dita uma neutralidade das ações, de sorte a só após o dano ocorrer, se buscar medidas compensatórias. Entretanto, considerando que a função da responsabilidade civil também tem cunho preventivo, se salienta que de acordo com Rosenthal, é preciso que a responsabilidade contenha uma justificativa moral, a qual, aliada a perspectiva na qual vivemos hoje de sociedade do risco deve ser a prevenção como forma ética de comportamento com foco no cuidado, também devendo essas medidas consideradas, o que se comunica com esta pesquisa:

Concluindo. **Deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem** vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos- portanto agente moral apto a aceitar regras-, como **substituir a ideia de reparação pela de precaução**, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspeção-e, por que não no cuidado-, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva - em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos-, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.<sup>79</sup>

Ratificando a ideia de prevenção e cuidado com o outro, Luc Ferry ao dissertar sobre o tema, mostra como a sociedade se encontra hoje. Lembra o autor que a humanidade passou por diferentes éticas. Inicialmente, uma ética cósmica, a seguir, uma ética cristã, na modernidade houve a substituição deste Deus pela razão e no último século isto foi desconstruído por pensadores como Nietzsche, Freud e Marx<sup>80</sup>. Atualmente, vivenciamos um novo humanismo, distinto do racional de Kant

<sup>78</sup> ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 32, grifo nosso.

<sup>80</sup> Cabe aqui referir a explicação de Calderón sobre este período. Para o autor até o século XVII era impensável considerar respeito à esfera pessoal sentimental; também porque mesmo a forma de viver era em prol do coletivo, do sagrado de grupos. Foi no final do século XVIII, em especial após a revolução francesa, que a juventude passou a dar mais atenção aos seus próprios sentimentos, e não mais às considerações externas. A propriedade, o desejo dos pais e questões sociais foram negligenciadas na escolha do cônjuge. AMARAL, Francisco, 2008, p. 132 *apud* CALDERÓN,

em que o sagrado reside no próprio ser humano e no amor ao próximo. Não há mais porque transcender. Não nos sacrificamos mais pela pátria, ou política, mas sim, pelos nossos descendentes;<sup>81</sup> o que ratifica o pensamento de que os genitores se responsabilizam pelos seus filhos.

É possível concluir quanto a função da responsabilidade civil e a omissão parental, portanto, que efetivamente o que importava na relação entre pai e filho era a sua valoração biológica e patrimonial.<sup>82</sup> Contudo, as relações familiares ganharam complexidade, em parte, pela maior determinação que as pessoas passaram a ter sobre suas vidas. Todavia, esta maior liberdade de agir na sociedade globalizada não poderá significar para os genitores omissão em cumprir seus deveres na sua função para com os filhos para que amadureçam o seu eu e ingressem na vida autônoma sem traumatismos até serem pais e mães de si mesmos.<sup>83</sup>

Nessa linha de raciocínio, a lição de Rodrigo Pereira sobre o dano existente no abandono dos genitores, traz palavras que resumem muitos dos pontos que se verificaram na primeira parte deste texto e introduz outros que serão abordados a seguir; razão pela qual, em tom de fechamento deste sub-capítulo se cita:

**A discussão do abandono afetivo transcende os seus aspectos jurídicos e éticos para atingir uma dimensão política e social.** As milhares de crianças de rua e na rua estão diretamente relacionadas ao abandono paterno ou materno e, não, apenas à omissão do estado em suas políticas públicas. **Se os pais fossem mais presentes na vida de seus filhos** e não os abandonassem efetivamente, isto é, se efetivamente criassem e educassem seus filhos, cumprindo os princípios e regras jurídicas, **não haveria tantas crianças e adolescentes com sintomas de desestruturação familiar.** É mais cômodo diante do contexto histórico do declínio do patriarcalismo e da sociedade de consumo, justificar a teoria político-econômica o porquê de tantas crianças abandonadas, da criminalidade juvenil ou até mesmo enveredar em uma visão moralista e pensar que todos esses sinais de violência começaram após 1977, com o divórcio no Brasil, e, conseqüentemente, um aumento crescente de separação de casais e de novas formas de constituições de famílias. **Todavia, a verdade é que todos estes sinais de desestruturação**

---

Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 21.

<sup>81</sup> FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 15-21.

<sup>82</sup> HIRONAKA, Giselda. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Conversando com o Professor**. [S. l.], 2015. Disponível em: [http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os\\_contornos\\_juridicos\\_da\\_responsabilidade\\_afetiva.pdf](http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

<sup>83</sup> BOFF, Leonardo. **São José: a personificação do pai**. Campinas: Véus, 2005. p. 196-197.

**familiar estão intimamente relacionados ao abandono paterno/materno, seja ele visível ou não.**<sup>84</sup>

Apresentadas as balizas das possíveis articulações de como a sociedade impactou o direito de família e questões desta pesquisa, no capítulo seguinte, será aprofundada a análise da responsabilidade civil e seus elementos para demonstrar como ela se desenvolve na violação de deveres parentais.

## 2.2 CONCEITO, ELEMENTOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL E RELAÇÃO COM O DIREITO DE FAMÍLIA

O objetivo desta investigação é analisar em que casos a omissão dos genitores em seus deveres pode alcançar a responsabilidade civil, correlacionando isto com decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e doutrina. Para tal propósito, primeiramente, necessário se faz apresentar os conceitos e elementos da responsabilidade civil os relacionando com o direito de família quando possível.

De acordo com José de Aguiar Dias, toda manifestação humana pode vir a trazer em si o problema da responsabilidade; o que talvez dificulte encontrar seu conceito, pois é variável de acordo com os aspectos e teorias filosóficas ou jurídicas que se possam abranger. Alinhado com a importância realizada na primeira parte deste estudo sobre a sociedade participar do Direito, em caminho similar, leciona Dias: “Resta, rigorosamente sociológica, a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social [...] são reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social [...]”<sup>85</sup>.

Lembra Ricoeur que a origem da noção de responsabilidade está articulada com a ideia de imputar: atribuir à alguém uma ação condenável, um delito, uma ação confrontada previamente com uma obrigação ou proibição que essa ação infringe.<sup>86</sup>

Acaso se parta da ideia jusnaturalista, imputar uma ação à alguém é atribuí-la a este alguém tornando-o responsável por sua conduta. Teria sido, a partir disto, que Kant moralizou a capacidade do agente ao definir a imputação como um juízo de atribuição de uma ação censurável à alguém como o seu autor verdadeiro. Houve

---

<sup>84</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 385, grifo nosso.

<sup>85</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 1.

aqui a união de duas ideias: atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral desta ação. Uma infração – seguida de uma reprovação. Para Ricoeur a ideia de moralização e juridicalização da imputação teria ocorrido na conjugação de duas obrigações: a de agir em conformidade com a lei e a de reparar o dano. A noção de retribuição deslocou a de imputação e se exemplifica com a obrigação de reparar o dano. Seria neste jogo destas duas obrigações, em que a primeira justifica a segunda, que se pavimenta o conceito da responsabilidade jurídica.<sup>87</sup>

O conceito de responsabilidade, portanto, guarda relação com o conceito de comportamento, pois, é a responsabilidade o resultado da ação pela qual o homem expressou o seu comportamento, o qual, caso viole o texto normativo e cause dano faz nascer um novo dever substitutivo do anterior.<sup>88</sup>

Ganham relevo, deste modo, os mecanismos de proteção aos bens jurídicos e de sanção pela sua violação, fundamentando a responsabilidade pelas condutas a que se imputam antijurídicas. Surge aqui uma lógica de proibição necessária a ser imposta entre o homem e suas representações (sejam mentais ou de falas).<sup>89</sup> Isto ocorre com a finalidade da ordem jurídica proteger o lícito estabelecendo deveres: “Entende-se, assim, por dever jurídico conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. [...] de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.”<sup>90</sup>

Em auxílio na relação imputação, reprovação, obrigação e responsabilidade lembramos que para Henri e León Mazeaud a definição de culpa passa por dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. A partir destas premissas, a ilicitude seria o elemento objetivo com bases no direito romano, na lei Aquilia, a qual exigia que o dano fosse *injuria datum*, isto é, causado sem direito ou contrário ao direito. Ou seja, o que se quer afirmar é que quem age conforme o direito não é responsável, uma vez que a responsabilidade é a sanção da violação de uma regra de direito.<sup>91</sup> Aliás,

---

<sup>86</sup> RICOEUR, Paulo. **O justo**: A justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1. p. 36.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 39-42.

<sup>88</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 3.

<sup>89</sup> SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: Ensaio Sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2007. p. 49.

<sup>90</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*. p. 13.

<sup>91</sup> MAZEAUD; MAZEUAD, 1965, p. 489 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 123.

consoante alerta Álvaro Villaça de Azevedo essa relação sobre se responsabilizar por agir em conformidade ao prometido provém do direito romano:

A palavra responsabilidade descende do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare centum? Spondeo; ou seja, prometes me dar um cento? Prometo*). Como é de notar-se a ideia da palavra é de responder por algo.<sup>92</sup>

Essa é a lógica base da ideia de responsabilidade civil: a violação de um dever jurídico configura um ilícito e leva a um novo dever jurídico, no caso, o de reparar o dano. Há, portanto, um dever jurídico primário de não lesar bens jurídicos alheios (*neminem laedere*), mas violado este dever surge um novo, um dever jurídico secundário, qual seja, de indenizar o prejuízo. A compreensão desta ideia é o próprio conceito de responsabilidade civil: “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico primário.”.<sup>93</sup>

Logo, só após uma conduta ilícita que tenha nexos com um dano (que deveria ter sido evitado) é que terá surgido a responsabilidade civil. Crucial, aqui, é compreender que antes da responsabilidade há um dever de não violar bens alheios; e que surge a responsabilidade civil de um ato lesivo a direitos, seja a direitos patrimoniais, reais ou extrapatrimoniais (de direitos da personalidade).<sup>94</sup>

É a obrigação, portanto, um dever jurídico primário; enquanto que a responsabilidade civil um dever jurídico sucessivo. Sobre isto, a doutrina clássica já afirmava que a responsabilidade é a sombra da obrigação.<sup>95</sup>

Superadas essas questões, ainda a título de introdução do tema, cumpre esclarecer algumas distinções sobre o momento que ocorre a responsabilidade civil e seus pressupostos também pela relação que guarda com o tema desta pesquisa; pois, a depender sobre como ela será inserida o termo inicial de aferição de danos pelo abandono dos genitores pode ser alterado.

---

<sup>92</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**: Responsabilidade Civil. 12. ed. Atlas: São Paulo, 2011. *E-book*. p. 243.

<sup>93</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*, p. 13.

<sup>94</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 145.

<sup>95</sup> CAVALIERI FILHO, *op cit.*, p. 14.

Sobre a compreensão de quais seriam os elementos da responsabilidade civil, se adverte que não há unanimidade na doutrina sobre quantos seriam os requisitos da responsabilidade civil extracontratual. Para Maria Helena Diniz e Cavalieri Filho eles seriam apenas três (existência de ação ou omissão representada como ato ilícito qualificada com culpa, dano e nexos causal); enquanto que para Chaves, Rosenvald e Braga Netto, Carlos Gonçalves, Álvaro Azevedo e Tartuce seriam quatro os pressupostos com a culpa como elemento autônomo analisado em separado da conduta.<sup>96</sup>

No que diz respeito a dicotomia de classificação da “responsabilidade civil contratual *versus* extracontratual”, um dos exemplos que Tartuce aduz em sua obra para demonstrar sua relevância é acerca do tratamento dos juros moratórios e o termo inicial de sua contagem. Na responsabilidade civil extracontratual, os juros de valores devidos começam a partir do evento danoso (art. 398 CC e Súmula 54 STJ), enquanto que na contratual, a partir da citação inicial no processo (art. 405 CC).<sup>97</sup>

Em ambos os casos, há violação de um dever pré-existente. A diferença é que na responsabilidade civil contratual, o dever pré-existente é derivado de uma relação jurídica que já existia entre as partes. Por outro lado, na responsabilidade civil extracontratual, o dever geral pré-existente vem de deveres legais.<sup>98</sup>

Consigne-se ainda que a responsabilidade civil pode ser classificada em objetiva ou subjetiva. Prevalece que o Código Civil adotou como regra o regime de responsabilidade subjetiva. Isto se conclui ao considerar que art. 186 do CC adotou o modelo culposo na verificação do ato ilícito civil e o art. 927 traz ideia semelhante quando aduz ao dever de reparar o dano relacionando-o com a ideia de ilicitude do próprio art. 186 do CC.<sup>99</sup>

Essas reflexões se tornam úteis à pesquisa, na medida em que, compreender quantos são os pressupostos da responsabilidade civil levará a perceber quantos deles serão analisados como requisitos à configuração de responsabilidade civil pela violação de deveres parentais. Além disto, auxiliará na averiguação da forma que ocorrerá a responsabilidade, se contratual ou não contratual para identificar o início

---

<sup>96</sup> TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 240.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>98</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book* p. 30.

<sup>99</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p. 266.

da contagem de juros de eventual condenação; ou ainda, se objetiva ou subjetiva, para considerar, ou não, o elemento culpa como requisito da responsabilidade civil.

Sublinha-se ainda, a lição de Rosenvald da responsabilidade civil na omissão dos deveres parentais ter natureza *sui generis*: pois, não seria responsabilidade civil contratual, já que, ausente um contrato prévio entre alguém “ser pai” e outrem “ser filho”; todavia, ao mesmo tempo, não seria responsabilidade civil extracontratual, já que esta demanda a não existência de relação prévia entre as partes, situação a qual, não é a presente entre pais e filhos onde existem deveres prévios.<sup>100</sup>

Por conseguinte, não seria qualquer violação de deveres endofamiliares que geraria responsabilização civil. É preciso o caso concreto demonstrar lesão à interesse merecedor de tutela (ilícito endofamiliar), nexos causal, culpa e dano.

Orlando Gomes ao traçar raciocínio sobre direito obrigacional e deveres familiares já percebia que a relação entre pais e filhos é *sui generis*:

O pátrio poder é um direito-função, um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo. Não consiste numa simples faculdade com direção genérica, mas não se desenvolve numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatas. À faculdade de agir do pai corresponde um dever do filho, mas não se trata de relação obrigacional, como a que existe entre os credores e devedores, nem de direito real sobre a pessoa dos filhos. O pátrio-poder tem hoje feição particular no quadro das manifestações da atividade jurídica.<sup>101</sup>

No direito italiano, nos passos da expressão dita por Rosenvald, também se reconhece os ilícitos endofamiliares (*illecito endofamiliare*). Ocorreriam eles quando ilícitos no contexto das relações familiares atingissem a pessoa e a sua integridade psicofísica. Este contexto também se aplicaria nos ilícitos que afetassem tal esfera da personalidade dos filhos mediante a falha no sustento, na educação, na criação ou de comportamentos que obstruíssem o convívio entre filhos e pais.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> ROSENVALD, Nelson. A singularidade do ilícito endofamiliar e da responsabilidade civil na conjugalidade. **Revista IBERC**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 1-8, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/98/73> Acesso em: 30 jun. 2020. O tema foi reforçado com enfoque específico nas relações parentais em apresentação do prof. Rosenvald na *live* “Responsabilidade Civil na parentalidade”. (CASSETTARI, Christiano. **Responsabilidade Civil na parentalidade**. [S. l.], 28 maio 2020. Instagram: Christiano Cassetari @profcassetari. Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CA-NTntj89p/>. Acesso em: 5 jun. 2020).

<sup>101</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 359.

<sup>102</sup> CONCAS, Alessandra. Padre lontano e figlia trascurata, secondo la Suprema Corte di Cassazione il danno è da provare. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-4, 31 mar. 2020. Disponível em:

Como passagem desta apresentação do tema à abordagem dos elementos da responsabilidade civil contextualizada aos danos que decorrem da omissão de cuidado dos genitores, a lição de Rodrigo Pereira salienta alguns dos fundamentos jurídicos constitucionais que reforçam os deveres violados neste ilícito dos genitores:

A configuração da **conduta abandônica pelos pais** e a **ofensa direta** aos princípios constitucionalmente assegurados, como o da **Dignidade da Pessoa Humana, Paternidade Responsável, Solidariedade Familiar, Intimidade, Integridade Psicofísica, Convivência Familiar**, Assistência, Criação e Educação, deve acarretar uma reparação ao filho, pois a reparação civil ou a indenização vem exatamente contemplar aquilo que não se pode obrigar.<sup>103</sup>

Essas reflexões auxiliarão na transição de subcapítulos seguintes, pois, são estes os interesses jurídicos que, quando lesados por meio do ilícito da omissão de cuidado dos genitores, serão correlacionados com deveres jurídicos violados nesta omissão e pavimentarão a análise dos elementos da responsabilidade civil a seguir.

### 2.2.1 Primeiro elemento: o comportamento ilícito e a violação de deveres na parentalidade

No início da abordagem dos elementos da responsabilidade civil relacionando-os ao tema deste estudo, primeiramente, quanto ao elemento conduta é preciso compreender que esta deve ser pensada tanto como ação, quanto omissão na violação de uma obrigação legal. Aliás, a ligação de ação ou omissão como “conduta” é a redação do art. 186 do CC; em percepção que não escapa do olhar de Cavalieri Filho: “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.”<sup>104</sup>

Cumprido neste momento ressaltar que a ação ou omissão é um aspecto físico, externo, objetivo da conduta; diverso, portanto, da vontade que constitui o seu aspecto intrínseco, psicológico ou subjetivo. Com a ação há a transgressão de uma proibição (*non facere*) enquanto que na omissão a violação de um comportamento

---

<https://www.diritto.it/padre-lontano-e-figlia-trascurata-secondo-la-suprema-corte-di-cassazione-il-danno-e-da-provare/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>103</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 392, grifo nosso.

ativo (um *facere*). Assim, no que diz respeito a omissão ela só tem relevância jurídica quando o direito impõe o dever de agir, de praticar um ato para impedir determinado resultado.<sup>105</sup>

Com foco na conduta omissiva, observa Fernando Pessoa Jorge<sup>106</sup> que há dois momentos distintos no processo de formação da conduta diligente. Em um primeiro, de caráter intelectual ou de conhecimento, se verifica qual comportamento é adequado para atingir o fim proposto ao agente; ficando, portanto, o agente obrigado a um estado de vigilância e atenção ao cumprimento do dever. No segundo momento, depois de conhecido o comportamento devido, a vontade se exerce para determinar o agente à efetivamente adotar esse comportamento.

Caio Mário dissertando sobre os fundamentos da obrigação do agente reparar, esclarece que o fundamento primário da reparação está no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à determinação anterior da norma que condiz com a própria noção de culpa e dolo. Caso o agente proceda contrariamente ao direito, desfere o primeiro impulso ao dever de reparar; e depois, a ofensa a um bem jurídico estabelecendo, por fim, uma relação de causalidade entre o dano e a antijuridicidade da ação.<sup>107</sup>

Logo, o *facere* evita que a omissão como ato ilícito ocorra; passa pela análise de se conhecer o comportamento adequado ao fim proposto pela norma e agir para evitar a omissão ilícita. Com foco no tema em estudo, os deveres dos genitores se inserem aqui quanto ao elemento conduta da responsabilidade civil, pois, precisam realizar suas obrigações parentais para não responderem pela sua omissão, caso dela decorra dano. Nisto, vem a necessária reflexão: na omissão dos genitores, quando ela se torna juridicamente relevante?

No afã de contribuir para esta resposta, os ensinamentos de Agostinho Alvim se demonstram pertinentes, porque ele aproxima o elemento conduta do tema desta construção teórica sobre o agir importar em cuidados do agente. Afirma Alvim que a

---

<sup>104</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*. p. 39.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 88. Em posição semelhante expõe Rodrigues: A importância da ação como elemento da responsabilidade civil é que a indenização pode derivar de uma ação ou omissão do agente capaz de infringir um dever contratual, legal ou social. (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 4. p. 21).

<sup>106</sup> JORGE, 1968, p. 98-99 *apud* CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 49.

<sup>107</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2. p. 289-290.

cada momento o homem se acha sempre em situação de praticar um ato (ação ou omissão), do qual derive, ou possa derivar, dano à terceiro e, por isso, a ordem jurídica impõe a todos um dever indeterminado de cuidado, diligência ou cautela.<sup>108</sup>

Esta correlação do elemento conduta com a omissão dos genitores tem abrigo na lição de Cavalieri Filho, o qual afirma que a omissão de cuidado no agir do responsável é um ilícito quando o não fazer tem previsão legal e gera dano:

A inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa – o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.<sup>109</sup>

Nessa esteira, embora não haja norma expressa no Código Civil trazendo um conceito sobre o que seria uma conduta omissiva,<sup>110</sup> advoga Cavalieri Filho que seria possível se utilizar das disposições do Código Penal, afinal o seu art. 13, §2º traria uma cláusula geral quanto ao tema aplicável inclusive no direito de família:

No Brasil, o Código Civil de 1916 não tratou da relevância jurídica da omissão, tampouco o Código Penal de 1940. Somente em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11-7-1984), a omissão foi disciplinada no § 2º do seu art. 13 que, ao incorporar os princípios da teoria normativa, dispõe: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Esse dispositivo, como se vê, estabeleceu os pressupostos de fato de que deflui o dever jurídico de agir, dever esse que pode decorrer primeiramente da lei, quando esta impõe a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. **É o caso das disposições relativas ao direito de família**, como, por exemplo, o dever de guarda e manutenção dos filhos. A violação de dever jurídico de agir decorrente da lei gera o que a doutrina tem chamado de omissão genérica.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> ALVIM, 1980, p. 247-248 *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*. p. 49.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>110</sup> Sobre o tema se destaca o Código Civil Português que regulou a questão: “As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.” (*Ibid.*, p. 89).

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 89, grifo nosso.

Completa o conceito de conduta a noção de imputabilidade, uma vez que, o agente que age deve compreender o que faz.<sup>112</sup> Sobre isto complementam Farias, Braga Netto e Rosenvald:

A antijuridicidade não se esgota na ilicitude. Só é possível compreender a amplitude do fato ilícito quando àquela acrescentarmos o elemento subjetivo da imputabilidade. Enquanto a antijuridicidade é um juízo sobre a conduta, a imputabilidade é um juízo sobre o agente.  
[...] Haverá imputabilidade quando o autor do comportamento antijurídico for dotado de maturidade e sanidade. Ou seja, contar com 18 anos de idade e não ser pessoa portadora de transtornos mentais submetida ao regime de internação.<sup>113</sup>

Pode-se concluir quanto a esse ponto que, se o genitor não agir diante de deveres viola previsões normativas. Sobre isto, existe a determinação constitucional da paternidade responsável (art. 227 *caput* e §6º CF), o princípio da solidariedade constitucional (art. 3º, I), a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); os deveres do poder familiar no CC, em especial, no art. 1634<sup>114</sup>, I e VII (também com correspondência constitucional no art. 229), ou ainda dos deveres do ECA<sup>115</sup>. Denota-se uma base de deveres dos genitores que podem ser violados na omissão parental, inclusive ferindo a solidariedade constitucional; e que pode ser averiguada no que concerne a este elemento da responsabilidade civil, por exemplo, com as lições de Pessoa sobre o sujeito conhecer como se deve agir e então atuar.

---

<sup>112</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 149.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>114</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 2 jun. 2020. Art. 1.634. “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:  
I - dirigir-lhes a criação e a educação;  
[...] VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.”.

<sup>115</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 2 jun. 2020. “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”. Ainda sobre direitos da Criança e adolescente previstos no ECA: “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”.

Alguns dos deveres previstos em nosso CC também se encontram no Código Civil italiano, em seu art. 315-*bis*,<sup>116</sup> mas também deve ser ressaltado que lá ainda há fatos da responsabilidade parental previstos no Código Penal.<sup>117</sup>

Portanto, a omissão dos genitores quanto a seus deveres não é um mero “abandono afetivo”, pois, este “não fazer” viola um dever legal e há um vínculo legal dos genitores (muito além de afetivo) em agir no cumprimento dos seus deveres e zelar pelos filhos. Esta omissão parental fere também a solidariedade constitucional ao afetar elementos da dignidade do filho para com quem deveria ser solidário. Este ilícito da omissão de cuidado por parte dos genitores pode, inclusive, afetar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade dos filhos. Percebe-se isso, por exemplo, no dever de guarda dos genitores como leciona Rolf Madaleno:

Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor. Os adultos estão naturalmente encarregados de velar por seus filhos no sentido mais amplo da expressão. **Os pais têm o dever, e não a mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia.** Os filhos menores e incapazes são naturalmente frágeis, indefesos e vulneráveis, carecendo, portanto, de uma especial proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental.<sup>118</sup>

Aguiar Dias também já sustentava que os deveres dos genitores não são só aqueles que cuidam da manutenção da prole, mas incluídos os elementos da alma:

Quando se cogita de responsabilidade paterna, tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres que ao pai corre em relação ao menor. Esses deveres são de duas ordens: a) assistência que não é só a material, traduzida na prestação de alimentos e satisfação de necessidades

---

<sup>116</sup> Art. 315-*bis*. “*Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.*” [...]. ITÁLIA. Regio Decreto nº 262, 16 marzo 1942. Codice Civile. In: ALTALEX. **Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio.** [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/della-potesta-dei-genitori>. Acesso em: 10 mar 2021.

<sup>117</sup> No Código Penal italiano, por exemplo, traz no art. 570 crime por violação das obrigações de assistência. ITÁLIA. Regio Decreto nº 1398, 19 ottobre 1930. Codice Penale. In: ALTALEX. **Dei delitti contro la famiglia.** [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/dei-delitti-contro-la-famiglia>. Acesso em 10 mar 2021.

<sup>118</sup> MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. p. 106, grifo nosso.

econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância. Na primeira categoria se entende incluída a obrigação de propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com as suas aptidões e situação social e com os recursos do pai, o clima necessário ao seu sadio desenvolvimento moral, inclusive pelo bom exemplo.<sup>119</sup>

Nesse contexto, de grande importância também é destacar que em respeito à já enunciada força normativa da Constituição a violação de suas normas também é ato capaz de gerar um ato ilícito, como nos princípios da paternidade responsável, da solidariedade constitucional que irradiam esses valores aos demais deveres aos genitores esses institutos jurídicos. Sobre isso, oportuna é a lição de Bobbio:

Mas se nós vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autorize a produzir normas jurídicas. Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de editar normas válidas, impõe, de outro, a todos aqueles aos quais as normas constitucionais se dirigem, o dever de obedecer-lhes. [...]. Pode ser formulada deste modo: O poder constituinte está autorizado a editar normas obrigatórias para toda coletividade, ou então: A coletividade está obrigada a obedecer às normas editadas pelo poder constituinte.<sup>120</sup>

Dessa forma, seja por meio dos princípios da solidariedade constitucional e da proteção à dignidade da pessoa humana que são normas de referência na Constituição, ou por previsões expressas como no art. 227 e 229, não restam dúvidas que o ordenamento jurídico pátrio previu deveres de conduta para os genitores em relação aos filhos também na Constituição. Pela relevância dessas previsões constitucionais, se destaca sua redação:

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

[...] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2. p. 559.

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2017. p. 66.

<sup>121</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

Nessa linha de raciocínio, embora a afetividade não seja expressa como norma jurídica no CC, ao se conjugar os deveres constitucionais dos genitores somados com os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana se torna possível inferir a afetividade (e não o afeto) e o livre desenvolvimento da personalidade como direitos fundamentais tuteláveis pelo direito no contexto familiar.

Nessa ordem de ideias, leciona Sarlet que apesar de não ser expressamente previsto em nossa Constituição (como em outros ordenamentos jurídicos) o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade este direito é tutelável como cláusula geral em nosso ordenamento jurídico:

Não é, por outro lado, à toa que, nas experiências constitucionais referidas, enfatiza-se o nexó entre o direito de liberdade pessoal e a proteção da personalidade, posto que o direito de personalidade, embora tenha por objeto a proteção contra intervenções na esfera pessoal, é também um direito de liberdade, no sentido de um direito de qualquer pessoa a não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções.

Em síntese, é possível afirmar que o direito geral de personalidade (ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade) implica uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não, expressa e diretamente reconhecidos ao nível da constituição. É, portanto, em virtude da existência de uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade, que, no caso brasileiro, tem sido fundada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, que se adota o entendimento de que o rol de direitos especiais de personalidade (sejam eles previstos na legislação infraconstitucional, sejam eles objeto de reconhecimento expresso na Constituição Federal) não é de cunho taxativo.<sup>122</sup>

Esclarecido que existem normas Constitucionais e infraconstitucionais que trazem deveres aos genitores para com os filhos, cumpre a partir de então apresentar como o comportamento ilícito pode se desenvolver por meio de omissões que impliquem em violar a afetividade como valor jurídico.

Considerando a proposta da pesquisa de analisar os danos extrapatrimoniais nas relações parentais a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e que o Recurso Especial (REsp) paradigma (REsp n. 1.159.242) que permitiu a indenização nas relações verticais de direito de família teve voto de um dos ministros julgadores referindo expressamente a expressão “abandono afetivo”<sup>123</sup> como

<sup>122</sup> SARLET, Ingo, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 460-461.

<sup>123</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...].

fundamento ao dano extrapatrimonial, desde já, antes da sua análise em capítulo posterior, algumas premissas precisam ser fixadas, quais sejam, definir qual espécie de norma jurídica é o dito princípio da afetividade e seu significado jurídico.

Inicialmente, buscaremos desenvolver o significado dos conceitos usados na doutrina sobre o conteúdo jurídico do dito princípio da afetividade. Conforme será melhor detalhado a seguir, a expressão “abandono afetivo” não é a melhor nomenclatura para a consequência da omissão dos genitores, embora cunhada no REsp n. 1.159.242 e em parte da doutrina. Por esta razão, desde já se adverte que esta dissertação usará a expressão omissão parental ou ilícito de omissão de cuidado para referir tal ato.

Fixadas essas premissas, alertam Farias e Rosa que não seria possível conceituar o princípio da afetividade nas palavras afeto ou afetividade; pois, estas palavras têm no dicionário sentido que as aproxima e não clarifica sua distinção:<sup>124</sup>

**Afeto.** 1 **Sentimento de afeição ou inclinação por alguém;** amizade, paixão, simpatia: “Aquela carta a revoltava muito; não [...] pelo afeto que teria ao estudante, mas pelo ressentimento de seu amor-próprio ofendido”. [...] <sup>125</sup>.

**Afetividade:** 1 **Qualidade ou caráter daquele que é afetivo:** “Fingi não ver seus gestos, combatia-lhe a afetividade exagerada, que nos inclinava ao fausto” (NP). [...] 3 **PSICOL Capacidade** do ser humano **de reagir** prontamente às emoções e aos sentimentos. <sup>126</sup>

[...] Por derradeiro, voltando atenção para a usual confusão terminológica em relação aos signos amor e afeto, vale a ressalva de que aquele (o amor) é uma parte integrante deste (o afeto). **Afeto** diz respeito a toda e qualquer **situação** que afete uma pessoa humana, **a partir de suas experiências** ou tendências, positiva ou negativamente. **O amor é um dos possíveis afetos** manifestáveis pelos humanos, de proporção demasiadamente vasta e de conteúdo paradoxal, contraditório, mas sempre espontâneo. <sup>127</sup>

---

Relatora: Ministro Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020. p. 43.

<sup>124</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 52-53.

<sup>125</sup> AFETO. *In*: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/afeto/>. Acesso em: 14 out. 2020.

<sup>126</sup> AFETIVIDADE. *In*: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/afetividade/>. Acesso em: 14 out. 2020. Grifo nosso.

<sup>127</sup> FARIAS; ROSA, *op. cit.*, p. 45. Contribui ainda Tartuce: “De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio.” (TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade nas relações familiares. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, 28

Teoriza Romualdo dos Santos para contribuir na conceituação do princípio da afetividade como valor jurídico que o seu fundamento está na Constituição. Para este autor a afetividade não é um conceito estático, por ser algo que se desenvolve dentro de cada um. É a afetividade o conjunto de afetos, isto é, de emoções, paixões e sentimentos que compõem a esfera instintivo-afetiva do psiquismo constitutiva dos seres humanos.<sup>128</sup> A Constituição protege este aspecto da pessoa por meio da dignidade da pessoa e da solidariedade, preservando as relações intersubjetivas. A afetividade é indissociável dos seres humanos por integrar todas as suas condutas e pertencer à sua estrutura psíquica, convertidas em valor protegido pelo direito.<sup>129</sup>

Ratifica-se com isso o já exposto neste estudo, da afetividade se relacionar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Para Giselle Groeninga a preservação da estrutura afetiva é uma necessidade da personalidade da pessoa. Lembra a autora que a personalidade é a organização que a pessoa imprime às relações que a constituem. Nas relações verticais de direito de família, a psicanálise tem demonstrado a importância da convivência familiar na constituição da personalidade, de modo que, caso não tenhamos quem nos cuide, não nos humanizamos. A personalidade se desenvolveria por meio dos exemplos, sendo resultado das relações com os adultos, pais ou substitutos. É pela convivência que ocorrem identificações de ego e superego, sendo este último o representante da lei internalizada dos valores no desenvolvimento da autoestima e consciência moral das pessoas.<sup>130</sup> A proteção da afetividade e da personalidade se justifica assim para as pessoas desenvolverem relações. Sublinha ainda Groeninga:

O afeto é, no Direito, em ramos da filosofia e no senso comum, identificado com o amor. Em nossa visão positivista era inclusive visto como dissociado do pensamento. Mas, ele é muito mais do que isto. Sem dúvida, uma qualidade que nos caracteriza é a ampla gama de sentimentos com que somos dotados e que nos vinculam – uns aos outros, de forma original face a outras espécies. Com base nos afetos, que se transformam em sentimentos, é que criamos as relações intersubjetivas – compostas de

---

nov. 2012. Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>. Acesso em: 4 out. 2020. Grifo nosso).

<sup>128</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 113-114.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 134-135.

<sup>130</sup> GROENINGA, Giselle. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA*, 5., 2005. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf](http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf). Acesso em: 13 out. 2020.

razão e emoção – do que nos move. À diferença dos outros animais, somos constituídos, além dos instintos, de sua tradução mental em impulsos de vida e de morte. [...]. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa ou má. Mas vamos além disto, e **valoramos nossas experiências também de acordo com o pensamento, com a experiência e com valores construídos nas relações e apreendidos do meio social. São os afetos que nos vinculam das mais diversas formas às pessoas. E é certo que também somos afetados pelos estímulos externos que são traduzidos, interpretados mentalmente segundo as experiências passadas e a valoração que lhes foram atribuídas. Somos seres axiológicos por excelência, e parte desta qualidade que nos é inerente vem justamente dos afetos.**<sup>131</sup>

Verifica-se, portanto, que a afetividade ao se relacionar com a personalidade da pessoa merece proteção jurídica. Entretanto, se reafirma o alerta entre o que o direito deve proteger ou não, pois, consoante já destacado por Farias e Rosa, há uma questão terminológica que deve ser observada, a qual talvez ocorra pela interdisciplinaridade das expressões. A advertência é no sentido de que a psicologia se ocupa de descrever os comportamentos, com o “ser”, de modo que para ela o afeto traz processos interiores da personalidade cuja manifestação independe da vontade, razão pela qual, ao direito, por outro lado, como ciência que lida com o “dever-ser” não cabe descrever os fatos da realidade e dizer o que é o afeto, ou ainda, os converter em obrigação jurídica algo que é espontâneo.<sup>132</sup>

Romualdo dos Santos reforça a possível confusão terminológica a ser evitada lembrando que para a psicologia “afeto” seria um elemento da afetividade, enquanto que a “afetividade” como conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sobre a forma de emoções<sup>133</sup> não guardaria correlação direta com o direito. Isso porque, as pessoas apesar de possuírem um estado afetivo próprio, se comportam de modo contrário ao seu real estado afetivo e isto não importa ao direito. Em verdade, as pessoas se comportam com frequência distintamente do que gostariam, pois, a sociedade exige que nos comportemos de modo adequado à preservação dos

---

<sup>131</sup> GROENINGA, 2005 *apud* SIMÃO, José Fernando. De Alexandre a Luciane? Da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido!. **Carta Forense**, São Paulo, 2 jun. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/de-alexandre-a-luciane--da-cumplicidade-pelo-abandono-ao-abandono-punido/8711>. Acesso em: 28 out. 2020. Grifo nosso.

<sup>132</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 117-119.

<sup>133</sup> FERREIRA, 2004, p. 55 *apud* SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 51.

nossos interesses e da sociedade.<sup>134</sup> Sustentado nestas premissas, o autor desenvolve a ideia de comportamento afetivo *versus* comportamento pró-afetivo:

Em suma, comportamento afetivo é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo da pessoa no momento da sua manifestação. Comportamento pró-afetivo é aquele tendente a possibilitar o surgimento e o desenvolvimento dos laços de afetividade, ainda que não correspondam aos estados afetivos ostentados no momento da prestação.<sup>135</sup>

Contribui com o tema o pensamento similar construído por Andrade:

Em primeiro lugar, considera-se necessário recordar que os deveres relacionados ao vínculo familiar não têm caráter patrimonial intrínseco, como o que permeia o vínculo obrigacional, mas esta circunstância não significa que possuam apenas natureza ética. Os deveres conjugais são passíveis de juridicidade, na medida em que seu descumprimento afeta a ordem jurídica.” [...]. Estabelecido este ponto, cumpre, porém, ponderar a noção de que os filhos teriam um direito somente ao afeto dos pais, cujo desatendimento não conduziria à indenização. Na realidade, trata-se de um direito concreto a receber influxos formadores da personalidade em todas as esferas relevantes para o desenvolvimento humano. Esta contribuição também decorre da previsão de convivência, conduta indispensável para a evolução pessoal do filho.<sup>136</sup>

Nessa ótica, se verifica que embora o Direito não possa definir qual forma de afeto pode se exigir dos pais para com seus filhos (amor, amizade, etc.) pode determinar condutas que promovam o desenvolvimento adequado da personalidade dos filhos, como o acompanhamento de seu desenvolvimento pessoal. Logo, se os genitores possuem deveres advindos da guarda e da paternidade responsável, o desenvolvimento da sua personalidade é dever que sempre lhe foi de sua atribuição.

Considerando que para Romualdo a afetividade é o conjunto das emoções do psiquismo que as pessoas desenvolvem em seus relacionamentos, advoga o autor que o direito não pode agir no comportamento afetivo dos genitores ausentes para se determinarem de modo carinhoso ou raivoso, mas sim a um comportamento pró-afetivo na aproximação entre as pessoas para ter direito a desenvolver algum modo de um relacionamento<sup>137</sup> via comportamentos pró-afetivos:

---

<sup>134</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>136</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento da relação entre responsabilidade civil e o direito de família no direito brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, p. 58-83, out./dez. 2012. p. 65 e 75 respectivamente.

<sup>137</sup> Esta é a posição de Romualdo dos Santos: “Como visto, não se trata de obrigar o pai a amar ou proibir de odiar o filho, mas simplesmente de exigir condutas que favoreçam o surgimento e o desenvolvimento dos afetos entre pais e filhos, como fator estruturante da personalidade de ambos-principalmente dos filhos”. (SANTOS, *op. cit.*, p. 125).

Não custa nada lembrar que **comportamento** afetivo é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo do agente no momento da ação, enquanto **comportamento pró-afetivo não** guarda necessariamente esta relação com sentimentos, as emoções e as paixões que dominam o psiquismo da pessoa, no instante em que se comporta. *O Direito pode exigir que alguém se comporte de determinado modo, mesmo que a conduta não corresponda ao real estado afetivo do obrigado*, como acontece, por exemplo, quando impõe que o contratante aja com lealdade e boa-fé. Também no plano dos afetos, conquanto não se possa impor a alguém que ame ou odeie determinada pessoa, pode-se exigir que apresente condutas que possibilitem o surgimento, a manutenção e o desenvolvimento dos afetos, ainda que tais condutas não correspondam exatamente ao estado afetivo, do obrigado, no momento da prestação.<sup>138</sup>

Nos ensinamentos de Lobo, se percebe que o doutrinador também explica a possível confusão capaz de ocorrer no termo afetividade considerando seu signo na psicologia e afasta tal premissa da esfera jurídica do princípio da afetividade:

Na psicopatologia, por exemplo, afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos outros objetos, compreendendo o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções, as paixões. Evidentemente, essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica. **Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes em si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutrem entre si e aos cônjuges e companheiros, enquanto durar a convivência.**<sup>139</sup>

Ricardo Calderón retira o fundamento de validade do princípio da afetividade não só na solidariedade e dignidade constitucional, mas também do CC. Considera para tal finalidade os artigos 1.593, na ideia de parentesco decorrer inclusive da socioafetividade, 1.511 da comunhão de vida do casamento e o art. 1.583, §2º na definição de quem deverá ficar com a guarda usar o afeto como critério.<sup>140</sup> Entretanto, o autor destaca que o conteúdo jurídico do princípio da afetividade é separado de sentimentos:

Uma segunda distinção possível seria entre as duas dimensões da afetividade: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva restaria vinculada ao psíquico de cada pessoa (ao afeto em si), de modo que não interessa ao direito averiguá-la. Para a seara jurídica, esta dimensão subjetiva resta implícita sempre que presente a sua dimensão objetiva. Por outro lado, **a dimensão objetiva envolve fatos da realidade concreta que permitam a constatação de uma manifestação da afetividade.** Estando presentes tais fatos indicativos (dimensão objetiva), seria possível constatar desde logo a

<sup>138</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 156, grifo nosso.

<sup>139</sup> LOBO, Paulo. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 75, grifo nosso.

<sup>140</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 53-60.

afetividade, visto que a outra esfera (dimensão subjetiva) seria sempre implícita. Ou seja, o Direito não estaria regulando sentimentos, mas sim apenas valorando fatos representativos, tidos como relevantes para o ordenamento, no caso a afetividade.

[...] Na proposta que ora se sustenta, o princípio da afetividade jurídica objetiva está presente no nosso sistema jurídico com incidência no Direito de Família brasileiro. Sua objetivação exclui da análise do Direito aspectos subjetivos da afetividade e centra sua verificação da presença de fatos signo-presuntivos que a manifestem. **Seu substrato** envolve **relações de cuidado**, entreaajuda, respeito, comunhão de vida, **convivência**, manutenção da subsistência, **educação, proteção**, carinho etc.<sup>141</sup>

No desiderato de encontrar o conteúdo jurídico da afetividade, Farias e Rosa grifam que ele deve ser afastado de qualquer compreensão sentimental; contudo, vão além do até aqui apresentado. Conhecendo os conceitos de Rodrigo Pereira e Calderón, afirmam Farias e Rosa que aqueles autores propõem consequências do princípio da afetividade, mas não o seu conceito.<sup>142</sup> A partir disto, determinam as seguintes palavras sobre o conteúdo jurídico do princípio da afetividade:

Pois bem, com um viés mais objetivo e racional, a compreensão jurídica da afetividade há de levar em conta, na verdade, as legítimas expectativas estabelecidas entre as pessoas que se unem em relações familiares. É de se estabelecer, por conseguinte, um conteúdo jurídico do afeto ligado à ética mínima que se exige, reciprocamente, das pessoas que compõem um mesmo núcleo familiar. Trata-se aqui, de uma ética comportamental baseada na alteridade, derivada de padrões objetivos e afastada de perquirições morais. Sem valorar condutas pelo prisma subjetivo, a ética da alteridade se refere à impossibilidade de se despertar em outrem expectativas juridicamente desleais, impondo a todos que compõem uma família a assunção de responsabilidades para que todos possam exercer a sua dignidade em plenitude. Equivale a dizer que a afetividade serve como base estruturante para a interpretação e aplicação das normas disciplinadoras das relações de família a partir de um prisma de empatia (*be yourself*), que sustenta a ideologia do direito à diferença.<sup>143</sup>

Vale realçar a compreensão de Farias e Rosa sobre o funcionamento do princípio da afetividade como valor juridicamente tutelável, pois, destacam que os demais autores que abordam a questão não perceberam que existem espécies de princípios e que isto reflete na forma com que o tema tem aplicação jurídica.

Reitera-se aqui as ideias de Farias e Rosa de os princípios poderem ser fundamentais, quando expressamente previstos em lei possuindo força vinculante de

<sup>141</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 143-144, grifo nosso.

<sup>142</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 159.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 159-160.

norma sendo mandados de otimização,<sup>144</sup> ou princípios gerais de direito, os quais, não possuem previsão expressa em lei nem força normativa, mas que funcionam como valores axiológicos e informativos dos demais princípios. Amparados nas lições de Ávila, ressaltam ainda, que existem os postulados normativos, os quais, tal qual os princípios gerais não estão expressamente previstos como normas, mas prescrevem modos de raciocínio das normas prescritivas de comportamentos.<sup>145</sup>

Em reforço argumentativo a essas ideias, Sarlet, Mitidiero e Marinoni<sup>146</sup> também compreendem como adequada a classificação dos princípios em gerais e fundamentais, bem como José Afonso da Silva seguindo o enfoque de Canotilho:

A partir daí podemos resumir com base em Gomes Canotilho, que os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: princípios político-constitucionais: constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema, [...] Princípios Jurídico-constitucionais: os princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais.<sup>147</sup>

Apresentado o tema, algumas distinções sobre estas classificações da norma princípio são feitas por Farias e Rosa. Primeiro passo é grifar que o princípio da afetividade não é princípio fundamental por ausência de tipo legal. Logo, para quem concorde com os ensinamentos de Ávila eles seriam postulados normativos, e para quem não concorde, princípio geral de direito. Em sequência, em que pese certa aproximação dos conceitos de princípios gerais de direito e postulados normativos, pensam os autores que o princípio da afetividade é um postulado normativo.<sup>148</sup>

Para justificar sua posição lembram Farias e Rosa que os princípios devem ser normas imediatamente finalísticas em relação ao estado de coisas que desejam

---

<sup>144</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 78. Sobre os postulados normativos, se destaca que para Ávila eles são normas de segundo grau por estruturarem a aplicação de normas (regras e princípios), de sorte que sua não observação consiste na não interpretação das normas de acordo com a sua estruturação. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88).

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>146</sup> Os autores lembram que apesar de por escolha legislativa só no título I da Constituição constar expressamente a menção à princípios fundamentais, eles estão presentes em outras partes da Constituição, inobstante a presença dos demais princípios gerais. (SARLET, Ingo, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 265-266).

<sup>147</sup> CANOTILHO, 1995, p. 177 *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92-93.

promover, o que não ocorre com o afeto (já que não há como obrigar a amar ou odiar alguém); razão pela qual deve se afastar sua estrutura de princípio porque não há na afetividade finalidade imediata (sendo postulados)<sup>149</sup>. Além da falta de previsão expressa em lei, também não poderá ser princípio fundamental, caso se considerem as teorias de Alexy<sup>150</sup> e Dworkin,<sup>151</sup> pois, para aquele, princípios são mandados de otimização que devem ser ponderados e para este, no conflito entre princípios um deve prevalecer ao outro; entretanto, ao se partir da premissa de que o afeto é presente em todas as relações de direito de família e inerente ao ser humano ele não poderia nem ser ponderado, nem afastado no choque com outro princípio. E arrematam os autores:

Ora, a simples confrontação dessas assertivas (de que o afeto seria autossuficiente para todas as normas familiaristas e valorativamente superior a qualquer outra norma, inclusive positivadas) com as ideias lançadas por qualquer das diferentes correntes da teoria dos princípios conduz à inevitável conclusão de que o afeto não é um princípio fundamental. Até mesmo porque, conforme inexorável reconhecimento, os princípios fundamentais podem ser episódica e pontualmente afastados, cedendo espaços a outros, através da técnica da ponderação de interesses (técnica de balanceamento).<sup>152</sup>

Ainda nos servindo das lições de Farias e Rosa, concluem eles que o afeto só pode ser um postulado aplicativo das normas. Reiteram os autores que na ideia de Ávila os postulados funcionam como estrutura para aplicação de outras normas:

São, pois, deveres estruturantes a serem seguidos pelo jurista para a aplicação efetiva das normas acerca de um tema – o que se enquadra com perfeição no caso da afetividade. Afinal de contas ela tende, efetivamente a servir como base estrutural necessária para interpretação e a aplicação das regras e princípios do direito das famílias, constitucionais e infraconstitucionais, servindo como meio, instrumento, e não como finalidade a ser alcançada.<sup>153</sup>

Na compreensão de Farias e Rosa, a afetividade é um postulado normativo para as normas de direito de família que tem por base a ética da alteridade (da empatia). Em seus ensinamentos é possível identificar elementos das premissas

---

<sup>148</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 83.

<sup>149</sup> ÁVILA, 2019, p. 70 *apud* FARIAS; ROSA, *op. cit.*, p. 132-137.

<sup>150</sup> ALEXY, 2017, p. 90 *apud* FARIAS; ROSA, *op. cit.* p. 137.

<sup>151</sup> DWORKIN, 2017, p. 42-43 *apud* FARIAS; ROSA, *op. cit.* p. 137.

<sup>152</sup> FARIAS; ROSA, *op. cit.*, p. 140.

<sup>153</sup> FARIAS; ROSA, *op. cit.*, p. 142.

fixadas anteriormente de que o ilícito de omissão de cuidado se relaciona com o princípio da solidariedade verificáveis com padrões objetivos, a afetividade objetiva:

No ponto, advirta-se não se trata da moral da pessoa, de conteúdo intimista (religioso, sexual, filosófico), mas da ética comportamental, alcançada pela perspectiva da inclusão do outro no campo dos direitos familiaristas. Ou seja, cuida-se daquilo que se pode aguardar a partir dos comportamentos as pessoas que compõem as relações familiares.  
[...] A ética que preenche o conteúdo da afetividade, enquanto elemento do Direito das Famílias, há de ser a ética projetada no outro, a partir de uma percepção do comportamento projetado no outro e no próximo do outro.<sup>154</sup>

Dentro dessa lógica de raciocínio, talvez o conceito doutrinário que mais se aproxime de ver o princípio da afetividade como postulado normativo é o de Rolf Madaleno: “O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.”<sup>155</sup>

Destaca-se ainda, que há projeto de lei nº. 2.285/07 (estatuto das famílias) que passaria a prever tanto a afetividade e a convivência familiar como princípios fundamentais (e expressos), mas ainda não foram aprovados:

Art. 5.º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.  
Art. 10. O parentesco resulta da consangüinidade, da socioafetividade ou da afinidade.<sup>156</sup>

Ao se observarem os deveres dos genitores do direito italiano também há a impressão de que não há uma norma determinando expressamente a afetividade como princípio fundamental.

No art. 147 do CC italiano há previsão de deveres parentais, por exemplo, para prover os meios necessários ao sustento, instrução, meios de educação. Entretanto, sob a ótica do CC de 1942, não parece que lá tivesse também expressamente o dever à convivência. Apesar de haver previsão no art. 155 inserido

<sup>154</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 24.

<sup>155</sup> Ressalta-se, contudo, que o jurista menciona “afeto”, e não “afetividade”. (MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. p. 36).

<sup>156</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **PLCD nº 2.285/07**. Dispõe sobre o estatuto das famílias. Autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em:  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6E391818416FA51B1](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E391818416FA51B1)

com a lei n. 70/2009 do direito a conviver com o filho, o contexto deste artigo é para resguardar o convívio de pais e filhos no caso de separação dos pais, e ainda dependendo isto de uma decisão judicial; o que também acaba, de certa forma, limitando seu alcance. Todavia, a lei n. 219/2012, na Itália, ao garantir direito a se relacionar (art. 315-*bis*<sup>157</sup>) reforçou o direito não só de ser mantido e educado pelos pais, mas também de ser assistido moralmente e manter relação com os parentes.<sup>158</sup>

A impressão que esta breve análise da lei civil italiana transmite é de que a afetividade não é expressa, mas tal qual a Constituição brasileira em seu art. 227, por exemplo, quando torna a convivência familiar um dever, o art. 315-*bis* do CC italiano garantiu mecanismo para dar à afetividade valor jurídico exigível.

Em síntese, compreendemos que assiste razão à Rodrigo Pereira quando advoga que a afetividade é princípio não expresso, mas decorrente dos princípios da dignidade da pessoa e da convivência familiar, às lições de Romualdo de que a afetividade - como conjunto dos afetos de como as pessoas se comportam: amor, raiva, etc. - não interessam ao direito, mas se tornam juridicamente relevantes caso considerado algo indissociável dos seres humanos, ou ainda, às ponderações de Farias e Rosa sobre o conteúdo do princípio da afetividade possuir a ideia de ética comportamental da alteridade, protegendo as expectativas das pessoas que se unem nas relações familiares pelo afeto determinando, como postulado normativo em modos de agir em cuidado para com os filhos.

Ao se unir as contribuições dos autores citados ousamos afirmar que o princípio da afetividade configura um postulado normativo (não é princípio, já que não há como ser o afeto um estado de coisas a ser promovido às pessoas). É um postulado normativo, no qual estrutura a proteção das legítimas expectativas das pessoas que se unem nas relações familiares pelo afeto, já que a afetividade, por ser intrínseco e presente em todo ser humano como conjunto de suas emoções,

---

A26E0C80CFC1D58.proposicoesWebExterno2?codteor=517043&filename=PL+2285/2007.  
Acesso em: 14 out. 2020.

<sup>157</sup> Art. 315-bis. [...] “ *Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.*” [...]. ITÁLIA. Regio Decreto nº 262, 16 marzo 1942. Codice Civile. In: ALTALEX. **Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio.** [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/della-potesta-dei-genitori>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>158</sup> LA MALFA, Gabriele Ribolla. La tutela risarcitoria per assenza del genitore, tra conferme della responsabilità civile endofamiliare e dubbi sulla coerenza del sistema. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-23, 1 ott. 2013. Disponível em: <https://www.diritto.it/la-tutela-risarcitoria-per-assenza-del-genitore->

compõe sua dignidade; e como tal, deve ser protegida via condutas objetivamente aferíveis em atos de cuidado, convivência, manutenção da subsistência e educação para auxiliar na promoção do livre desenvolvimento da personalidade.

Esclarecidos os contornos da afetividade como valor jurídico, outro ponto que precisa ser analisado dentro do comportamento ilícito como violador de deveres na parentalidade é a violação dos deveres de cuidado dos genitores.

Na busca do significado da palavra cuidado, cumpre recorrer à Boff, o qual afirma ter a origem da palavra cuidado ter vindo do latim, da palavra *coera*, significando cura e era usado no contexto das relações humanas de amor e amizade, onde cura queria expressar uma atitude de cuidado, desvelo e preocupação. Sua origem também guarda relação com a palavra “cogitação”, onde o “*cogitare-cogitatus*” seria cogitar e pensar no outro, colocar a atenção e mostrar interesse pelo outro em atitude de desvelo e preocupação<sup>159</sup>.

Complementa Boff que o cuidado teria duas dimensões: a ontológica que funciona como condição *si ne qua non*, sem a qual a pessoa deixa de ser humano; e a afetiva-antropológica, na qual, o cuidado pode se manifestar de duas formas, como atitude de desvelo (afeição), ou ainda de preocupação para com o outro.<sup>160</sup>

Sob o enfoque de cuidado como dever jurídico, a sua relação se estabelece com o conceito de dignidade humana. Isto porque é preciso considerar no conceito de dignidade a noção de natureza humana, em seu substrato animal, no qual os homens vivem em sociedade não porque são homens e livres, mas porque são animais e, como tal, precisam se relacionar com outras pessoas. Aliás, a liberdade é *condicio sine qua non* de se relacionar com outras pessoas. É este sentido de dignidade que deve ser encorajado pelo direito – de favorecer a liberdade e a autonomia da pessoa; entretanto, sob a consciência de que para viver tal liberdade, é preciso o reconhecimento do outro; de cuidar e ter responsabilidade pelos demais

---

tra-conferme-della-responsabilita-civile-endofamiliare-e-dubbi-sulla-coerenza-del-sistema/. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>159</sup> BOFF, Leonardo. O cuidado essencial: Princípio de um novo ethos. **Inclusão Social**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 28-35, out./mar. 2005. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1503>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 29.

<sup>160</sup> BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-12. p. 7-8. Prossegue ainda o autor: “O cuidado como dimensão ontológica e antropológica mostra esta vinculação de todos com todos pelo fato da reciprocidade geral e pela lógica mesma do cuidar e do ser cuidado, assumida como realidade frontal e compromisso relacional.”. *Ibid.*, p. 10.

como dimensão necessária à autodeterminação e liberdade da pessoa.<sup>161</sup> Em auxílio a essas ideias, a lição de Heloísa Barboza é oportuna:

O dever de cuidado nas relações familiares pode ser entendido como o conjunto de atos que devem ser praticados pelos integrantes da família para proteção daqueles que são suscetíveis de vulneração, em razão de suas circunstâncias individuais.<sup>162</sup>

Ainda distinguindo afeto de cuidado, sem contudo, perder o ponto de contato entre ambos afirma Barboza que o afeto por guardar relação com as emoções e estado anímico das pessoas é fator metajurídico não exigível juridicamente, mas é no dever de cuidado que a afetividade pode se manifestar objetivamente.<sup>163</sup>

Sobre o cuidado como diretriz do cumprimento dos deveres familiares, adverte Winnicot que o processo de estresse nas crianças chega por meio de duas direções: um processo interno, que pode decorrer de aspectos internos da própria psicanálise pertencente ao crescimento emocional; e o suprimento ambiental – que se contrasta com o processo interno da criança. Têm os pais o trabalho de proteger a criança do que é imprevisível e isto pode guardar relação com o estresse. Nesta idade, o estresse pode vir do fato do genitor ficar ausente por período mais extenso do que aquele o qual a criança é capaz de manter viva a imagem mental do genitor, ou sentir sua presença, por vezes chamado de “realidade psíquica interior”. A personalidade de uma criança pode ser alterada por meio da interferência ambiental e estabelecer a base para um distúrbio de caráter que não poderemos corrigir.<sup>164</sup>

Neste diapasão, caso se analise a própria nomenclatura da expressão poder familiar, é razoável que ela tenha outra significação, pois não é em si um poder, uma vez que a ideia de poder passa a impressão de domínio e em nada mais guardaria

---

<sup>161</sup> FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Dignidade: cuidar da natureza humana. *In*: PEREIRA, Tânia; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio (org.). **Cuidado e afetividade**: Projeto Brasil-Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016. p. 109-140. p. 121-124. Esta também é a opinião de Roberta Tupinambá, já que, a essência do cuidado é a preservação da integridade da própria pessoa humana. TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357-379. p. 364. Ressalta a autora que o cuidado tem valor jurídico via art. 3º da Convenção Internacional dos direitos da Criança, do qual o Brasil é signatário e o ratificou por meio do decreto nº. 99.710/90. P. 376.

<sup>162</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio (org.). **Cuidado e afetividade**: Projeto Brasil-Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016. p. 175 -191. p. 184.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>164</sup> WINNICOTT, Donald. **Conversando com os pais**. 2. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martin Fontes, 1999. p. 148-149.

relação com o contexto do atual direito de família que traz bases de isonomia e cuidado. Além disto, do poder familiar não adviriam somente direitos, mas também deveres, razão pela qual a melhor correlação a ser realizada, de acordo com Maria Sottomayor deveria ser associar o poder familiar à ideia de responsabilidade parental ou cuidado parental.<sup>165</sup>

Acrescenta-se a isso que o cuidado deve servir como estrutura aos princípios constitucionais da paternidade responsável (traz o art. 227 *caput* como deveres assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, à convivência familiar, etc.), do art. 229 (o art. 229 não usa a expressão cuidado, mas os deveres lá constantes estampam práticas do cuidar), da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e das previsões infraconstitucional do ECA e do CC.

Guarda relação também com o dever de cuidado – o dever de convivência dos genitores para os filhos, pois, isto é fundamental para a formação da sua personalidade, de sorte que não pode o direito deixar de dar resposta pelo dano provocado em virtude de abandono doloso desta convivência, cuidado e assistência, justamente porque neste espaço estará então configurado ofensa à dignidade.<sup>166</sup>

Em reforço argumentativo, consoante será demonstrado no capítulo seguinte, o já mencionado REsp paradigma do STJ sobre o reconhecimento de dano imaterial nas relações verticais de direito de família expressamente determinou os deveres parentais como deveres jurídicos de cuidado, os quais, são passíveis de análise objetiva e fazem menção aos deveres advindos do poder familiar como uma “esfera mínima de cuidado”.<sup>167</sup>

Por derradeiro, no desiderato de buscar a classificação do cuidado como conteúdo jurídico, novamente nos embasamos dos ensinamentos de Farias e Rosa, para considerar o cuidado como postulado normativo. Afinal, os autores quando afirmaram ser a afetividade um postulado normativo, advertiram que um princípio fundamental necessita de previsão legal e os princípios gerais, ainda que ausente de

---

<sup>165</sup> SOTTOMAYOR, 2003, p. 19 *apud* MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. p. 244.

<sup>166</sup> ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência parental e responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 155.

<sup>167</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em:

tipo legal, no choque entre eles seriam ponderados,<sup>168</sup> situação a qual, não caberia à afetividade. Nesse terreno, tal qual a afetividade, o cuidado não poderia ser ponderado porque, consoante Boff, é ontológico às pessoas em seu modo de ser.

Ancorados nessas premissas, compreendemos que o cuidado possui valor jurídico. Nas palavras de Heloísa Barboza já apresentadas aqui é por meio do cuidado que a afetividade se concretiza objetivamente.

Logo, compreendemos que os atos de cuidado<sup>169</sup> devem servir de estrutura no cumprimento dos deveres jurídicos decorrentes do poder familiar do CC, da solidariedade e dignidade constitucional por meio de comportamentos objetivamente aferíveis,<sup>170</sup> assim como na afetividade.

Ao se considerar essas explanações é possível ratificar o já apresentado no primeiro capítulo de que existem direitos fundamentais atingidos nos filhos pela omissão dos genitores. Observadas as nuances que envolvem a violação da afetividade e do cuidado como dever jurídico, se reiteram aqui as considerações de que a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade são afetados neste panorama de ilícito omissivo dos genitores.

Nessa linha de pensamento, cumpre a partir de então, por meio de posições doutrinárias, trazer argumentos que colaborem na comprovação de ser possível a ocorrência de danos à esfera psicológica dos filhos no contexto da omissão dos pais para com seus deveres. Neste enfoque, os ensinamentos de Boff:

É [da] singularidade do pai ensinar ao filho/filha o significado desses limites e o valor da autoridade, sem os quais não se ingressa na sociedade sem traumas. Nessa fase, o filho/filha se destaca da mãe, até não querendo mais

---

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020. p. 11, grifo nosso.

<sup>168</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 64.

<sup>169</sup> Sobre o que seriam os atos de cuidado, demonstrar-se-á na análise do REsp nº. 1.159.242 no capítulo seguinte. Entretanto, desde já, se usa das lições de Boff: “O que opõe ao cuidado e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.” (BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 33).

<sup>170</sup> Esta é a posição de Tupinambá que, assim como Cristiano Chaves e Rosa vincularam o conceito de afetividade às legítimas expectativas da relação de afeto, vincula esta ideia ao cuidado: “A boa-fé e o cuidado devem caminhar juntos, lado-a-lado [...]. Também o cuidado deve definir e impor regras de conduta e comportamentos imprescindíveis ao bom convívio social, atuando como fonte de deveres precioso ao bem-estar social e ao próprio ser humano, em termos gerais.” (TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357-379. p. 368).

lhe obedecer, e se aproxima do pai: pede para ser amado por ele e espera dele esclarecimentos para os problemas novos que enfrenta.<sup>171</sup>

Portanto, a ausência da figura do pai fará com que os filhos, no mais das vezes, se sintam inseguros em construir seus projetos de vida, diante da estrutura que o pai representa no processo de individuação da pessoa.<sup>172</sup> O ilícito omissivo dos genitores pode levar a danos psicológicos que afetem o viver dos filhos; que interfiram no desenvolvimento de suas personalidades. Sobre isto, leciona Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado **à personalidade** do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de **um direito da personalidade**, portanto. [...] Já o *fundamento desse dever de indenizar*, por certo, demanda uma *reflexão lastreada na dignidade da pessoa humana* e no correto **desenvolvimento sociopsicocultural dos filhos** [...]. O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra, por isso, os seus elementos constitutivos na **funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros**, com especial destaque para a pessoa do filho. Dessa forma, busca-se analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo tal paradigma. [...] Ora, um dos fundamentos da Constituição Federal – como já se referiu antes – estabelecido no art. 1º, inc. III, é exatamente a dignidade da pessoa humana. A manutenção dessa dignidade passa, também, pela ambiência familiar e pela possibilidade de correlação afetiva entre seus membros, para assegurá-la como bem maior que é.<sup>173</sup>  
**A ausência injustificada do pai** origina - em situações corriqueiras - **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 vínculo de afetividade.<sup>174</sup>

Reitera-se aqui, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ao assumir a condição de direito fundamental autônomo (art. 5º, §2º, CF), assegura a

<sup>171</sup> BOFF, Leonardo. **São José**: a personificação do pai. Campinas: Véus, 2005. p. 194.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 195-196.

<sup>173</sup> HIRONAKA, Giselda. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. In: PASOLD, Cesar Luiz. **Conversando com o Professor**. [S. l.], 2015. Disponível em: [http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os\\_contornos\\_juridicos\\_da\\_responsabilidade\\_afetiva.pdf](http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.pdf). Acesso em: 29 out. 2020. Grifo nosso.

<sup>174</sup> HIRONAKA, Giselda. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 141, grifo nosso.

livre formação e desenvolvimento da personalidade, a proteção da liberdade de ação individual<sup>175</sup>, direito que é violado pelo comportamento omissivo dos genitores.

Por conseguinte, o prejuízo nesta esfera da pessoa, em algum grau, causa danos à integridade psicológica, contexto o qual, compreendemos que se aplica nos danos que podem ocorrer nos filhos pela omissão parental. Quem também contribui para dissecar as consequências e danos à integridade psíquica das omissões dos genitores é Bodin de Moraes:

Novamente, buscando a ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia a tutelar os genitores o princípio da liberdade e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Dada a peculiar condição dos filhos, e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela não são titulares. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade humana se dá a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar que contém, em si, como característica essencial e definidora a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores. [...] De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória Sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança.<sup>176</sup>

Enfim, percebe-se que existem normas que se violam na omissão dos genitores e que há meios objetivamente aferíveis via os postulados normativos do cuidado e da afetividade para verificar se não houve lesão psíquica nos filhos em sua forma de viver.

Ao apresentar vozes da doutrina salientando que é possível a ocorrência de danos à integridade psicológica dos filhos em decorrência da omissão parental, se demonstrou que o tema é investigado e impacta o dano derivado da conduta omissiva parental diante de sua relevância. Com essas observações, consideramos concluída a apresentação do primeiro elemento da responsabilidade civil, passando a seguir para análise do elemento culpa.

---

<sup>175</sup> SARLET, Ingo, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 461.

### 2.2.2 Segundo elemento: culpa

Destina-se este sub-capítulo a analisar o elemento culpa da responsabilidade civil; entretanto, antes disto mister se faz justificar o porquê de sua análise. Inicialmente, alertamos que a noção de responsabilidade tem uma origem subjetiva, quando relacionada a alguma conduta dolosa ou culposa, mas também, poderá ser objetiva quando a lei assim atribuir. Corroboram para esse pensar a leitura em conjunto dos artigos 186 e 927 do CC:

Art. 186 CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados *em lei*, ou quando a *atividade* normalmente desenvolvida pelo autor do *dano implicar*, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>177</sup>

Confirma-se com a exposição desses artigos a possibilidade de existir a responsabilidade civil tanto subjetiva como objetiva em nosso ordenamento jurídico; sendo os elementos da responsabilidade subjetiva os mesmos da objetiva (ação ou omissão, nexos causal e dano) se adicionando a culpa.<sup>178</sup> É o nexo de imputação que determinará qual será a espécie de responsabilidade:

O nexo de imputação é o fundamento ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos causados ao patrimônio alheio ou a outra pessoa. Em regra, o fundamento de tal imputação é o ato ilícito, excepcionalmente, poderá haver imputação pelo risco. Isso significa que o nexo de imputação deve ser tomado em consideração para fins de definição das modalidades de responsabilidade civil, mas não de seus pressupostos. Quer dizer, o fundamento jurídico da imputação de obrigação de indenizar, que variará entre o ilícito e o risco da atividade, definirá se estaremos na seara da responsabilidade subjetiva ou objetiva. Deve ser tomado em consideração para fins de definição.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-202. p. 196.

<sup>177</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 2 jun. 2020. Grifo nosso.

<sup>178</sup> BRAGA NETTO, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 155; 159.

<sup>179</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 147.

Em auxílio na compreensão do tema de classificação da responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva é também importante registrar o porquê se afirma ocorrer em nosso art. 186 do CC uma “cláusula geral, aberta” de responsabilidade civil.

Para tal desiderato, mister se faz uma certa analogia com o comportamento ilícito dentro do direito penal. Nas ciências criminais, há a previsão exata, na maioria das vezes, do que seria conduta ilícita típica. Contudo, diferente é o direito civil quando analisa a conduta na responsabilidade civil, pois, o art. 186 CC ao mencioná-la não remete a uma única conduta específica. Sobre isto, discorrem Farias, Braga Netto e Rosenvald:

Cuida-se de uma cláusula geral de ilicitude culposa, dotada até mesmo de certo caráter pedagógico, pois enfatiza que, ao contrário do que ocorre no direito penal – no qual a antijuridicidade é sempre acrescida da tipicidade -, no direito privado os fatos ilícitos não são previamente subsumidos a moldura legal, sendo o ilícito um fenômeno cultural e contingente, por abranger quaisquer comportamentos que violem não apenas as regras, mas também os princípios e direitos fundamentais. **Sendo o art. 186 uma norma vaga e imprecisa, o poder judiciário poderá renovar as hipóteses de ilicitude conforme a dinâmica social. Ilustrativamente, o Superior Tribunal de Justiça considerou o fenômeno do abandono afetivo uma ilicitude civil sob a forma de omissão.** Não se trata de elevar o afeto categoria de obrigação – o que é uma faculdade -, mas a imposição de um dever de cuidado (criação, educação e companhia), extraído do art. 227 da Constituição Federal, como corolário da gera ou adota filhos. Em síntese, a negligência do pai no exercício desse valor jurídico objetivo se integra na cláusula geral de ilicitude.<sup>180</sup>

O que pretendemos demonstrar é que diante da inexistência de uma hipótese expressa determinando a responsabilidade civil no direito de família como objetiva, ela se insere nos casos de responsabilidade civil subjetiva, levando nestes casos, a análise da culpa e justificando sua análise neste estudo, como aponta a posição de Stolze e Pamplona Filho:

Nas relações de família, outrossim, considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco a direito a outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186, CC.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 166-167, grifo nosso.

<sup>181</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6. p. 746.

Realizados esses esclarecimentos, passamos agora a análise da culpa como elemento da responsabilidade civil mais especificadamente.

Quando a lei fala em culpa precisamos compreender que remete à culpa em sentido amplo – *lato sensu* – que engloba tanto dolo e a culpa estrita.<sup>182</sup> Desta forma, dissecando, dentro da culpa *lato sensu*, sobre o dolo é possível afirmar que seu fundo existe quando há a intenção de prejudicar outrem com seu ato. Já a culpa, em sentido estrito, indica o elemento subjetivo da conduta humana, de forma que o aspecto intrínseco do comportamento seja contrário ao dever jurídico e corresponda a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado.<sup>183</sup>

De acordo com Henri e León Mazeaud o conceito de culpa passa por dois elementos, um subjetivo (culpa em sentido estrito) e outro objetivo - a ilicitude, a qual tem suas bases no direito romano, na lei Aquília, e exigia que o dano fosse *injuria datum*, isto é, causado sem direito ou contrário ao direito. Concordando com isto Aguiar Dias afirma que, de fato, quem age conforme o direito não é responsável, pois, a responsabilidade é a sanção da violação de uma regra de direito.<sup>184</sup> Portanto, a compreensão do conceito de culpa parte do fato violador de uma obrigação, um dever pré-existente; o ato ilícito qualificado pela culpa.<sup>185</sup>

No conceito de Savatier, pensamos encontrar relação da culpa com o *neminem laedere*, pois, o autor define culpa como a não execução de um dever que o agente podia conhecer e observar e teria dois elementos, um objetivo (o dever violado) e outro subjetivo (a imputabilidade do agente).<sup>186</sup> Para Giovanni Salemi há uma relação entre psíquico humano e ato ilícito, em que no dolo há relação direta entre psíquico individual e fato ofensivo ao direito de outrem, enquanto que na culpa, o fato externo lesivo de uma norma jurídica se relaciona em um estado psíquico considerado como legítimo pelo agente, mas ilegítimo pelo direito.<sup>187</sup>

---

<sup>182</sup> É a posição majoritária de acordo com Cavaliere Filho. O autor ainda agrega a isto que há distinção neste espaço entre dolo e culpa. Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico; O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*. p. 47).

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 45-46.

<sup>184</sup> MAZEAUD; MAZEUAD, 1965, p. 489 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 123.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>186</sup> SAVATIER, 1939, p. 5 *apud* DIAS, *op. cit.*, p. 115.

<sup>187</sup> SALEMI, 1912, p. 44 *apud* DIAS, *op. cit.*, p. 24.

A propósito do tema, ressaltam Farias, Braga Netto e Rosenvald: “A conduta desejada será aquela esperada dentro de parâmetros específicos. Não existe um modelo geral de comportamento, mas diversos *standards* que conduzem a uma fragmentação da culpa cada vez mais nítida, conforme a sofisticação de cada sociedade.”<sup>188</sup>. E prosseguem: “Enfim, a transformação do papel da culpa deve ser concebida como a transposição de uma ‘culpa ética’ para uma ‘culpa social’.”<sup>189</sup>.

Dessa forma, na medida em que há uma cláusula geral de responsabilidade civil em que várias condutas podem se enquadrar neste contexto de conduta ilícita, é trabalho do judiciário e da doutrina identificar quais condutas seriam estas, quando e em que medida ocorreriam, a partir de padrões de comportamentos esperados que os indivíduos possuam no caso concreto diante de suas circunstâncias.

Essa reflexão passa por uma atual transição sobre a objetivização do conceito de culpa. De acordo com Anderson Schreiber a culpa psicológica como se fosse uma espécie de “pecado jurídico”, se preocupando com a previsibilidade do agente acerca do dano alheio ou da reprovabilidade moral da conduta, vem perdendo espaço para uma ideia de culpa objetiva. Neste ponto, a culpa passa a ser entendida como um erro de conduta analisado em concreto considerando as circunstâncias do caso e não só sob a ótica do julgador. Há também a verificação em abstrato imune a aspectos psicológicos do agente sobre um modelo geral de comportamento via comparação objetiva.<sup>190</sup> Concordam com isto Farias, Braga Netto e Rosenvald:

Essa concepção psicológica de culpa, tão arraigada em nossa experiência, vem sendo paulatinamente desconstituída por uma concepção normativa de culpa. Cogita-se de uma culpa em sentido objetivo, como instrumento de valoração em abstrato e comportamentos, no qual a conduta de um sujeito será culposa se afastada de um parâmetro prefixado, abstraindo-se das condicionantes intrínsecas do agente. [...]. A conduta desejada será aquela esperada dentro de parâmetros específicos. Não existe um modelo geral de comportamento, mas diversos *standards* que conduzem a uma fragmentação da culpa cada vez mais nítida, conforme a sofisticação da sociedade.<sup>191</sup> [...]. Enfim, a transformação do papel da culpa deve ser concebida como a transposição de uma “culpa ética” para uma “culpa social”. A noção de culpa foi progressivamente depurada dos elementos éticos individuais para se configurar em termos objetivos, como desconformidade do comportamento do agente a respeito de parâmetros que se manifestam em grau de tolerabilidade social do risco introduzida pela

---

<sup>188</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 193.

<sup>189</sup> *Ibid.*; p. 194.

<sup>190</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

<sup>191</sup> FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 192-193.

conduta do agente. Trata-se então de medir a conduta desenvolvida pelo agente com padrões objetivos.<sup>192</sup>

Aliás um dos fatores utilizados por Farias, Braga Netto e Rosenvald para identificarem a culpa foi justamente referir que o critério jurídico para a culpa ser relevante juridicamente é reagir a um ato objetivamente disforme a um padrão de conduta diligente. Utilizando-se ainda das lições deles se destaca:

Com a pluralização dos modelos de conduta e sua identificação com níveis razoáveis de diligência, será despiciendo para o exame do caso concreto se o ofensor era dotado de escasso preparo para prever o ilícito ou mínima consciência de que poderia causar danos, a não ser, evidentemente, nos casos de inimizabilidade por falta de discernimento, quando nem ao menos poderá se cogitar de ilícito. Em suma, **a célebre máxima “mas eu dei o melhor de mim, fiz o possível” já não mais servirá** para conduzir a pretensão reparatória ao julgamento de improcedência.<sup>193</sup>

Alerta-se ainda na análise da culpa mediante padrões de comportamentos objetivamente esperados pelo agente, que diferentemente do que ocorre no direito penal, na seara civil quando se vê a responsabilidade do agente a expressão “culpa” remete tanto a dolo como culpa, conforme dita o art. 186 do CC;<sup>194</sup> e isto ocorre por se compreender ser possível a ideia de cláusula geral de responsabilidade civil:

Inclusive a culpa não pode ser conduzida a um mesmo significado perante um ilícito penal ou civil. Afasta-se a unicidade e conceito, pois, na *fattispecie* penal há uma caracterização moral e pessoal da responsabilidade, caracterizado pelo brocardo *nullum crime sine culpa*, que determina um acento na busca pela *mens rea* do acusado. Porém **a atipicidade da cláusula geral de responsabilidade civil permite que a investigação da culpa no direito privado possa ser aferida por critérios objetivos**, de caráter impessoal, pela via de parâmetros sociais e figuras ideais, as quais todos abstratamente devem conformar os seus comportamentos.<sup>195</sup>

Em linhas conclusivas, se verifica que a noção de culpa aqui apresentada se relaciona com o que foi demonstrado da afetividade e do cuidado como valores jurídicos tutelados pelo direito. Salientou-se que há critérios para aferir a culpa, mesmo diante de omissão do agente frente ao dever que tinha de realizar comportamento exigido em lei; bem como, que a análise objetiva da culpa é viável a partir da verificação de comportamentos legitimamente esperados pelo responsável.

---

<sup>192</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, p.194.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 194, grifo nosso.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 199, grifo nosso.

Isso porque, diante da objetivação da culpa seria possível a identificação, ou não, de atos de cuidado e de afetividade por meio de atos objetivamente aferíveis; de forma que caso não verificáveis os atos de cuidado que a legítima expectativa de um filho teria de seus genitores, haveria uma omissão, via uma negligência (ou dolo) capaz de ser identificada como culposa e apta a causar danos.

### 2.2.3 Terceiro elemento: nexu causal

No desiderato de apresentar noções do conceito do nexu causal, inicialmente, cumpre distinguir o nexu causal do elemento culpa do agente. Tem-se no primeiro caso uma imputação objetiva (se a conduta do agente deu causa ao resultado), já no segundo caso, a culpabilidade traz uma imputação subjetiva.<sup>196</sup>

O nexu causal, portanto, por meio de imputação objetiva dos eventos fáticos, traça a função de estabelecer o limite da obrigação de indenizar. É uma averiguação se o agente deu ou não causa ao dano. Guarda o nexu causal relação com as condições em que o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de alguém; sendo, por conseguinte, um referencial entre conduta e resultado.<sup>197</sup>

Mais remotamente, bastava para a configuração da responsabilidade civil a culpa e o dano. Foi com o passar do tempo, que se aprofundou a questão da culpa vir a ser objetiva, ou não, bem como, o dano ser patrimonial, ou extrapatrimonial e o estudo do nexu causal como elemento da responsabilidade civil ensejando o desenvolvimento de teorias para melhor explicar a questão.<sup>198</sup>

Quanto as teorias clássicas do nexu causal, em apertada síntese, primeiramente se teve a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a qual, surgida em 1860 tem sua base na noção do “*si ne qua non*”, em que de acordo com esta ideia todas as condições e condutas se equivalem para serem condição da conduta lesiva. Posteriormente, veio a teoria da causalidade adequada, segundo a qual, há uma análise jurídica da causalidade, e não meramente natural, fazendo com que o julgador veja, se aquele resultado lesivo decorreu do curso das causas em um

---

<sup>196</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*. p. 63.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>198</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 468.

juízo de probabilidade. Há ainda, a teoria da causalidade direta e imediata, a qual requer que do dano sofrido pela vítima haja ligação direta e imediata à conduta do agente (art. 403 do CC). Logo, é possível concluir que não seria a culpabilidade em si que determinaria a responsabilidade, mas sim, a causalidade.<sup>199</sup>

Após essa sucinta exposição do tema do nexa causal, buscar-se-á relacioná-lo com os assuntos que envolvem essa construção teórica. Auxilia neste propósito Rodrigo Pereira ao apresentar indícios de quando se rompe o “mero aborrecimento” e da omissão parental possa se concluir pela existência de danos psíquicos:

A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da efetividade [...] *A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais*. Eles devem assumir os ônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não<sup>200</sup>. [...] *O dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito* e que tanto sofrimento causa a ponto de provocar danos à pessoa. O mau exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. *Abandonar e rejeitar um filho significa violar direitos*.<sup>201</sup>

[...] Não se pode negar que o abandono paterno ou materno (omissão) não cause dano psíquico ou até mesmo material – casos em que há tratamentos psicológicos/psiquiátricos e isso significa gastos financeiros. Não há como negar também a relação entre a conduta parental e o dano causado ao filho, caracterizando assim o nexa de causalidade.<sup>202</sup>

Nesse terreno, ancorados nas afirmações acima referidas de Rodrigo Pereira de que não há como negar a existência de relação entre o dano nos filhos e a conduta parental omissa, é que se apresentam outras teorias do nexa causal capazes de se aplicarem ao contexto deste estudo.

Salienta-se aqui, a teoria da presunção do nexa causal. Permite esta teoria certa flexibilização do nexa causal, no sentido de que, na análise lógica do julgador ao verificar as regras comuns da experiência da normalidade dos fatos, seja possível aferir relação de causalidade entre o ato lesivo e o dano.<sup>203</sup>

Outra teoria que se apresenta é a teoria da formação da circunstância danosa. Esta teoria foi criada por Pablo Frota, o qual advoga uma independência maior de probabilidade em si do dano, para permitir o nexa causal a partir da análise

<sup>199</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 469-478.

<sup>200</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 251.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 255, grifo nosso.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 256, grifo nosso.

<sup>203</sup> TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 386.

de critérios subjetivos (culpa e dolo), objetivos (riscos), de sacrifício (a existência de fatos jurídicos ilícitos ensejadores de responsabilização) e o domínio de poder fático, econômico ou social da situação.<sup>204</sup>

Na verificação de eventuais danos decorrentes da omissão parental, essas últimas teorias do nexo causal se apresentam como possíveis de serem aplicadas, pois, como explicou Rodrigo Pereira é possível inferir que diante de omissão grave dos genitores em cumprirem seus deveres ocorram danos à integridade psicológica.

Certamente, que isso deve ser considerado não só em uma “flexibilização pura” do nexo causal, pois, uma má interpretação da presunção do nexo causal pode inferir consequências prejudiciais ao contexto do caso concreto. Desta forma, também, deve ser considerando em conjunto com a dita análise das regras de experiência do julgador os critérios propostos para verificar o nexo causal da teoria da formação da circunstância danosa. Logo, parece ser possível aferir certa presunção do nexo causal no dano decorrente da omissão parental, considerando em conjunto a ideia de os genitores terem o poder de criarem o contexto danoso.

Exemplificativamente, se cita o REsp. n. 1.557.978, onde apesar de não se deferir indenização por danos imateriais pela omissão de cuidado, o precedente fixou, já na sua ementa, diretrizes para como se analisar o nexo causal no ilícito de omissão de cuidado por parte dos genitores:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO [...]. 3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> FROTA, 2014, p. 265 *apud* TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 334.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.557.978**. Civil. Recurso especial. Família. Ação de indenização. Abandono afetivo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. [...]. Relator Min. Moura Ribeiro, 3 nov, 2015. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201501879004](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501879004). Acesso em 04 abr 2021.

Também como título de contribuição, se apresenta trecho de fundamentação de decisão judicial que, embora aplicada no contexto da responsabilidade civil das empresas de fumo e seu nexos causal, mostra características destas teorias do nexos causal por último apresentadas que poderiam ser aplicadas ao tema deste estudo:

Se o dano é certo, e se estatisticamente aquele dano encontra-se ligado a determinada atividade do demandado, dentro de um grau elevado de probabilidade científica, então é mais aceitável acolher-se a pretensão condenatória, mesmo sem provas irrefutáveis, do que se deixar a vítima permanecer com o dano para o qual ela comprovadamente não deu causa.<sup>206</sup>

Pontua-se a partir disso, *mutatis mutandis*, que, se provado o dano imaterial no filho e houver dolo ou negligência do genitor em descumprir seus deveres de convivência, reiteradamente, seria possível presumir que diante da ofensa às legítimas expectativas que o filho tinha quanto aos deveres do genitor há nexos entre o dano e a omissão do parental. Assim, ainda que exista laudo psicológico atestando o dano no filho pela omissão parental e que este laudo não seja prova incontestável, o contexto fático autorizaria a presunção do nexos causal entre omissão e dano.

Grifa-se ainda sobre o nexos causal que ele tem como funções: a primordial de conferir à obrigação causa eficiente para a produção do dano e a segunda função determinar a extensão do dano.<sup>207</sup>

Na omissão dos genitores, a omissão do fazer ao qual eles são obrigados por lei pode gerar dano indenizável, sendo preciso então verificar se houve entre esta omissão e o dano nexos causal. Logo, quem permite força jurídica à omissão, para ter valor causal é a própria norma, uma vez que, por meio dela o não impedir é equiparado ao causar.<sup>208</sup> Aqui, haveria o nexos causal na omissão dos genitores.

Reitera-se nessa análise que a omissão parental dos genitores quanto aos seus deveres torna concreta a possibilidade, a depender do caso concreto, de se verificarem danos que afetem o livre desenvolvimento da personalidade dos filhos.

---

<sup>206</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Civil). **Apelação Civil nº 70059502898**. Apelação cível. Ação de reparação de danos. Tabagismo. Responsabilidade civil da indústria do fumo. [...]. Relator: Des. Eugênio Facchini Netto, 18 dez 2018. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70059502898&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 5 mar. 2021.

<sup>207</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 469-470.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 88.

Portanto, é possível identificar nas lições apresentadas neste estudo fatores que auxiliam a identificar o nexos causal entre a omissão parental e dano ocorrido. Como exemplos, se pontua Rodrigo Pereira quando explicou as consequências que podem ocorrer nas famílias em que há omissão parental (como a desestruturação que ocorre poder impactar inclusive na sociedade com aumento da violência<sup>209</sup>), ou das ideias de Groeninga sobre a omissão de cuidado não permitir que a pessoa “se humanize”<sup>210</sup>, ou ainda, como já alertado por Hironaka<sup>211</sup> sobre os efeitos de insegurança que estes filhos privados de cuidados podem ter em seu viver.

#### 2.2.4 Quarto elemento: dano

Passo inatural deste sub-capítulo é registrar o alerta de que considerando que a pesquisa visa analisar os danos extrapatrimoniais (imateriais) ocorridos na omissão dos genitores, apenas o dano imaterial será alvo de estudo.

Na difícil tarefa de conceituar o dano extrapatrimonial, cumpre inicialmente dizer o que ele não é, o distinguindo do dano patrimonial. Quanto a este apesar da noção de dano patrimonial ser atribuída à Friedrich Mommsen pela “teoria da diferença” (sendo o resultado entre o que a pessoa tinha antes e depois do ato danoso), é importante adicionar a contribuição de Savigny em separar a pessoa dos seus bens. Savigny ao dar aos bens caráter de “objeto” e, então, passíveis de proteção, fez com que o direito patrimonial fosse identificado como o poder de uma pessoa sobre seu meio e a partir disto ser efetivamente tutelado pelo direito.<sup>212</sup>

Não há no Código Civil o conceito do que seja dano. Podemos, entretanto, afirmar que este é um fato jurídico, na medida em que também integram seu conceito fatos da natureza (quando relevantes ao direito). Sobre esta possibilidade do conceito de dano haver relação com eventos da natureza, se salienta que os

---

<sup>209</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 385, grifo nosso.

<sup>210</sup> GROENINGA, Giselle. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA*, 5., 2005. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf](http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf). Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>211</sup> HIRONAKA, Giselda. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 141.

danos podem ser naturais, quando advindos das leis da física (caso em que têm relação mais próxima aos danos patrimoniais), ou jurídicos. Tem-se assim, certas abstrações para se determinar um dano por via da valoração normativa, na qual, sua configuração tem elementos de fato (o prejuízo) e de direito (a lesão jurídica).<sup>213</sup>

Vale referir na busca pelo conceito de dano os argumentos de Clóvis do Couto e Silva sobre o tema. Para o autor, o conceito de dano precisa passar pelo de interesse jurídico tutelável, pois, se a noção de dano fosse puramente física, seriam as leis da física que demonstrariam os limites do que é, ou não indenizável.<sup>214</sup>

Após breves notas sobre o que viria a ser um dano, a partir de agora, serão empreendidos esforços para conceituar o dano extrapatrimonial (imaterial). Adverte-se, que não há na lei “expressamente” um conceito de dano extrapatrimonial,<sup>215</sup> mas inferências sobre seu conceito.<sup>216</sup>

A ideia do conceito de dano extrapatrimonial no Brasil, só após nossa Constituição Federal de 1988 que efetivamente teve sua aplicação aceita (embora houvesse antes mecanismos para isto na lei n. 5.250/67). Afirma-se isto porque até então, em poucos casos se reconheciam indenizações por danos imateriais puros (sem dano patrimonial) e com valores simbólicos.<sup>217</sup> Inicialmente, prevaleceu a teoria negativista do dano extrapatrimonial, depois a eclética, em que se admitia o dano extrapatrimonial, se em conjunto, houvesse uma repercussão patrimonial; até vir a teoria positiva que acolheu o dano imaterial puro sobretudo a partir da CF 1988.<sup>218</sup>

<sup>212</sup> VON SAVIGNY, *apud* HATTENHAUER, 1987, p. 103 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 132.

<sup>213</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 244.

<sup>214</sup> SILVA, Clóvis Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 334.

<sup>215</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2020. “Art. 5º [...], V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 2 jun. 2020. Art. 186: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

<sup>216</sup> FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, *Op cit.*, p. 302.

<sup>217</sup> SILVA, *op cit.*, p. 345.

<sup>218</sup> REMÉDIO; FREITAS; LOZANO JUNIOR, 2000, p. 21 *apud* SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

Em passado não muito distante, portanto, o dano extrapatrimonial não era majoritariamente considerado como indenizável. O fundamento da negação ao dano extrapatrimonial, segundo alguns autores do século passado, era que não seria possível medir a dor, de modo que então não caberia indenização.<sup>219</sup>

No que concerne à teoria eclética (ou mista), se passou a aceitar o dano extrapatrimonial desde que acompanhado de um prejuízo material. Até meados dos anos 1960 o STF era claro sobre esta posição: “[...] não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”.<sup>220</sup> Sobre este cenário, na França, Henri e León Mazeaud já advogavam que a interpretação deve abarcar toda e qualquer indenização, da maior a menor, seja de dano patrimonial ou extrapatrimonial, pois não faria sentido se proteger o menor das perdas patrimoniais, mas não o menor dos danos morais.<sup>221</sup>

No Brasil, o *leading case* do reconhecimento do dano extrapatrimonial teria ocorrido nos anos 1960, quando o Min. Aliomar Baleeiro, em uma situação fática, na qual duas crianças foram mortas, em virtude de atropelamento de um ônibus, reconheceu este dano extrapatrimonial.

Sobre esse precedente, ressaltam Farias, Braga Netto e Rosenvald que o *quantum* indenizatório se pautou no que os pais teriam gastado na educação dos filhos até então; ou seja, o que se indenizou não foi a perda dos filhos, mas sim os gastos para com as suas educações até então. Nesta esteira, em verdade, o fundo do dano imaterial ainda era patrimonial, pois, trataram os filhos no caso narrado como patrimônio dos pais. Houve avanço posteriormente por meio da Súmula 491 do STF que reconheceu a indenização pela morte do filho, se admitindo então, também indenização pelos presumíveis ganhos futuros frustrados.<sup>222</sup>

Por conta de todos esses fatores supramencionados, é possível concluir que apesar ter havido alguns julgados anteriores à CF 1988 admitindo o dano imaterial

---

<sup>219</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 300. Trouxeram o RE 86548 que iria no sentido do exposto no texto.

<sup>220</sup> Ibid, p. 300. Comentários dos autores sobre o RE nº 11.786.

<sup>221</sup> MAZEAUD; MAZEAUD, 1965, p. 380 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 833.

<sup>222</sup> Os autores citaram as informações do RE nº. 59.940. FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 301.

puro foi efetivamente com a CF 1988, diante da sua expressa previsão no art. 5º, V e X que se solidificou o dano extrapatrimonial.<sup>223</sup>

Sucedo que mesmo diante do novo contexto que a CF de 1988 trouxe em proteger e reconhecer expressamente o dano extrapatrimonial a sua utilização ainda tinha eventos que iam na contramão da legítima efetivação dos danos imateriais.

Afirma-se isso porque, neste momento, em geral, deferir o dano imaterial ainda dependia, por vezes, da prova de algum sentimento de dor, ou negativo, ao se atingir algum elemento da personalidade. Nem mesmo a doutrina de Aguiar Dias de 1983, em época próxima à CF de 1988, fugia a este modo de pensar o dano imaterial pensando ser necessária a dor para a sua ocorrência;<sup>224</sup> ou a de Rodrigues, em 1984, o qual afirmava que a dificuldade em fixar o dano imaterial era compreender como balançar a dor sofrida e a indenização a se fixar.<sup>225</sup>

Exemplificativamente se expõe o “caso Maitê Proença”. A atriz, inicialmente, teria cedido sua imagem para uma revista mediante remuneração. No entanto, posteriormente, um jornal sem sua autorização publicou uma de suas fotos retiradas da tal revista. Diante disto, a atriz pediu indenização e teve no TJRJ seu pedido negado, porque ela era uma mulher bonita e, neste contexto, inexistiria dano extrapatrimonial, pois, uma mulher bonita não sofreria com a publicação da sua imagem; e pelo contrário, deveria era ficar feliz com a publicação da sua imagem.<sup>226</sup>

Posteriormente, o STJ no Recurso Especial (REsp) n. 270730 corrigiu a decisão do TJRJ na Apelação. Civil n. 10139/98. Todavia, diante do exemplo se comprova que, naquele momento, ainda se misturavam critérios para se deferir o dano extrapatrimonial condicionando sua configuração a sentimentos negativos conjuntamente à lesão de direitos da personalidade.

Sucedo que esse não é o melhor caminho a ser percorrido na identificação do dano extrapatrimonial, já que, existem alguns destes que independem de

---

<sup>223</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 301.

<sup>224</sup> “O dano patrimonial é quantificável; já os danos não patrimoniais, o dano moral tem dificuldade em o estabelecer porque seu conteúdo não é dinheiro, mas a dor, ou vergonha.” DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2. p. 812.

<sup>225</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 4. p. 208.

<sup>226</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (9. Vara Cível). **Apelação Cível n. 10139/98**. Uso indevido de imagem de atriz famosa. Dano moral e material. Cumulabilidade. Súmula do STJ. Critério de fixação do dano material. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 30 abr. 1999. Disponível em:

sentimentos negativos para sua ocorrência. Exemplo disto seria o dano à honra da pessoa jurídica. O art. 52 do CC admite a proteção dos seus direitos da personalidade no que couber. Nesta esteira, é possível a proteção da honra objetiva da pessoa jurídica da sua imagem, situação a qual, em nada se relaciona com a exigência de dor para se configurar dano extrapatrimonial; e neste sentido é o enunciado da Súmula 227 do STJ. Poder-se-ia ainda afirmar como outro exemplo o dano à imagem quando seu uso, ainda que feito de modo positivo, ocorrer sem a autorização da pessoa, conforme dita o enunciado 445 do CJF: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”<sup>227</sup>.

Em reforço argumentativo salientam Farias, Braga Netto e Rosenvald: “[...] ou alguém duvida em sua consciência que um estupro sofrido por uma paciente hospitalar em estado comatoso não se configure dano extrapatrimonial, mesmo que incapaz de revelar sinais de dor, mágoa ou depressão?”<sup>228</sup>

Compreendendo as contradições existentes ao conceituar o dano imaterial Maria Celina Bodin de Moraes tenta organizar os elementos de seu conceito e salienta ser possível identificar a proteção jurídica da dignidade em quatro grupos: 1. O sujeito moral reconhece a existência de outros sujeitos iguais a ele; 2. Merecedores do mesmo respeito de integridade psicofísica de que é titular; 3. Dotado de vontade livre; 4. Ser parte do grupo social.<sup>229</sup>

Prossegue Moraes afirmando que três aspectos seriam importantes na análise do dano extrapatrimonial: a sua identificação, reparação e forma de liquidação. Quanto a sua identificação ela se distingue do prejuízo patrimonial que exige a prova concreta do prejuízo; enquanto que o dano imaterial dispensa a prova de prejuízo bastando a violação a direitos da personalidade. Além disto, seria difícil comprovar o prejuízo e para ocorrer a indenização não seria preciso advir de

---

<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199800110139>. Acesso em: 26 jun. 2019. Grifo nosso.

<sup>227</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021. p. 73.

<sup>228</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.303.

<sup>229</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 85.

prejuízo nos danos imateriais, mas sim da violação de um direito.<sup>230</sup> Salieta a autora que esta seria a posição majoritária nos tribunais.<sup>231</sup> Reforçando sua posição, arremata Moraes: “A reparação do dano moral transforma-se, então na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha”<sup>232</sup>.

Nesse passo, ao encontro do advogado por Moraes de que na prova dos danos extrapatrimoniais bastaria a violação a direitos da personalidade, afirma Cavalieri Filho que a lesão do dano extrapatrimonial é *in re ipsa* decorrendo do próprio fato ilícito.<sup>233</sup> O dano imaterial é a violação à dignidade por ser a dignidade um direito subjetivo de todos os valores morais e direitos do homem.<sup>234</sup>

Importante é referir que o STJ também passou a reconhecer casos em que o dano imaterial seria *in re ipsa* ainda ao encontro das afirmações de Cavalieri Filho e Moraes. A título de exemplo, há a Súmula 403 que assim aduz: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”<sup>235</sup>.

Inobstante as conclusões de Moraes e dos demais doutrinadores até aqui elencados para alcançar um conceito mais completo sobre dano extrapatrimonial algumas outras considerações ainda precisam ser feitas.

Ao se partir dos ensinamentos de Moraes e Cavalieri Filho, por exemplo, seria possível afirmar que sempre que se violasse algum direito da personalidade o dano extrapatrimonial ocorreria e seria *in re ipsa*. Reitere-se que para Moraes o dano imaterial e a dignidade seriam duas faces da mesma moeda.

A partir disso se questiona: o conceito de dano imaterial é ligado exatamente à violação da dignidade? Essa violação seria sempre um dano *in re ipsa*?

Em resposta a isso, afirmam Farias, Braga Netto e Rosendal que o próprio STJ tem ido além do conceito de dano extrapatrimonial ser violação à dignidade, não o vinculando necessariamente a atingir um elemento da personalidade, mas também

---

<sup>230</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 147. A autora comentou o REsp nº 85.019.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 160. É o destaque feito pela autora ancorada no REsp nº 173.124.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>233</sup> CAVALIERI FILHO, 1998, p. 80 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 161.

<sup>234</sup> CAVALIERI FILHO, 1998, p. 60 *apud* MORAES, *op. cit.*, p. 132.

<sup>235</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 403**. Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 28 jan. 2021.

qualquer violação a um Direito Fundamental eleito pela CF, *in re ipsa* ou de um interesse jurídico e isto independentemente de dor (REsp n. 1.292.141). Isto porque, do contrário, estar-se-ia substituindo o subjetivismo da dor e da mágoa pelo subjetivismo da dignidade. E arrematam: “O dano Moral pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.”<sup>236</sup>.

Logo, o melhor caminho parece seguir a conclusão de Farias, Braga Netto e Rosenvald de que o conceito de dano extrapatrimonial deve passar pela tutela de um interesse existencial ligado à pessoa, e não meramente na violação de direito da personalidade. Sublinha-se que consoante destacado no início deste subcapítulo, Couto e Silva ao refletir o conceito de dano também havia percebido isto e ressaltou que é preciso não se perder de vista que o Direito protege interesses jurídicos.<sup>237</sup>

José de Aguiar Dias também analisava essa questão. Ressalta o autor que, inicialmente, a noção de dano era compreendida como a diminuição de um bem; e que “bem” seria tudo aquilo que satisfizesse uma necessidade humana, sem, contudo, englobar atributos e estado individual da pessoa, porque não são bens, mas modos de ser das pessoas. Apesar de não diferenciar o dano imaterial das suas consequências (dor, medo...), teve o autor o mérito de dar relevância ao conceito de interesse.<sup>238</sup> A situação de cada um em relação ao bem na satisfação de uma necessidade – esta situação – é o interesse; que é, portanto, relação entre homem e bem.<sup>239</sup> Esta é a posição que Carnelutti, em 1901, já observava nas palavras de Aguiar Dias: “É assim que Carnelutti define o dano como lesão de interesse. Mas explica que o direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada, isto é, contra o dano antijurídico.”<sup>240</sup>

Sobre o conceito jurídico de dano e interesse existencial violado, se usa novamente das lições de Farias, Braga Netto e Rosenvald: “Então para alcançarmos um conceito estritamente jurídico de dano devemos partir da noção de interesse. É

---

<sup>236</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 305-306.

<sup>237</sup> SILVA, Clóvis Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 334.

<sup>238</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2. p. 793.

<sup>239</sup> MINOZZI, 1901, p. 16-17 *apud* CARNELUTTI, 1930, p. 10-11 *apud* DIAS, *op. cit.*, p. 793-794.

<sup>240</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Pádua, 1930, p. 17 *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 794.

necessário examinar se há interesse jurídico na reparação. A importância da conceituação de ‘interesse’ é que ela determina a extensão do dano [...]”.<sup>241</sup>. Nessa linha de pensamento, a análise do conceito de dignidade humana e interesse violado deve ser visto de modo aberto, mas não fixo, pois seria preciso uma constante concretização pela interpretação constitucional.<sup>242</sup> Ainda arrematam os autores:

Com efeito a realização do valor do ser humano não opera exclusivamente pela atribuição de direitos subjetivos através da técnica regulamentar, *mas também mediante tutela de interesses legítimos*.

[...] Portanto o critério de seleção de danos não será aquele dado estrutural do direito subjetivo. Mas também de outros interesses que o ordenamento leva em consideração sobre vários perfis. [...] Os conceitos jurídicos são, por certo, abstrações, portanto, quando se usa a palavra dano, está-se a determinar o que é objeto de certa valoração normativa. [...] Podemos então designar *certos danos, já não mais diretos* e tangíveis, tanto em relação às pessoas como patrimônio, *mas intangíveis*, como *quebras de expectativa* ou *frustração de confiança*, invasão de privacidade, estresse emocional. Esses prejuízos etéreos já são considerados “danos” no sentido plenamente jurídico e, sendo assim, nos diferentes sistemas, são considerados reparáveis. Nesse ponto, conceituamos o dano como “a *lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela*, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”.<sup>243</sup>

Embora não se utilize da expressão “interesse jurídico”, mesmo Moraes se mostra consciente de que não só de lesão à personalidade se fazem os danos imateriais, mas também questões da dignidade, as quais, podem englobar lesões à integridade psicofísica, ou as lesões nas relações familiares abordadas aqui:

Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à lesão a um direito da personalidade, nem tampouco efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, [...].<sup>244</sup>

Por fim, ainda alertam Farias, Braga Netto e Rosenvald que presumível é a lesão, e não o dano: “Isso significa que o dano moral só pode ser presumido, ou *in re ipsa*, no plano das consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que concerne à própria demonstração da existência do dano

<sup>241</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 245.

<sup>242</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana, dimensões de dignidade, p. 34-36 *apud* FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD. *op. cit.*, p. 307.

<sup>243</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Op Cit.*, p. 246, grifo nosso. No mesmo sentido Schreiber defende que a melhor definição de dano extrapatrimonial é o considerar como dano a um interesse jurídico. (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108).

<sup>244</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 183-184.

extrapatrimonial”.<sup>245</sup> Para explicar o que seria o interesse tutelado aduz Anderson Schreiber: “O equívoco mais comum no desempenho desta tarefa tem sido o prender-se a uma perspectiva estática e abstrata do dano, que procura definir os interesses merecedores de tutela sem atenção ao conflito que concretamente se apresenta.”<sup>246</sup>.

Não bastará, portanto, para comprovar o dano alegar a violação à interesse tutelado ou à dignidade e alegação de ser dano *in re ipsa*, mas sim a prova do dano por meio de laudos capazes de determinar a existência do dano e a sua extensão.<sup>247</sup>

Ou seja, só o caso concreto mostrará o merecimento ou não de tutela de um interesse jurídico violado. Sobre isto aduzem Farias, Braga Netto e Rosenvald: “Com isso, revela-se uma faceta do dano até então desprezada pela doutrina: a de funcionar como uma espécie de cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente foi violado.”<sup>248</sup>.

Como notas finais deste capítulo, se conclui, que a responsabilidade civil na omissão parental, possui natureza *sui generis*; com modelo de responsabilidade civil subjetiva; nexos causal que adote a teoria da causalidade adequada e a causalidade presumida considerando o caso concreto e as consequências da omissão; e por fim, quanto à espécie de dano imaterial que ocorre, este será melhor abordado nos textos subsequentes, após a explicação das decisões do STJ e doutrina.

---

<sup>245</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 309.

<sup>246</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 140.

<sup>247</sup> ROSENVALD, Nelson. **O ilícito omissivo parental. As três travessias**. Disponível em: [https://18d8d7d9-f43c-4a5d-93d9-13648d3ba7b6.filesusr.com/ugd/d27320\\_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf](https://18d8d7d9-f43c-4a5d-93d9-13648d3ba7b6.filesusr.com/ugd/d27320_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf). Acesso em 07 abr 2021.

<sup>248</sup> FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 247.

### 3 DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ABANDONO PARENTAL: ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO STJ E DA DOCTRINA

Por todas as razões já apresentadas até aqui, historiado sobre como o direito de família se alterou, era questão de tempo para que os resquícios de um direito de família patrimonialista também se alterassem na relação familiar vertical; e matérias iluminadas pelo postulado normativo da afetividade, ou dos valores constitucionais da solidariedade e dignidade da pessoa humana alcançassem o judiciário.

Nessa ordem de ideias, a seguir, proceder-se-á a retrospectiva quanto aos dois precedentes que alteraram o paradigma do STJ e reconheceram a responsabilidade civil na omissão parental, se ressaltando que só serão expostos os trechos dos votos dos ministros que mais contribuíram à elucidação dos desdobramentos da problemática e do tema e analisados neste estudo.

#### 3.1 PRECEDENTES DO STJ QUE CONCEDERAM INDENIZAÇÃO PELO ILÍCITO DE OMISSÃO PARENTAL E SUA PROBLEMATIZAÇÃO

Antes de efetivamente se analisar os Recursos Especiais (REsp.) que passaram a reconhecer como indenizável os atos de omissão parental, alterando o paradigma do STJ, passo inicial é demonstrar que houve precedente negando isto.

O primeiro caso de um possível abandono parental que alcançou o STJ teria surgido, no contexto de um filho nascido em 1981, o qual, desde o divórcio dos seus pais e do nascimento de sua meia-irmã, não teve assistência psíquica ou moral, bem como, teve evitado o contato com sua meia-irmã, apesar do pai cumprir a obrigação alimentar. Este autor alegou que teve ignoradas todas as tentativas de aproximação com o pai somado isto ao seu não comparecimento em situações importantes.

Em primeiro grau, foi negado o pedido indenizatório. De acordo com a decisão se afirmou que apesar do estudo social mostrar indignação do autor não se colheu nas provas um descaso intencional do réu com a criação e formação da personalidade do autor. Com a apelação, o Tribunal de Justiça (TJ) mineiro reverteu a decisão condenando o pai a pagar indenização de R\$ 44 mil. Eis a decisão:

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra *deslocada para a afetividade*. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu

arbitrio, porque agora quem os determina é o Estado. 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 às necessidades manifestas pelos filhos** em termos, justamente, de afeto e proteção.

[...] O princípio da efetividade 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.

[...] 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**, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

[...] Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.<sup>249</sup>

Posteriormente, o STJ reverteu a decisão mineira. No voto do Min. Relator, se observa que ele tinha conhecimento de precedentes em tribunais de justiça envolvendo o abandono parental existentes até então, dentre os quais, um ele julgaria; entretanto, ao votar compreendeu que não caberia esta indenização extrapatrimonial porque seu objeto escaparia ao direito, qual seja, de obrigar a amar:

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.<sup>250</sup>

Foi só em 2012, que esse quadro se alterou no REsp. n. 1.159.242. Em apertada síntese, o caso concreto deste processo se referiu a uma autora que pedia indenização em virtude do abandono e tratamento discriminatório que seu pai passou a ter contra ela após seu genitor ter formado uma nova família; de sorte que, não quis mais vê-la, além de promover muitos privilégios aos filhos da segunda

<sup>249</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7. Câmara Civil). **Apelação Civil nº 408550-5**. Indenização danos morais - relação paterno-filial - princípio da dignidade da pessoa humana - princípio da afetividade [...]. Relator: Desembargador Unias Silva, 1 abr. 2004. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 8 set. 2020. Grifo nosso.

<sup>250</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 757.411**. Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. [...]. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 nov. 2005. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=27/03/2006](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006). Acesso em: 16 out. 2020. A questão chegou ao STF, mas o tribunal não quis julgar por compreender que não houve ofensa à CF (RE 567.164).

união, enquanto que a autora, por vezes, só recebia os alimentos mediante provocação do poder judiciário.

Como introdução à análise do REsp. n. 1.159.242, destacamos, com trecho de um voto desta decisão afirmações que ratificam o sustentado anteriormente neste estudo de ser possível a conexão entre responsabilidade civil e direito de família, bem como, ser a natureza desta responsabilidade *sui generis*:

*Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.*<sup>251</sup>

[...] Inicialmente, ressalto que, a meu sentir, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela. As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera mínima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos. De um lado, representam o aspecto mais espontâneo do humano e, de outro, tendem a causar, em aparente contradição, mais fortúnios e infortúnios do que em qualquer outra espécie de relação. Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, *a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral*, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.<sup>252</sup>

Outra questão a ser verificada é que ainda no início de seu voto no REsp. n. 1.159.242, a Min. Nancy, demonstrou conhecer questões subjetivas na demanda como o afeto, entretanto, ressaltou que existem elementos objetivos da responsabilidade civil no caso, como o vínculo biológico ou jurídico entre genitores e filhos e os deveres decorrentes desta relação; os quais, devem ter o cuidado como vetor no necessário acompanhamento do desenvolvimento psicológico do filho. Elenca a Min. Nancy, o cuidado como valor jurídico (para o desenvolvimento da personalidade) que foi violado pela omissão dos genitores do caso concreto. Para comprovar isto, a autora traz as lições de Waldon, por meio de Tânia Pereira:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser descuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de

---

<sup>251</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministro Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020. p. 5.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 42, grifo nosso.

identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar.<sup>253</sup>

Também ao encontro do já abordado neste estudo, a possibilidade de advirem danos psicológicos na omissão dos deveres parentais foi destacada pela Min. Nancy no REsp. n. 1.159.242. Segundo ela o não agir dos pais comprometerá a capacidade de o filho conviver em sociedade. Para sustentar seu entendimento usa dos ensinamentos do psicanalista Winnicott relativo à formação da criança:

[...] do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: à medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial.<sup>254</sup>

Como se depreende desta última citação da fundamentação utilizada no REsp. n. 1.159.242, a alteração da forma com que o pai passou a tratar a filha lhe causaram prejuízos emocionais que afetaram a forma do seu viver. Tal contexto, só ratifica o já elencado no capítulo inicial deste estudo de que o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é afetado diante do ilícito omissivo parental que atingiu no contexto deste REsp. a liberdade com que a filha desenvolveria sua personalidade, caso não passasse a ser tratada como “filha de segunda classe”. Em linha similar do que foi sustentado nesta construção teórica sobre o cuidado como valor jurídico, isto também é perceptível nesta decisão, em percepção destacada pela Min. Nancy Andrighi que relaciona o cuidado como valor jurídico tutelável pelo direito com os deveres decorrentes da paternidade responsável:

---

<sup>253</sup> WALDON, 2006, p. 29 *apud* PEREIRA, Tânia. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 309-334. p. 311-312.

<sup>254</sup> WINNICOTT, 2008 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministro Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020.

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, vê-se hoje em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**<sup>255</sup>

Ratificando a importância que o cuidado possui como valor jurídico, se encontra no voto da Min. Nancy do REsp. n. 1.159.242 elementos objetivamente aferíveis para verificar o cuidado como dever jurídico, mais uma vez, em linha próxima do que se sustentou nessa pesquisa no capítulo anterior:

O **cuidado**, distintamente, **é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar** pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da **avaliação de ações concretas: presença; contatos**, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, **amar é faculdade, cuidar é dever**. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. Por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese **o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado**, leia-se, **o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado** – importa em vulneração da imposição legal.<sup>256</sup>

Ainda esclarecendo os requisitos da responsabilidade civil parental no abandono parental, se traz mais um exemplo de que é possível a aferição dos deveres dos genitores por meio da análise de atos objetivamente aferíveis. O Min. Beneti em seu voto do REsp. n. 1.159.242 resumiu o que seria a responsabilidade pelo dever de cuidar; nominando condutas violadoras dos deveres dos pais:

- 1º – **Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos;**
- 2º – Não dar atenção às reclamações da filha em relação à simulação praticada;
- 3º – Falta de carinho, afeto, amor, atenção, apoio moral, nunca tendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos paternos, ajuda na escola, cultural e financeira;

<sup>255</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020. p. 10, grifo do autor.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 11, grifo nosso.

- 4º – **Falta de auxílio em despesas médicas**, escolares, abrigo, vestiário e outras;  
 5º – **Pagamento de pensão somente por via judicial**;  
 6º – **Somente** haver sido **reconhecida judicialmente** como filha.<sup>257</sup>

No que diz respeito à análise do elemento dano da responsabilidade civil no REsp. n. 1.159.242, inicialmente, se questiona se o dano imaterial do REsp poderia ser determinado *in re ipsa*, ou não. A Min. Nancy se manifestou como possível:

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. **Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuam**, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o **dano in re ipsa** e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.<sup>258</sup>

Sobre a ideia do dano *in re ipsa* no contexto do ilícito endofamiliar, vale referir as lições de Calderón, o qual advoga que, eventualmente, seria possível considerar o dano *in re ipsa* na relação vertical de direito de família, como no contexto fático do REsp. n. 1.159.242 foi afirmado. Neste julgado, a Min. Nancy advertiu em seu voto ter sido inarredável que o pai evitou o contato com a filha, praticou tratamento discriminatório em relação aos demais filhos e lesou a sua integridade imaterial; explicação, a qual, auxilia na análise do nexos causal neste julgado. Todavia, adverte Calderón que se houve momentos de contato e distanciamento seria preciso avaliar isto, pois, o ato ilícito poderia ocorrer, mas o dano, talvez, não; o que seria prudente, para não desvirtuar o direito e a responsabilidade civil em objetivo diverso do seu<sup>259</sup>:

O abandono afetivo, por sua vez, pode gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais, que decorrem da supracitada lesão à esfera pessoal da vítima. Cabe, então, averiguar, no caso concreto, a presença destes respectivos danos. Os danos patrimoniais decorrentes dessa modalidade de abandono devem ser alegados e comprovados – com o que poderão ser indenizados, inexistindo muitas dúvidas a esse respeito. Resta presente a necessidade

---

<sup>257</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministro Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020. p. 38, grifo nosso.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 14, grifo nosso.

<sup>259</sup> Nesse sentido, Calderón afirma que é possível se considerar o dano *in re ipsa* neste contexto, mas não parece ser solução mais indicada a considerar como uma regra; devendo se considerar as particularidades existenciais presentes na família. (CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 288).

de se demonstrar, conforme exposto, a ligação desses danos materiais com o abandono.<sup>260</sup> Caberá, *in casu*, ao requerente do pedido reparatório decorrente de abandono afetivo descrever quais foram as lesões à sua esfera extrapatrimonial, sendo esta tarefa essencial. Portanto, é necessária a descrição da ofensa ao direito da personalidade da vítima e da sua vinculação com a conduta reprovável do infrator. Repita-se que a demonstração deste aspecto do dano (objetivo) se restringe a comprovação da ofensa a sua esfera existencial.<sup>261</sup>

Pensamos que só a análise em concreto da causa *versus* consequência é capaz de mostrar se a violação de interesses foi evidente a ponto de a considerar *in re ipsa*, ou não, ao encontro das ideias de Calderón. Isto também advertindo que, por vezes, a busca por indenização imaterial pode trazer ações pleiteadas com fins de revanche, e não necessariamente buscando reparar um dano injusto.

Nessa esteira, a legitimidade de um representante agir em nome do filho para requerer tal indenização, bem como o tempo e as condições da omissão, são aspectos relevantes que só o caso concreto poderá fornecer ao julgador. É a verificação dos comportamentos dos genitores com critérios que poderá demonstrar, se objetivamente houve, ou não, violação do dever de cuidado e dano ao filho. Grifa-se que esta noção se alinha com o já exposto neste estudo da culpa ser analisada, a partir de *standards* de comportamento e a afetividade como postulado normativo.

Adverte Calderón que o REsp n. 1.159.242 ao considerar o dano presumível também presumiu o nexa causal: “esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício do seu dever de cuidado em relação à recorrida.”<sup>262</sup>

Cabe aqui uma reflexão sobre isso, pois, embora, por vezes, haja certa resistência do Poder Judiciário em conceder indenizações na seara do direito de família, também não é possível presumir nexa causal e o dano de modo desproporcional. É preciso ponderar o caso concreto, as consequências e o dano. O que se quer afirmar é que, embora seja possível atestar nexa causal entre omissão parental e danos extrapatrimoniais nos filhos, não parece razoável considerar que no primeiro ato de omissão parental já se configuraria um dano extrapatrimonial. É preciso considerar a análise do caso concreto.

---

<sup>260</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 282.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 279.

Ao retomar a avaliação de qual dano ocorreu no REsp. n. 1.159.242, se adverte que seja no voto da Min. Nancy, ou no voto do Min. Beneti, ou do Min. Sanseverino há alguma contradição de termos. Isso porque, em que pese estes Ministros determinem em seus votos indenização por dano imaterial, por vezes, usaram da dita expressão “abandono afetivo”, de forma que poderia ser compreendido, como se este fosse uma espécie de dano extrapatrimonial.

Considerando que ao final dos votos os Ministros definiram o dano como moral não se esconde que, possivelmente, a intenção deles era usar do “abandono afetivo” como fundamento do dano imaterial, mas justamente, na possibilidade desta contrariedade que reside uma das razões pelas quais se investiga esse tema aqui.

No voto do Min. Beneti do Resp. n. 1.159.242, ao trazer outros precedentes de indenização por omissão de pais, ele afirma categoricamente que isso seriam precedentes de “abandono afetivo”. Em outro momento, o Min. Beneti outra vez dá margem para a expressão abandono afetivo poder ser vista como dano: “Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor [...]”. Apesar disto, no momento de fixar o dano, o Min. usou a expressão “dano moral”. Confirmando o exposto até aqui, conclui o Min. Beneti em seu voto: “Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos.”<sup>263</sup>. Veja-se que o Min. ora afirma haver precedentes de indenização por abandono afetivo, mas ao fixar a indenização usa o abandono afetivo como fundamento do dano imaterial, ao encontro do afirmado aqui.

Quanto a relatora Min. Andriahi ela usa em seu voto para justificar o dano psicológico a afetividade e falta de cuidado. Todavia, em especial, se destaca o início de seu voto, pois, permite margem para entender o “abandono afetivo” como fundamento do dano imaterial, ou uma espécie de dano extrapatrimonial: “Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui

---

<sup>263</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministro Nancy Andriahi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020. p. 36-37.

elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável”<sup>264</sup>. Todavia, se sublinha que ao concluir seu voto e fixar a indenização fala em “dano moral”.

Já o Min. Sanseverino chega a conceituar o que seria abandono afetivo: “Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente o seu dever de cuidado infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho”<sup>265</sup>. Mas ao fixar o montante do dano não o qualifica: se imaterial ou afetivo.

Como fechamento do debate quanto ao dano determinado pelos ministros no REsp. n. 1.159.242, destacamos que os ministros ao decidirem determinaram a existência de dano extrapatrimonial, embora tenham usado a expressão cunhada de “abandono afetivo” como fundamento disto; entretanto, por vezes, aparentemente, deram margem para considerar o abandono afetivo como espécie de dano imaterial.

Nesse ponto se realça esta investigação, pois conforme se demonstrou no primeiro capítulo, o afeto não é um dano exigível pelo direito. Não há como obrigar um genitor a demonstrar qualidade de afeto (amor, raiva...). O que possui tutela jurídica é a afetividade como forma de desenvolvimento de relações entre as pessoas e suas personalidades, como estrutura aos deveres decorrentes do poder familiar (postulado normativo). O que se impõe é tentar a relação entre as pessoas (desenvolvimento de afetividade e atos de cuidado), mas não o afeto; e estes pontos foram considerados pelos Ministros em seus votos ao analisar objetivamente as condutas lesivas dos genitores ao não cumprirem os deveres de cuidado.

Logo, quando, por exemplo, o Min. Sanseverino chega a definir o que seria e quando ocorreria o abandono afetivo, dá a entender que isto seria uma espécie de dano extrapatrimonial, enquanto que, em verdade, deveria ficar claro que, caso se avalie juridicamente a afetividade deverá ser só como um modo de estruturar a averiguação do cumprimento dos deveres do poder familiar, bem como que o ilícito dos genitores não é a omissão de afeto, mas sim a omissão de cuidado que pode impactar no livre desenvolvimento da personalidade dos filhos.

---

<sup>264</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 abr. 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020., p. 5.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 43.

Reitera-se também as várias formas de análise objetiva do cuidado como dever jurídico elencadas pela Min. Nancy em seu voto.

Calderón ao analisar a fundamentação da Min. Nancy no REsp. n. 1.159.242, sobre a correlação entre afetividade e cuidado, ratifica o proposto aqui, do cuidado estar inserido como um dos valores jurídicos protegidos no princípio da afetividade:

[...] Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

[...] Note-se que a afirmação da própria Ministra Relatora permite perceber a estreita imbricação entre cuidado e afetividade, tornando possível afirmar que, efetivamente, o cuidado é uma das expressões da afetividade. Inegável que em algumas *fattispecie* o cuidado possa assumir destaque de tal ordem que exija uma análise detida das suas delineações. Ainda assim, restará atrelado ao significante da afetividade, que possui maior amplitude.<sup>266</sup>

Outra decisão do STJ que cabe analisar aqui é o REsp. n. 1.087.561-RS. Isto porque, neste REsp. se afirmou que o dano extrapatrimonial adviria, em especial, pelo abandono material, e não só afetivo do filho. A razão pela qual se afirmou isto é porque no contexto fático deste REsp. o pai apesar de ter grandes recursos econômicos, voluntariamente era omissos nos seus deveres paternos:

[...] Consoante se extrai da fundamentação exarada no acórdão recorrido, ficou demonstrada a ausência voluntária e injustificada do pai bem como o desprezo pela situação de penúria que vive o filho, porquanto o recorrente, apesar de ser “homem de posses, possui mais de mil hectares de terras, apartamento Copacabana-RJ e frota de veículos” (fl. 307) resiste em saldar a dívida alimentar, que apenas é cumprida “quando se aproximam as grades do cárcere” (fl. 306).<sup>267</sup>

Percebe-se que seja no REsp. n. 1.159.242 ou no REsp. n. 1.087.561, em ambas decisões há conduta omissiva de um pai que impactou no desenvolvimento psicológico dos filhos. Entretanto, no n. Resp. 1.087.561 o Min. Relator Raúl Araújo fez questão de sinalizar diferença de fundamentação ao REsp. n. 1.159.242:

<sup>266</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 178.

<sup>267</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.087.561/RS**. Recurso especial. Família. Abandono material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito. [...]. Relator: Ministro Raúl Araújo, 13 jun. 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802013280&dt\\_publicacao=18/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017). Acesso em: 20 out. 2020. p. 9.

Com isso, não se está adotando a linha de julgado da eg. Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, que admitiu a reparação de dano moral por abandono afetivo, nos termos da seguinte ementa:

[...]. Nesta oportunidade, diferentemente, leva-se em consideração, sobretudo, o dano moral causado pelo pai ao filho, em razão de abandono material. A reparação por danos morais, no presente caso, não trata, então, de "monetização das relações familiares" para penalizar os infratores "por não demonstrarem a dose necessária de amor", como entende o recorrente, mas de compensação imposta sobretudo pelo descumprimento dos deveres decorrentes do exercício do poder familiar e do dever de prestar assistência material à criança (arts. 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 e 1.634 do Código Civil de 2002; 18-A, parágrafo único, 18-B e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente).<sup>268</sup>

Apesar da intenção do Min. Relator Raúl Araújo em distinguir o REsp. n. 1.159.242 do REsp. n. 1.087.561, ainda assim, compreendemos que há elementos em comuns nos julgados. Exemplificativamente, o próprio Min. Relator Raúl Araújo para a caracterização do ilícito civil familiar construiu no REsp. n. 1.087.561-RS caminho similar ao REsp. n. 1.159.242: destacou a paternidade responsável, a convivência familiar (prestar auxílio afetivo, moral e psíquico), os deveres do poder familiar (art. 1.632 e 1.634 do CC) e os artigos 4º, 18-A, 18-B, 19 e 22 do ECA como deveres e, por conseguinte, relacionando-os com art. 186 do CC considerou as omissões do genitor como ilícitos violadores destes deveres parentais apontados:

O descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária.<sup>269</sup>

Nessa linha de pensamento, se reitera que em ambos os REsp's analisados há ilícitos endofamiliares realizados pelo genitor e que causaram danos imateriais que impactam o viver dos filhos e o direito fundamental ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

---

<sup>268</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.087.561/RS**. Recurso especial. Família. Abandono material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito. [...]. Relator: Ministro Raúl Araújo, 13 jun. 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802013280&dt\\_publicacao=18/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017). Acesso em: 20 out. 2020, p. 10-11.

<sup>269</sup>. *Ibid*, p. 9.

Para comprovar isso, apesar do foco no REsp. n. 1.087.561-RS para conferir dano imaterial ter origem em ilícito endofamiliar com dano material, também é possível compreender neste caso violações do dever de cuidar que poderiam ser causa de dano psicológico. Sobre isso em trecho de relatório do REsp. e da fundamentação da decisão de segundo grau, respectivamente, se permite provar danos ao desenvolvimento da personalidade também no REsp. n. 1.087.561-RS:

Relata que **vive em estado de miséria**, muitas vezes **sem alimentação nem vestuário adequado**, **reside em um cubículo**, não possui cama e dorme em um pedaço de esponja no chão, sendo que o pai possui 1.440 hectares de terras, onde explora plantação de arroz, imóvel na cidade do Rio de Janeiro, terrenos e várias cabeças de gado.  
 [...] Sob sua condição psíquica, o **laudo da assistente social** realizado em 23-11-2006 revela: "**Fábio tem prejuízo em sua vida diária**, acarretando **problemas em seu desenvolvimento** adequado. A situação de penúria, a dependência de terceiros, a moradia precária e as situações de estresse, que via de regra vem sofrendo, fazem parte de sua vida. Aliado a isso, a consideração de abandono emocional." (fis 153-4). Já no acórdão que confirmou a guarda à genitora fora ressaltado outro laudo revelando que 'o pai não visita o filho, não o leva para passear, não lhe dispensa alimentos '(fl. 164)." (fls. 301-302).<sup>270</sup>

A simples leitura deste último trecho do REsp. n. 1.087.561 quanto aos danos sofridos pelo filho no caso concreto ratifica o destacado desde o início deste estudo sobre o dano imaterial decorrente do ilícito da omissão de cuidado poder afetar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. No caso do REsp. n. 1.087.561-RS é inarredável que as condições de vida do filho, como não possuir nem alimentação, vestuário ou domicílio adequado, alterou a sua forma de viver e restringiu a liberdade do desenvolvimento da sua personalidade.

Constata-se então, que no Resp 1.159.242 o enfoque da conduta omissiva é o abandono dito "afetivo" (mas que, conforme explicado deve se compreender omissão de cuidado) e no Resp 1.087.561 o abandono material, em especial; o que não impede, entretanto, de observar pontos em comum nos julgados.

De fato, verificando a narrativa das condições de vida que tinha o filho no Resp. n. 1.087.561 se identifica um abandono material. No entanto, ao observar a narrativa das testemunhas presentes na fundamentação das decisões, pensamos que na inexistência de qualquer relação entre genitor e filho (sem possibilidade de desenvolver afetividade), também houve violação dos deveres de convivência, paternidade responsável via condutas objetivamente aferíveis dos postulados

normativos de cuidado e afetividade impactando em dano que atingiu o viver do filho e seu direito fundamental ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Reitera-se que dentro do raciocínio construído até aqui, o dito “abandono afetivo”, como falta de amor, não é um ilícito civil, mas sim a violação dos deveres elencados no Resp. n. 1.087.561 e falta de afetividade, no sentido de permitir relacionamento entre pai e filho promovendo adequado desenvolvimento da personalidade. Entretanto, a não identificação do Min. Raúl Araújo dos elementos em comum do REsp. n. 1.159.242 para ser suporte de estrutura da violação dos deveres parentais é ponto que consideramos contraditório com o já apresentado nesta pesquisa e a fundamentação do REsp. n. 1.159.242. Compreendemos que o abandono material (econômico) feito pelo pai no REsp n. 1.087.561 também gerou danos ao direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade como o contexto fático do REsp. n. 1.159.242 pela violação dos deveres do poder familiar e ausência de afetividade nos atos de cuidado.

Em ambos os julgados se percebe ilícitos paternos por meio da omissão de cuidado que afetam o livre desenvolvimento da personalidade dos filhos e sua forma de viver. Sobre esse uso do cuidado e da afetividade como estrutura no cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, esclarece Rodrigo Pereira:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. O afeto, no sentido de cuidado, ação, não pode faltar ao desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se fazendo o afeto para a ordem da objetividade e tirando-o do campo da subjetividade apenas. [...] A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas/maternas. A assistência moral e afetiva é, portanto, um dever jurídico, não uma faculdade, e o seu descumprimento pode caracterizar-se como um ato ilícito [...] <sup>271</sup>.  
 [...] O livre desenvolvimento da personalidade, principalmente da criança e do adolescente, é um bem jurídico e uma tutela protegida de forma especial pela Constituição Federal. O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, e a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível. <sup>272</sup>

---

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 4, grifo nosso.

<sup>271</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 103.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 387.

O que se reforçou com esta última citação de Pereira é que a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade são bens juridicamente tuteláveis, os quais, diante da omissão parental, é consequência possível de ocorrer e presente em ambos os recursos especiais até aqui retratados. Isto porque é admissível afirmar que, inclusive no REsp n. 1.0875.61-RS, o abandono material criou situações fáticas que levaram a danos capazes de impactar o viver do filho.

Ao concluir este tópico, pensamos que Rodrigo Pereira resume como o cuidado e o afeto podem influir uma conduta a ser seguida, como postulados normativos, quando determina a consequência da sua ausência<sup>273</sup>: “Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe, que abandona seu filho psiquicamente, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele.”<sup>274</sup>.

De fato, a falta de afetividade e cuidado objetivamente aferível no agir potencialmente danoso dos genitores parece estar associada à lição de Rodrigo Pereira quanto aos possíveis danos de ocorrer nos filhos.

### 3.2 DOS DANOS POSSÍVEIS DE OCORRER NA OMISSÃO PARENTAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Propõe-se o presente sub-capítulo a expor os danos que podem ocorrer na omissão parental; entretanto, antes, cumpre demonstrar quem na doutrina concorda, ou não, com a indenização decorrente da violação de deveres parentais.

Demonstra-se, primeiramente, quem não concorda com o reconhecimento do dano extrapatrimonial nas relações verticais de direito de família, justamente por compreender que isto acabaria com a relação que ainda restava. Sobre isto, se abre espaço à análise de Luciana Eick ao comentar o REsp. n. 1.159.242:

---

<sup>273</sup> Colabora dessa posição Christiano Cassetari que do Resp 1.159.242 afirma que cinco conclusões são passíveis de se obter: a um que há responsabilidade civil do direito de família, a dois que o cuidado é um valor jurídico, a três que o dano moral neste caso é *in re ipsa*, a quatro que o afeto gera uma obrigação de fazer importante para a formação psicológica do indivíduo e cinco amar é faculdade, mas cuidar é dever. (CASSETARI, Christiano. Presunção de abandono afetivo pela não realização do registro de nascimento de maneira voluntária e o dano moral *in re ipsa*. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.) **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75).

<sup>274</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 388.

Como se vê, portanto, a decisão agora tomada pelo Superior Tribunal de Justiça pode estar a concretizar, inclusive, um verdadeiro desserviço no que diz respeito à promoção daquele fim que afirma estar realizando, uma vez que a recorrência desse tipo de decisão não iria contribuir para melhorias nas relações familiares já fragilizadas, mas poderá intensificar as situações de conflito e inviabilizar de vez qualquer espécie de conciliação. Em verdade, o único resultado efetivo que esse tipo de decisão poderá gerar é o de garantir um retorno financeiro ao filho. Está-se, pois, diante de uma visão – que – provavelmente, de forma inconsciente – está apenas promovendo uma política pública de monetarização de relações familiares conflituosas, o que, em larga escala, representa, certamente, um remédio perverso para um problema social real.<sup>275</sup>

Por outro lado, voz favorável à possibilidade de indenização diante dos ilícitos de omissão parental é a de Rodrigo Pereira: “Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor e afetividade lhe seriam inerentes.”<sup>276</sup>. E arremata o autor:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. **Embora o Direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes desses sentimentos.**<sup>277</sup>

[...] Trata-se de compensação, não de ressarcimento. Não se quer atribuir um valor ou um conteúdo econômico ao afeto. Por tais razões é que não se está monetarizando o afeto. Ao contrário, admitir que somente o pagamento de pensão alimentícia é o bastante na relação entre pais e filhos é que significa tal relação. Não admitir a indenização significa admitir que os pais não são responsáveis pela criação de seus filhos.<sup>278</sup>

**Não se trata de atribuir um valor ou um conteúdo econômico ao afeto.** Admitir que somente o pagamento de pensão alimentícia é o bastante na relação entre pais e filhos é que significa monetarizar o afeto. [...] **E exatamente, por não ter como obrigar um pai ou uma mãe a amar seu filho é que se deve impor a sanção reparatória para a ausência do afeto,** entendido como ação, cuidado, repita-se.<sup>279</sup>

Compreendemos que assiste razão a quem pensa ser possível a indenização por danos extrapatrimoniais na violação dos deveres parentais. Pensamos que Rodrigo Pereira resume a questão quando afirma que não se trata de reparação, mas compensação, justamente porque não há como obrigar alguém a amar.

<sup>275</sup> EICK, Luciana Gemelli. **Abandono afetivo: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou precificação do afeto?** Porto Alegre: RJR, 2016. p. 155.

<sup>276</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 228.

<sup>277</sup> *Ibid*, p. 253.

<sup>278</sup> *Ibid*, p. 259.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 392, grifo nosso.

É de bom alvitre destacar, nesse ponto, a lição de Facchini Neto, no sentido de que, quando o bem atingido a ser indenizado for extrapatrimonial, deve se preferir falar em compensação, uma vez que, reparar reflete a ideia de restituir o lesado ao estado em que se encontrava antes do dano;<sup>280</sup> enquanto que compensar, na responsabilidade civil, remete a equilibrar os efeitos de uma perda se oferecendo em troca vantagem de cunho econômico.<sup>281</sup>

Contribui também para esse contexto compreender que a compensação de danos não é uma monetarização, mas a garantia de Direitos Fundamentais. Nesta questão, ensina Daniela Lutzky: “A reparação de danos reconhecida como um Direito Fundamental se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, as características e sentimentos da pessoa humana, à distinção da pessoa humana e dos demais seres.”<sup>282</sup>.

Logo, nestes casos, não se trata de vingança, mas sim de compensação pela privação de um bem e possibilidade que se perdeu de ter tido uma vida diferente.<sup>283</sup>

Lembram Facchini Neto e Wesendock que parte da resistência em se reconhecer a existência de danos morais nas relações familiares, talvez, seja por conta da expressão “dano moral”. Isso porque dentro destas relações já haveria particularidades de frustrações e desconfortos afetivos; de modo que, caso se visse isto como “dano moral” sua compreensão poderia ser negada, já que estes já seriam “danos” inerentes das relações familiares. Sugerem os doutrinadores então, que justamente por isto, talvez, o mais correto seria identificar se não houve dentro das relações familiares, em verdade, danos existenciais; ou seja, se identificando espécies autônomas de dano sem cair na banalização do dano extrapatrimonial.<sup>284</sup>

A partir disso, cabe uma reflexão sobre qual dano extrapatrimonial ocorre na omissão parental. Na evolução textual a seguir, demonstrar-se-á a possibilidade do dano ocorrido nas relações verticais de direito de família ser o dano existencial.

---

<sup>280</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151-198. p. 183-184.

<sup>281</sup> EICK, Luciana. **A função dissuasória e punitiva da responsabilidade civil**. Curitiba: Instituto Memória, 2020. p. 36.

<sup>282</sup> LUTZKY, Daniela. **A Reparação de danos imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*. p. 302.

<sup>283</sup> ROSALBA, Francesca. Nuove prospettive nei rapporti familiari, la figura dell'illecito endofamiliare. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-20, 27 sett. 2012. Disponível em: <https://www.diritto.it/nuove-prospettive-nei-rapporti-familiari-la-figura-dell-illecito-endofamiliare/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

No afã de compreender ainda as condutas que violam deveres nesse contexto, nos ensinamentos de Facchini Neto e Wesendonck verificamos que esses comportamentos contrários à boa-fé e a legítima expectativa que se espera dos genitores omissos, em verdade, afetam a dignidade e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade dos filhos. Além disto, afirmam os autores que na realidade, o que ocorre nestes casos é o dano existencial:

O raciocínio que pode levar à concessão de uma indenização por abandono afetivo não passa pela violação de um suposto “dever de amar”, **e sim que o abandono paterno filial pode comprometer o pleno desenvolvimento da personalidade** ser humano e, nesse sentido, violaria os direitos da personalidade (e não é demais referir: **violaria a dignidade** da pessoa humana). **É isso que justificaria a indenização.** [...] E é nessa esteira de pensamento que se pretende utilizar **o dano existencial** como fundamento da responsabilidade civil nas ações indenizatórias **nos danos decorrentes de relações familiares**, demonstrado que não é qualquer desconforto que poderá ser caracterizado como dano, mas somente os danos efetivamente sérios, capazes de alterar para pior, as condições da existência do lesado.<sup>285</sup>

Luciana Eick, apesar de ser contrária à indenização pelo dito “abandono afetivo”, compreende que a identificação de danos extrapatrimoniais nas relações afetivas é espaço no qual pertence aos danos existenciais. Inclusive, ao começar a comentar sua análise sobre REsp. n. 1.159.242, em artigo específico, assim se manifesta: “Primeiramente, cumpre ressaltar que, embora a decisão analisada assim não mencione, o instituto jurídico que autorizaria a concessão de indenização pecuniária às relações afetivas teve origem na Itália, sob a nomenclatura danno esistenziale (dano existencial).”<sup>286</sup>. Entretanto, alerta Eick que o dano existencial precisa ter relevância jurídica:

É necessário que as alterações impostas na rotina de vida da vítima sejam detentoras de relevância jurídica, que não envolvam situações frívolas. Isso porque não é qualquer alteração nos hábitos de vida que irão ensejar indenizações por danos existenciais. Mister que essas alterações se mostrem realmente relevantes.<sup>287</sup>

<sup>284</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos Existenciais: “Precificando” Lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012. p. 254.

<sup>285</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos Existenciais: “Precificando” Lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012. p. 249, grifo nosso.

<sup>286</sup> EICK, Luciana. Responsabilidade civil por abandono afetivo: Comentário ao Recurso Especial 1.159.242/SP. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 467-486, mar. 2014.

<sup>287</sup> EICK, Luciana. **Tutela da Dignidade Humana ou Precificação do afeto?**. Porto Alegre: RJR. 2016. p. 62.

Demonstrado que já existe quem sustente na doutrina a possibilidade do dano existente na omissão dos deveres parentais ser o existencial, diante desta sugestão que a pesquisa faz, cumpre explicar o que seria este dano, antes de se aprofundar.

Passo inicial para isso é tentar compreender como o sistema italiano (de onde se importou esta espécie de dano extrapatrimonial) regulamenta a questão, para então o articular com o nosso sistema jurídico procedendo as devidas considerações das diferenças entre os ordenamentos jurídicos. Adianta-se desde já, que a ideia de *danno esistenziale* decorreu do desenvolvimento de outra subespécie de dano extrapatrimonial, o dano biológico, o qual se passa a explicar.

Para a compreensão do porquê surgiu o *danno esistenziale* na Itália, passo inaugural é ver os artigos do Código Civil Italiano sobre responsabilidade civil, quais sejam: art. 2.043: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* (Cod. Pen. 185)”; e art. 2.059: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).”<sup>288</sup>.

Da leitura dos dispositivos já é possível se concluir que diferentemente do nosso sistema jurídico, o italiano tem um sistema fechado de “tipicidade” de casos de reconhecimento de responsabilidade civil, pois, só há responsabilidade nos casos previstos em lei. O art. 2.043 do CC italiano se refere aos danos patrimoniais e o art. 2.059 aos danos não patrimoniais, mas na interpretação clássica deste artigo, só nos casos em que o dano extrapatrimonial resultasse de previsão legal é que seria passível de indenização na esfera civil.<sup>289</sup> É diante desta construção normativa que se encontrava dificuldade para a reparação de danos extrapatrimoniais quando decorrentes apenas de ilícitos civis.<sup>290</sup>

Foi na década de 1970 que surgiu uma reinterpretação do sistema de responsabilidade civil italiana, para permitir também a indenização dos chamados

---

<sup>288</sup> ITÁLIA. Regio Decreto nº 262, 16 marzo 1942. Codice Civile. In: ALTALEX. **Dei fatti illeciti**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/19/dei-fatti-illeciti>. Acesso em: 4 set. 2020.

<sup>289</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 110.

<sup>290</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. In: CASTRO, Matheus de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína (org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Civis, t. 2). p. 79-118. Disponível em:

danos biológicos. Isso foi possível ao se partir da Constituição italiana e do direito à saúde nela assegurado, sendo a interpretação conforme à Constituição o meio que permitiu a tutela destes interesses jurídicos. Diante disto, se passou a compreender que, quando a integridade física de alguém fosse lesada, estar-se-ia ferindo o direito subjetivo constitucional à saúde e um dano injusto, nos moldes do art. 2.043 do CC (ou seja, ainda danos patrimoniais). O *leading case* foi a decisão do *Tribunale di Genova no caso Rocca c Ferrarese* em 25 de maio de 1974.<sup>291</sup>

Posteriormente, três razões teriam conduzido para uma crise do *danno biologico* no direito italiano: o dano biológico era limitado à saúde nos aspectos médico-legais, a necessidade de que cesse o monopólio médico legal na avaliação da lesão da integridade psicofísica se aceitando também que outros profissionais pudessem avaliar este dano, outros bens que possuísem a mesma proteção no sistema (família, assistência, solidariedade, liberdade, etc.) precisariam de tutela.<sup>292</sup>

A norma do art. 2.059 do CC italiano, embora tivesse tido extensão de sua aplicação para os danos estéticos, não seria, portanto, idônea para proteger situações que tivessem maior extensão temporal ou diversa de grau.

Ao considerar esse contexto e os precedentes dos danos biológicos, surgiram as bases para a origem do *danno esistenziale*, mas os distinguindo dos danos biológicos como danos autônomos. Sua origem teria ocorrido, na escola de Triestina, em especial na figura do prof. Paolo Cendon por meio do estudo de jurisprudências dos danos biológicos em que se identificaram casos nos quais, a rigor, não poderiam ter sido decididos sob aquele rótulo. Em artigos nos anos 1993 e 1994, é que Cendon teria criado a expressão *danno esistenziale*. A partir da metade da década de 1990, a jurisprudência italiana passou a adotá-lo abandonando a classificação tripartida de danos adotada pela Corte Constitucional Italiana em danos patrimoniais, morais e biológicos.<sup>293</sup>

---

[https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Civis\\_tomo\\_II\\_\(3\).pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie_Direitos_Fundamentais_Civis_tomo_II_(3).pdf). Acesso em: 4 mar. 2021. p. 92.

<sup>291</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012. p. 160.

<sup>292</sup> PONZARELLI, Giulio. Il Danno Esistenziale Prima Dell'Intervento Della Corte di Cassazione del 2003. In: PONZANELLI, Giulio (org.). **Il Risarcimento Integrale senza il danno esistenziale**. Pádova: CEDAM, 2007. p. 11.

<sup>293</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 170.

Destaque-se que na realidade, já em 1988, existiu um precedente daquilo que seria nominado *danno esistenziale*, mas sob outro nome: “lesão da serenidade familiar” (*danno ala serenità familiare*) consistindo no dano provocado por quem altere em medida relevante o equilíbrio familiar lesando um direito subjetivo reconhecido tal a cada um dos componentes da formação social e familiar. No caso, uma criança por falha imputável a outrem havia nascido com lesões cerebrais permanentes que obrigariam a cuidados intensos para os familiares.<sup>294</sup>

Todavia, foi só no ano de 2000, que a Corte de Cassação italiana expressamente se pronunciou pela primeira vez sobre o dano existencial na decisão de n. 7.713. Sobre isso, afirmam Facchini Neto e Ferrari:

[...] através da decisão 7.713 de 07 de junho, que analisou uma ação de um filho contra o pai pelo fato desse **não ter provido, de forma intencional**, o devido sustento da criança. A condenação do demandado se deu sob o entendimento de que a partir do comportamento omissivo do genitor criou-se um **potencial obstáculo à atividade realizadora da pessoa humana do filho**.<sup>295</sup>

Pela importância na conexão com esta pesquisa e o tema em foco iremos desdobrar trechos dessa decisão da *Corte de Cassazione* italiana. De acordo com a decisão n. 7.713/00, em 1992, o juiz penal absolveu o réu Francesco Capelletto do crime do art. 570 do CP italiano por ter deixado de sustentar seu filho Daniele Hu Cheng por meses. Considerou o juiz excluída a subsistência do crime pelo fato de que a subsistência em si do menor foi feita pela sua mãe, Donatella. Houve recurso interposto contra a absolvição do réu, mas apenas quanto a parte civil da possível condenação. Isto porque, teria ocorrido erro no julgamento ao não considerar que o estado de necessidade do menor subsiste mesmo diante da administração por meses de um só dos genitores.<sup>296</sup>

---

<sup>294</sup> MONATERI, 1988, p. 486-487 *apud* FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012. p. 170.

<sup>295</sup> SOARES, 2009 *apud* FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. *In*: CASTRO, Matheus de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína (org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Civis, t. 2). p. 79-118. Disponível em: [https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Civis\\_tomo\\_II\\_\(3\).pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie_Direitos_Fundamentais_Civis_tomo_II_(3).pdf). Acesso em: 4 mar. 2021. p. 99, grifo nosso.

<sup>296</sup> CASSANO, Giuseppe. **La giurisprudenza del danno esistenziale**. Piacenza: La Tribuna, 2002. p. 267.

Destaca-se a seguir um trecho da fundamentação da decisão n. 7.713/00 pela importância que isso permite para considerar o porquê da *Corte de Cassazione* ter mantido a condenação civil ao pai, pois, esses argumentos podem ser cotejados com as decisões já apresentadas do STJ no que diz respeito aos danos decorrentes da omissão de cuidados parentais:

[...] A prescindere infatti dalla considerazione che il pagamento pacificamente effettuato a molti anni di distanza della nascita del piccolo Daniele, sia pur di tutti gli arretrati dovuti a titolo de mantenimento non esclude residuali profili di danno patrimoniale, è assorbente comunque il rilievo che ciò che la corte veneziana, nella specie, ha inteso resarcire é **la lesione in sé, che dal comportamento del ricorrente (di iniziale ostinato refuto di corrispondere ao figlio i mezzi de sussistenza)** ne è scaturita di fondamentali diretti della persona, in particolare inerente alla qualità de figlio e di minore.<sup>297</sup>

Diante do demonstrado, é possível perceber que mesmo realizado pagamento parcial dos débitos de manutenção pelo pai ao filho, a omissão de acordo com a *Corte de Cassazione* levou a lesões cujas razões advieram do comportamento do pai em recusar a subsistência do filho um direito que seria fundamental da pessoa, em especial do filho e menor. Por conseguinte, a Corte confirmou que a lesão a direitos constitucionais, podem gerar tanto danos biológicos, como existenciais, quando afetarem a vida de relação da pessoa.<sup>298</sup>

Para fundamentar tal posição, afirmou a *Corte de Cassazione* que o art. 2º da Constituição italiana em uma interpretação constitucional do art. 2.043 do CC italiano também permite o ressarcimento não só de danos patrimoniais, mas também de todos os danos decorrentes de atividades que dificultem a realização pessoal das pessoas. Por conseguinte, afirmou ainda que sendo as normas constitucionais, normas de direitos fundamentais aplicadas diretamente aos particulares, não seria concebível limitar as lesões ocorridas no caso com fulcro no artigo 2.043 do CC italiano, rejeitando a Corte o recurso do pai quanto a decisão n. 7.713/00.<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> CASSANO, Giuseppe. **La giurisprudenza del danno esistenziale**. Piacenza: La Tribuna, 2002, 2002, p. 269, grifo nosso. Em uma tradução livre: “Independentemente no fato da consideração que o pagamento pacificamente efetuado a muitos anos do nascimento do pequeno Daniele, seja por todos os atrasos a título de manutenção não excluem residual perfil de dano patrimonial, está todavia absorvendo a evidência que aquilo que a corte veneziana, no caso, resarcuiu é a lesão em si, que do comportamento do recorrente (de uma recusa inicial em pagar ao filho os meios de subsistência) nem é o surgimento de direitos fundamentais da pessoa, em particular inerentes à qualidade de filho e menor.”.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 270.

No afã de conceituar o *danno esistenziale*, cabe ainda destacar a decisão nº 233 de 2003 da Corte Constitucional Italiana que ao buscar criar uma sistematização do tema identificou e distinguiu três danos não patrimoniais da seguinte forma:

Dano moral subjetivo sendo a perturbação do estado de ânimo da vítima, dano biológico como lesão do interesse à integridade psíquica e física da pessoa – medicamente comprovada; e o dano existencial como sendo o dano derivado da lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa.<sup>300</sup>

Nessa decisão, também se mudou o fundamento da indenização dos danos biológicos não mais com base no art. 2.043 do CC italiano, mas sim, como dano não patrimonial no art. 2.059 em uma interpretação conforme a Constituição reconhecendo, por conseguinte, os danos existenciais.<sup>301</sup>

Após esses esclarecimentos, buscar-se-á especificamente construir algumas linhas sobre o conceito de dano existencial e, para tal finalidade, se destaca a decisão n. 6.572 da Corte de Cassação italiana proferida em 24/03/2006:

[...] **por dano existencial** entende-se qualquer **prejuízo** que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, **alterando seus hábitos de vida** e sua maneira de viver socialmente, **perturbando seriamente sua rotina** diária e **privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade** no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza **não meramente emotiva** e interiorizada (própria do dano moral), mas **objetivamente constatável do dano**, através da **prova de escolhas de vida diversas** daquela que seriam feitas, **caso não tivesse ocorrido o evento** danoso.<sup>302</sup>

A partir de então, a Itália passou a ter muitas ações pedindo o reconhecimento dos danos existenciais e buscando a sua ampliação. Diante disso, em 2008, se buscou um freio a essa tentativa de ampliação que poderia se mostrar desmedida, se restringindo os danos existenciais ao afirmar que sua ocorrência não configuraria um dano autônomo, mas sim uma espécie de dano extrapatrimonial

<sup>300</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012. p. 170.

<sup>301</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. In: CASTRO, Matheus de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína (org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Civis, t. 2). p. 79-118. Disponível em: [https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Civis\\_tomo\\_II\\_\(3\).pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie_Direitos_Fundamentais_Civis_tomo_II_(3).pdf). Acesso em: 4 mar. 2021. p. 100.

<sup>302</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012, p. 171, grifo nosso.

reparável sempre que violar um direito fundamental da pessoa. Neste momento, foi possível identificar um abandono por parte da Corte da “lógica das etiquetas” na qual danos não patrimoniais seriam típicos, importando não os nomes, mas sim, a efetiva subsistência do dano em concreto e o efetivo prejuízo<sup>303</sup>.

Sobre as vozes contrárias ao reconhecimento do dano existencial no direito italiano, se apresenta também esta vertente da doutrina a partir de agora, para enriquecer a perspectiva de aplicação, ou não, deste dano.

Afirma Giulio Ponzarelli que há razões para o não uso do *danno esistenziale* no direito italiano: a um, a responsabilidade civil não pode oferecer ressarcimento a todos os danos que se verifiquem em uma determinada sociedade, a dois, reconhecer o ressarcimento do *danno esistenziale* é privilegiar demais a função compensatória da responsabilidade civil à dissuasória, a três, o *danno esistenziale* definido como uma renúncia à execução de atividades não remuneradas que são fonte de satisfação ou bem estar da parte lesada, como tal, não tem a dignidade de indenização, a quatro, manter um sistema bipolar de danos extrapatrimoniais a serem ressarcidos no direito italiano (dano moral subjetivo e biológico) manteria maior fidelidade e coerência com objetivo de dissuasão da responsabilidade civil, a cinco, a insatisfação com o modo com o qual os juízes de paz tem operado no setor do ressarcimento do dano e a seis, o dano não patrimonial é plenamente capaz de oferecer uma precisa tutela reparatória às exigências e aos interesses pelos quais é individualizada o *danno esistenziale*.<sup>304</sup>

Ainda na doutrina italiana, em sentido similar, afirma Maria Vita de Georgi que não seria necessário se reconhecer o *danno esistenziale* como espécie autônoma de dano imaterial pelo sistema bipolar de danos imateriais já ser suficiente.<sup>305</sup>

No Brasil, analisando a questão a previsão expressa aos danos existenciais apenas existe no direito do trabalho, no art. 223-B<sup>306</sup> da Consolidação das Leis

---

<sup>303</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos Existenciais: “Precificando” Lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012. p. 243.

<sup>304</sup> PONZARELLI, Giulio. Il Danno Esistenziale Prima Dell’Intervento Della Corte di Cassazione del 2003. *In*: PONZANELLI, Giulio (org.). **Il Risarcimento Integrale senza il danno esistenziale**. Pádova: CEDAM, 2007, p. 16-19.

<sup>305</sup> DE GIORGI, Maria Vita. Il danno esistenziale dopo la svolta costituzionale del 2003. *In*: PONZANELLI, Giulio (org.). **Il Risarcimento Integrale senza il danno esistenziale**. Pádova: CEDAM, 2007, p. 30.

<sup>306</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 20 out. 2020. Art. 223-B:

Trabalhistas (CLT), apesar de ser possível a sua identificação em outros ramos do direito, sob o rótulo de danos morais.<sup>307</sup>

Inobstante isso, ressaltando a seara trabalhista, quase não há precedentes de dano existencial no Brasil. Exemplificativamente, em pesquisa jurisprudencial realizada, buscando as palavras “dano” e “existencial” não se encontraram precedentes; mas, por outro lado, ao buscar expressões que trazem elementos do conceito do dano existencial, como “rotina e alteração e dano”, “cotidiano e alteração e dano”, ou “lesões e vida e alteração e dano” ou ainda “esfera existencial” e “cunho existencial” foram encontradas decisões no STJ, TJRS e TJPR.<sup>308</sup>

Um exemplo prático de um caso de dano existencial é o alertado por Flaviana Rampazzo no “caso Iruan”. Iruan, filho de mãe brasileira e pai Chinês, após a morte da mãe e com autorização da avó materna, foi para Taiwan com o pai, mas diante da morte do seu pai os familiares deste, em Taiwan, não permitiram que o menino regressasse ao Brasil, apesar das decisões do próprio poder judiciário de Taiwan assim o determinar. A família taiwanesa permitiu o acesso da imprensa sobre o caso e o menino foi submetido a imensa pressão psicológica. Diante destas profundas repercussões negativas do cotidiano de Iruan, provado estaria o dano existencial, pois, visível o prejuízo de que Iruan “não pode mais fazer” ou “não poder fazer diferente” ações em sua vida.<sup>309</sup> Em reforço argumentativo, ainda trazemos o conceito de Rampazzo sobre dano existencial:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial,

---

Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

<sup>307</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. In: CASTRO, Matheus de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína (org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Cívicos, t. 2). p. 79-118. Disponível em: [https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Civis\\_tomo\\_II\\_\(3\).pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie_Direitos_Fundamentais_Civis_tomo_II_(3).pdf). Acesso em: 4 mar. 2021. p. 103.

<sup>308</sup> FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. In: CASTRO, Matheus de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína (org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Cívicos, t. 2). p. 79-118. Disponível em: [https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Civis\\_tomo\\_II\\_\(3\).pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie_Direitos_Fundamentais_Civis_tomo_II_(3).pdf). Acesso em: 4 mar. 2021. p. 103.

<sup>309</sup> SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54-55.

permanente ou temporária, seja uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.<sup>310</sup>

Após se colocar em foco o tema do dano existencial, podemos voltar a desenvolver a possibilidade de sua importação no Brasil também na seara do direito de família. Certamente, a importação de institutos jurídicos externos requer análise da possibilidade da sua aplicação dentro do contexto do país importador, pois, do contrário poderá ser mal utilizado tornando a importação do instituto jurídico estrangeiro um erro.

Considerando as particularidades do sistema aberto para reconhecer danos imateriais no direito civil brasileiro, talvez a importação da teoria italiana do “dano existencial” não seria necessária. No entanto, pensamos que embora não necessária a sua importação, ela seria útil, pois sua aplicação traria consequências jurídicas que são pertinentes e relevantes ao direito consoante será demonstrado.

Primeiramente, antes de pensar sobre como importar normas de outros ordenamentos jurídicos, é importante se ter em mente a ideia de sistemas jurídicos e a sua aproximação, pois só entre sistemas compatíveis poder-se-ia falar em importar normas providas de outros sistemas normativos.

Sobre essa articulação entre sistemas jurídicos, explica Bobbio que sob um viés da filosofia do direito existem três conceitos de sistema jurídico: um na expressão “sistema dedutivo”, em que ordenamento é um sistema desde que todas as normas sejam derivadas de princípios gerais; um segundo conceito na ideia de jurisprudência sistemática indicando uma organização da matéria via método indutivo do conteúdo de normas singulares para construir conceitos da matéria inteira; ou ainda, sistema porque não permite coexistência de normas incompatíveis. É esta última concepção que Bobbio usa. Se em um ordenamento surgem normas incompatíveis, uma delas deve ser eliminada. Ou seja, entre as normas há relação, qual seja, a relação de compatibilidade.<sup>311</sup>

Neste diapasão, se acredita que o *danno esistenziale* do direito italiano poderia ser incorporado ao nosso ordenamento jurídico, inclusive porque, aos

---

<sup>310</sup> SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

<sup>311</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2017. p. 82-84.

poucos já vinha sendo usado na jurisprudência trabalhista no Brasil e já existe sua presença de forma expressa em nosso sistema jurídico, ao menos, na seara do Direito do Trabalho em seu art. Art. 223-B da CLT; ratificando que o *danno esistenziale* não é incompatível com o nosso sistema jurídico.

Ao retomar a argumentação já esboçada antes no direito italiano de quem seja contrário o uso do dano existencial, mas agora sob o enfoque na doutrina brasileira, compreende Flávio Tartuce que o dano existencial não é forma autônoma de dano; e dentro da realidade jurídica brasileira, um aumento dos valores de indenização extrapatrimonial resolveria a questão, ao invés da separação em outras categorias de danos.<sup>312</sup> Para reforçar sua posição, aduz que mesmo a justiça trabalhista que reconhece expressamente o dano existencial, no momento de sua fixação, acaba afirmando serem danos morais.<sup>313</sup> No mesmo sentido é a posição de José Simão, quando após contextualizar as diferenças de origem dos danos extrapatrimoniais nos sistemas italiano e brasileiro assim conclui:

Passamos a responder, então, duas perguntas importantes quando da importação de figuras estrangeiras. 1. Há peculiaridades no sistema italiano que exigem a figura do dano existencial? Sim, a restrição às hipóteses de dano mora indenizável. 2. Essas peculiaridades se verificam no Brasil? Não, porque as hipóteses de direito da personalidade que existem no Código Civil são exemplificativas e não taxativas, e todas as hipóteses de dor e sofrimento permitem a indenização por dano moral no Brasil.

A resposta à pergunta formulada no início do presente escrito é, portanto, negativa. Trata-se de um gênero e não de uma espécie autônoma. A Justiça do Trabalho, de maneira pouco técnica e simplesmente injustificada, buscou no Direito italiano tal categoria que, para um civilista, denota “política judiciária” e vazio axiológico.

A “frustração do projeto de vida”, sabe-se lá o que isso significa, se gerar sofrimento ou dor, é causa para indenização por dano moral, ou seja, algo que impeça a efetiva integração de um indivíduo à sociedade, quer seja em relações pessoais, quer seja em relações profissionais, gera tão somente dano moral ou material.<sup>314</sup>

Válidas e respeitáveis são as lições de Tartuce e Simão; não obstante um eixo de discordância é passível de ser ponderado e, em parte, a partir de seus próprios argumentos.

---

<sup>312</sup> TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 560.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 1.088. Sobre isto, o julgado do TST mencionado pelo autor é o AIRR nº. 0010947-69.2014.5.15.0038.

<sup>314</sup> SIMÃO, José Fernando. Reforma Trabalhista. Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial? Parte II. **Carta Forense**, São Paulo, 1 nov. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-ii/17949>. Acesso em: 29 out. 2020.

Isso porque, quando Tartuce afirma que não consegue ver um dano autônomo no dano existencial e que, no caso, um mero aumento indenizatório resolveria a questão, o autor, com suas próprias palavras, acaba provando que o dano existencial é autônomo; pois, ao reconhecer que, se presente esta situação merecido seria um aumento na indenização, ele reconheceu a existência, senão do dano existencial, de uma situação distinta que justifica aumentar a indenização pelo dano. Some-se a isto que Tartuce possui posição pela imprescritibilidade de se pleitear indenização pelo dito “abandono afetivo” – indo de encontro ao entendimento do STJ (tema que ganhará espaço na parte final do trabalho). Tartuce justifica esta posição, porque diante da ausência da certeza de um termo inicial para a contagem do prazo prescricional, não seria o caso de falar em prescrição.<sup>315</sup> Desta forma, ao considerar que não é possível identificar o termo inicial da prescrição nestes danos, Tartuce se aproximou da noção conceitual do dano existencial de ser um dano que altera a forma de viver da pessoa permanentemente.

Consigna-se também a análise do dano estético para contribuir com a análise dessa questão. Na reflexão sobre este dano, é notório que ele é reconhecido como uma espécie de dano extrapatrimonial capaz de ser cumulável com o dano extrapatrimonial puro. O próprio STJ autoriza a cumulação destas diferentes espécies de danos por meio da sua Súmula n. 387.<sup>316</sup> Pensamos que este contexto também se aplica ao dano existencial justificando a sua aplicação como espécie de dano extrapatrimonial.

Além disso, sobre a crítica feita por Tartuce acerca da confusão da justiça trabalhista ao fixar danos existenciais, como danos morais, isto só ratifica a necessidade de tratar o tema com maior cientificidade e a crítica cristalina de que, por vezes, os tribunais não são precisos ao especificar o porquê fixam danos imateriais, ou “meros aborrecimentos”. Esta crítica de Tartuce corrobora para um dos problemas apontados para esta pesquisa, qual seja, de analisar como o STJ tratou o dano decorrente do referido “abandono afetivo” e dissertar sobre seus elementos.

Por outro lado, concordamos que assiste razão à Simão e à Tartuce quando sustentam não ser necessário o uso do dano existencial no direito pátrio, diante das

---

<sup>315</sup> TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 954.

<sup>316</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 29 out. 2020.

diferenças de origem nos ordenamentos italiano e brasileiro e porque possuímos, aqui, a cláusula geral do dano moral.<sup>317</sup> Todavia, fazendo uso dos argumentos apresentados nos parágrafos anteriores, é que se julga possível uma reflexão, pois, embora não indispensável a sua aplicação, ela seria útil.

Reconhecer o dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial traria maior cientificidade na identificação e reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, afinal ele possui requisitos próprios e auxiliaria a reconhecer indenização imaterial quando se analisa o tema da prescrição em conjunto (consoante será explicado no último sub-capítulo).

Afirmamos isso, escudados, por exemplo, nos ensinamentos do professor Facchini Neto em aula ministrada sobre os novos danos no Mestrado da PUC/RS em sua disciplina “Direito e Sociedade”; em que foi expressamente afirmado que a importância em categorizar os danos passa tanto por auxiliar na busca em obter a justa indenização, mas também, por buscar firmar critérios jurídicos de cada dano com seus pré-requisitos.<sup>318</sup>

Em reforço argumentativo se salientam as reflexões de Calderón ao comentar o REsp. n. 1.159.242, pois, embora não afirme ser dano existencial o ocorrido neste caso, demonstra o autor aspectos que poderiam se ajustar a ocorrência deste dano:

Na esteira do já dito acima, sustenta-se que a ofensa à esfera extrapatrimonial da vítima deve ser comprovada; já os efeitos extrapatrimoniais decorrentes dessa ofensa podem ser comprovados ou presumidos. Caso exista algum efeito perceptível concretamente apenas restará ainda mais clara a ofensa à esfera existencial do lesado (como um dano psíquico decorrente do abandono afetivo: nesse exemplo se está diante de um dano extrapatrimonial decorrente da ofensa a um interesse extrapatrimonial).

---

<sup>317</sup> Sobre isso, Schreiber aponta diferenças do sistema italiano originalmente fechado com o brasileiro originalmente aberto, mas que embora diferentes na origem, se vêm se aproximando: “Por conta justamente deste caminho diferenciado, há distinções marcantes entre o sistema italiano e brasileiro na reparação de danos. Por exemplo, o direito brasileiro contempla os danos extrapatrimoniais sobre uma categoria única denominada normalmente “dano moral” expressão empregada como sinônimo de “dano não patrimonial”, ou mais raramente, “dano à pessoa”. O direito italiano, por sua vez, não conta com uma categoria única de dano extrapatrimonial, tendo sucessivas tentativas de evasão da rigidez do art. 2.059 dado margem a categorias construídas de forma autônoma, como o “*danno morale soggettivo*”, o *danno biológico* e o *danno esistenziale*.” E conclui o autor que seja o direito italiano ou o brasileiro o problema atual é identificar critérios para promover o dano não patrimonial e identificar interesses mercedores de tutela. (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 118).

<sup>318</sup> Informação fornecida por Eugênio Facchini em aula da disciplina Direito e Sociedade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 6 de junho de 2019.

[...] **É evidente que o desenvolvimento da infância e da adolescência sem o convívio afetivo paterno/materno se dá com prejuízo à integridade pessoal, à esfera da dignidade humana e aos direitos da personalidade de quem foi abandonado. A ausência de um efetivo vínculo afetivo paterno/materno deixa marcas que não podem ser mitigadas.**<sup>319</sup>

A concepção jurídica de Maria Berenice Dias auxilia a demonstrar aspectos do dano ocorrido nas relações verticais de direito de família; e apesar dela não relacionar com o dano existencial, também é possível ser retirado elementos disto em suas conclusões:

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou **a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação**. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, *a convivência dos pais com os filhos não é um direito, mas um dever*. Não há o direito de visitá-lo, mas a *obrigação de conviver com eles*. **O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento**. O sentimento de dor e de abandono **pode deixar reflexos permanentes em sua vida**.

[...] Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da *existência do dano psicológico* **deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho**. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.<sup>320</sup>

Constata-se a partir desses exemplos que os contextos fáticos dos danos ocorridos nos ilícitos endofamiliares autorizam sim a ocorrência do dano existencial por ser possível a configuração de seus pressupostos, como a alteração de hábitos e forma de viver objetivamente aferíveis.

Ratifica-se a possibilidade da importação do instituto jurídico do dano existencial, porque para Bobbio uma nova regra pode ser criada com a analogia, se a lei já existente contenha a mesma *ratio legis* da outra norma, se estendendo a nova norma.<sup>321</sup> Ou seja, há previsão de cláusula geral ao reconhecimento do dano extrapatrimonial no Brasil e, ao mesmo tempo, a possibilidade de se verificar

<sup>319</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 284; 290.

<sup>320</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. p. 138 *et seq.*, grifo nosso.

<sup>321</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2017. p. 144; 146.

espécies de dano imaterial (como o dano estético) e o dano existencial seria mais uma destas espécies de danos extrapatrimoniais.

Consigne-se sobre isso, que o uso do direito comparado tem raízes históricas. As próprias cidades gregas importavam leis umas das outras e os romanos, antes da elaboração das doze tábuas, teriam enviado uma delegação à Grécia para comparar leis.<sup>322</sup> Verifica-se que o uso do direito internacional, como ferramenta de comparação, é um caminho para auxiliar a entender e melhorar a lei.<sup>323</sup> Aliás, de acordo com René David, três seriam as utilidades em considerar o uso do direito comparado: para a investigação histórica do direito, para melhor conhecer e aperfeiçoar o direito nacional, ou ainda, para compreender os povos estrangeiros.<sup>324</sup>

Nessa linha de pensamento, caso considerado como útil a aplicação no Brasil do dano existencial, a verificação do dano que ocorre nas omissões dos genitores ser o dano existencial, ocorreria por meio de critérios mais rigorosos na sua identificação e afastaria a “vala comum do dano moral” em nosso sistema aberto de reconhecimento de danos imateriais e também permitiria aplicação útil no campo da prescrição (consoante demonstrar-se-á no sub-capítulo a seguir).

Otimizar as espécies de danos extrapatrimoniais é uma visão que guarda relação também com as lições de Juarez Freitas sobre seu conceito de sistema jurídico, o qual deve ter suas relações consideradas e expandidas, tal qual como uma rede neural do cérebro, existir uma rede entre as normas:

Em tal linha, com atenção à imprescindível e irrenunciável meta de formulação de um conceito harmônico com a racionalidade intersubjetiva e com a dialética circularidade hermenêutica, entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na constituição.<sup>325</sup>

Além disso, considerando que o dano existencial é um dano que permanentemente altera a forma de viver da vítima, pode ser usado para combater,

---

<sup>322</sup> GLENN, Patrick H. Aims of comparative Law. In: SMITS, Jan M. (org.). **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 57-65. p. 57.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 63-64.

<sup>324</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 30.

<sup>325</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.

ao menos parcialmente, a atual posição do STJ de considerar prescritível em três anos após a maioridade o dano imaterial advindo das relações familiares verticais.

De fato, nessa linha de raciocínio, a pretensão de se reparar este dano, se renova dia após dia, porque seus efeitos, diferentemente do que ocorre no dano extrapatrimonial “gênero”, se prolongam no tempo (claro, que considerando uma prova técnica que ateste isto);<sup>326</sup> e seria sim viável requerer reparação deste dano ainda que após a maioridade.

Exemplificativamente, a própria Ministra Nancy no REsp 1.159.242 afirmou que o dano do contexto fático deste REsp. causou danos permanentes no viver do autor. No caso, a filha que abruptamente teve o convívio com o genitor cortado e passou a ser tratada como “filha de segunda classe”, isto, no mínimo, é um indício de um dano existencial. Afinal, a forma de viver da pessoa foi permanentemente alterada, em um antes e um depois objetivamente aferível que não poderá mais ter o rumo normal, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

Compreendemos que tanto no REsp. n. 1.159.242 como no REsp n. 1.087.561 houve um dano ao direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade dos filhos; bem como que, ao menos no REsp. n. 1.159.242 o dano ocorrido foi o dano existencial. Isto porque, a filha abruptamente passou a ser tratada como “filha de segunda classe”, após a nova união do pai. Torna-se cristalino neste caso o preenchimento dos requisitos do dano existencial, em um antes e depois que alterou sua forma de viver objetivamente constatável, pois, esta filha teria uma vida diferente se a alteração de comportamento do genitor omissa não prejudicasse seu direito fundamental ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Ao prosseguir as lições já trazidas na análise dos elementos da responsabilidade civil, se reitera que é a ação ou a omissão, neste caso, que demonstrará o quanto este comportamento do genitor aproximará, ou não, de ser objetivamente o causador do dano sofrido pelo filho. No contexto do REsp. n.

---

<sup>326</sup> Acerca da necessidade de prova técnica para o reconhecimento de dano mora nas relações familiares horizontais explica Hironaka: “Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será 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 à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.”. HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética**

1.159.242, por exemplo, o nexo causal entre omissão e dano é objetivamente auferível, pois, como a filha passou a ser tratada como “filha de segunda classe” em detrimento da nova família do pai, há provas que autorizam sim deduzir que desta alteração do agir – para a omissão do pai, houve um dano no desenvolvimento da personalidade da filha e na sua forma de viver em não mais poder contar com o pai como antes, em uma linha natural de relação, de afetividade, que se rompeu.

Por oportuno, se sublinha que no REsp. n. 1.087.561 foi reconhecido direito à indenização por compreender que o genitor, apesar de ter possibilidade financeira, não pagou a pensão ao filho levando-o a condições de vida precárias; o que se aproxima do contexto fático da decisão n. 7.713/00 da *Corte de Cassazione* ter deferido *danno esistenziale* por compreender que o não pagar alimentos do genitor atingiu a forma de viver do filho. Inconteste, portanto, que neste caso, se não o dano existencial, ao menos, o dano ao direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade se fez presente diante da ofensa à dignidade e liberdade do viver do filho que foi limitada. Neste vértice, a lição de Madaleno demonstra nuances de deveres parentais que, se violados, poderiam se relacionar ao dano existencial:

Aliás, mostram a lógica e o bom-senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto de seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos. Pouco importa, sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais, a obrigação de exercerem a sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole, mesmo porque, um filho só crescerá saudável, através das salutares construções que importam ausência de ruptura dos vínculos socioafetivos.<sup>327</sup>

Concluídas essas reflexões doutrinárias sobre como poderia se compreender o dano extrapatrimonial decorrente da omissão parental, como tópico final desta pesquisa apresentar-se-ão algumas linhas sobre outros temas articulados aos danos decorrentes da omissão parental e que se relacionam com o até então exposto.

---

**da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 141.

<sup>327</sup> LEITE, 1997, p. 197 *apud* MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 152.

### 3.3 A PROBLEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO NAS RELAÇÕES VERTICAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA

Apresentados os principais aspectos do tema dos danos possíveis de ocorrer na omissão parental em cotejo com os precedentes do STJ que reconheceram tal possibilidade e as considerações da doutrina, cabe ainda refletir sobre outros temas laterais, mas que se relacionam com a pesquisa e ganham relevo em campo prático.

Um desses temas é o contexto da prescrição em casos concretos no objeto de estudo desta dissertação. Para tal análise, utilizar-se-á das mesmas ferramentas até então, quais sejam, expor a posição do STJ e da doutrina para posteriores conclusões.

No que concerne aos precedentes do STJ das relações verticais de direito de família e a prescrição se põe em relevo que, atualmente, o STJ optou pela rejeição do pedido de indenização no descumprimento de deveres parentais em prazo superior a três anos do evento, no caso, após a suspensão do prazo prescricional existente até a maioridade. O REsp. n. 1.579.021/RS demonstra isso:

REsp 1579021/ RS. CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.579.021/RS**. Civil direito de família. Responsabilidade civil subjetiva. Genitor. Ato ilícito. Dever jurídico inexistente. Abandono afetivo. Indenização por danos morais [...]. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 19 nov. 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017). Acesso em: 20 out. 2020.

Farias e Rosa ao dissertarem sobre a prescrição e o pedido de indenização por abandono afetivo, afirmam que o STJ se embasando na regra do art. 206, §3º do CC fixou o prazo prescricional em três anos. Todavia, os autores fazem ressalvas a esse posicionamento pela particularidade do dano em questão:

No que tange à fluência do prazo, o art. 189 da Codificação de 2002 é de clareza solar ao abraçar a teoria da *actio nata* pelo viés objetivo, ao estabelecer que os prazos extintivos se iniciam com a ocorrência da violação do direito. Como se percebe, há uma presunção (relativa) de conhecimento da lesão no momento de sua ocorrência. A peculiaridade dos prejuízos decorrentes da violação do dever de cuidado, porém, recomendam, ao nosso visto, que se obtempere a dicção legal, promovendo uma interpretação construtiva. Isso porque, muita vez, a descoberta legal das lesões só é possível tempos depois da sua concretização, através de tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, por exemplo. [...]. Lembre-se, de todo modo, que o inciso II, do art. 197 do Código Civil, literalmente, impede a contagem do prazo “entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar”. Assim, em se tratando de pedido indenizatório entre pais e filhos, somente com a cessação do poder familiar – ordinariamente, aos dezoito anos de idade – é que o lapso prescricional começa a fluir.<sup>329</sup>

Como contraponto à posição do STJ em aplicar o prazo prescricional de três anos após a maioridade para se pedir indenização na omissão parental, se grifa decisão do TJSP autorizando filhos maiores de idade a terem indenização por abandono parental. Isto porque se considerou no julgado que até os 24 anos é possível identificar certa dependência dos filhos em relação aos pais, razão pela qual, caberia ainda o pedido indenizatório. Contudo, a decisão tem por base um contexto fático de paternidade descoberta só quando o filho já tinha 22 anos, indo ao encontro do ressaltado no parágrafo anterior por Chaves e Rosa da teoria *actio nata*:

Destarte, quando da propositura da ação, a autora contava com 22 anos (fl. 14) e em que pese não estar mais sujeita ao pátrio poder, nos termos do artigo 379, do Código Civil/16, vigente à época dos fatos, certo é que, conforme predominante entendimento jurisprudencial, o auxílio dos genitores deve ser estendido até os 24 anos, época em que o filho, em geral, conclui o curso superior e possui melhores condições de ingressar no mercado de trabalho, visando obter independência financeira. Assim, nesse reportado cenário e apesar do requerido não poder ser condenado por danos morais e materiais relacionados a período anterior à declaração de paternidade, até porque antes do reconhecimento judicial do vínculo, inexistiam deveres decorrentes do poder familiar, há que se considerar que a obrigação alimentar se estenderia até os 24 anos, mormente se analisarmos que seus filhos matrimoniais atingiram o grau

---

<sup>329</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 208.

universitário, conforme informado pela sua própria testemunha Michel (fl. 180).<sup>330</sup>

No caso supramencionado da Apelação Cível. n. 0006041-21.2010.8.26.0361 (TJSP), a decisão permissiva de indenização por danos morais criou um contexto específico: embora o filho maior de idade, quando da propositura da ação, foi reconhecido que seria possível receber indenização, porque até os 24 anos poderia precisar receber auxílio dos pais. Além disto, no caso em análise, o descobrimento da paternidade foi tardio, com 22 anos.

A questão que se propõe refletir é se seria possível, em um contexto fático normal, com os filhos maiores de idade requerer indenização por abandono parental. Explicando melhor: seria possível um filho que sempre soube quem era seu pai, já com 30 anos de idade, pleitear indenização por abandono parental, mormente, quando este pai seguisse renovando seus ilícitos endofamiliares no tempo?

Em resposta a esta indagação, por exemplo, Lobo advoga que, quando os danos atingirem direitos da personalidade, sua reparação seria imprescritível:

Todavia, a prescrição em três anos da “pretensão à reparação civil diz respeito exclusivamente aos danos materiais, pois os danos morais vinculam-se aos direitos da personalidade, cuja lesão é irreparável. A compensação não tem natureza de indenização e pode ou não estar associada obrigação de fazer ou de não fazer (por exemplo, o direito de resposta – CF, Art. 5º, V). Assim, são imprescritíveis as pretensões à compensação por danos morais.<sup>331</sup>

Reitera-se, porém, que o STJ não segue essa corrente usando o filtro da prescrição, caso a ação seja ajuizada a mais de três anos do dito evento instaurador de omissão por parte do genitor, ou depois da maioridade do filho. Sobre isto, um exemplo é o REsp. nº. 1.579.021/RS.

---

<sup>330</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (9. Câmara Civil). **Apelação Cível Nº. 0006041-21.2010.8.26.0361**. Responsabilidade civil. Danos morais Filha em face do pai. Ausência de prova de que o requerido soubesse da existência da apelada desde o nascimento? Impossibilidade deste, contudo, após a propositura da demanda investigatória? Ação ajuizada em 21/09/1998 quando a autora contava com 22 anos Genitor que se esquivou de realizar o exame de DNA, prolongando o julgamento da lide até 2007 Conduta que configura abandono moral e material? Dever alimentar que, em tese, se estende até os 24 anos, momento em que, em geral, os jovens concluem curso superior Interregno de dois anos que deve ser considerado para estabelecimento do valor da indenização. Montante fixado na sentença que se mostra desarrazoado - Redução deste para R\$ 50.000,00 que se mostra consentâneo com os fatos? Verba honorária mantida Recurso do réu acolhido parcialmente e prejudicado o da autora. Relator: Desembargador Galdino Toledo Júnior, 7 jun. 2013. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6748574&cdForo=0>. Acesso em: 28 jan. 2021. p. 7-8.

<sup>331</sup> LOBO, Paulo. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 329.

Cumpra salientar que na doutrina há quem divirja disto, como Flávio Tartuce leciona quando analisa o tema: “Com o devido respeito, não estou filiado a essa forma de julgar, pois os danos decorrentes do abandono afetivo são continuados, não sendo o caso de falar em prescrição, por ausência de um termo inicial para a contagem do prazo.”<sup>332</sup>.

Nesse momento, se torna possível lembrar as menções doutrinárias trazidas no subcapítulo anterior, sobre a possibilidade do dano oriundo da omissão parental quanto aos filhos ser o *danno esistenziale*, eventualmente, a depender do caso concreto.

Observa-se aqui, uma aplicação prática disso, pois, caso se considere que o dano ocorrido nesse contexto é o dano existencial, é um dano que, salvo prova em contrário, tem potencial para se renovar, dia após dia, sendo fator que vai de encontro à prescrição trienal utilizada pelo STJ.

Para a harmonia dessa construção teórica, se faz o cotejo aqui, do que no capítulo anterior se advertiu: de que apesar das críticas de Tartuce sobre o reconhecimento do dano existencial como uma espécie autônoma de dano imaterial, quando o autor critica a posição do STJ sobre a prescrição na reivindicação indenizatória por omissão parental, traz a ideia de que isso seria possível pela dificuldade em estabelecer marco inicial desses danos (como citado neste subcapítulo)<sup>333</sup> – o que se aproxima da noção de dano existencial e contraria a sua posição de não reconhecer esta espécie de dano imaterial como autônomo.

Na jurisprudência italiana, exemplificativamente, a análise na decisão de n. 11.097/20 da *Corte di Cassazione* permite ratificar as impressões apresentadas até então neste estudo. No caso, o filho Roberto requereu ressarcimento de danos não patrimoniais contra o pai Aldo por violação de obrigações parentais. O tribunal de Livorno rejeitou o pedido, o qual após apelação persistiu rejeitado. Insurgiu-se o filho com novo recurso e cinco argumentos principais que serão expostos a seguir.<sup>334</sup>

Primeiramente, Roberto alegou que houve renúncia ao seu direito de produção probatória para o interrogatório, o que atingiu a prova do dano; mas que

---

<sup>332</sup> TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 954.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 560.

<sup>334</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione. Terza sezione. **Ordinanza nº 11.097/2020**. Relatore: Graziosi Chiara, 10 jun. 2020. Roma: Corte di Cassazione, 2020. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20200610/snciv@s30@a2020@n11097@tO.clean.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

por meio de testemunhas teria ficado comprovado que diante dos ilícitos paternos, ele passou por falta de recursos e não pode concluir seus estudos. Salientou ainda, que sentia a carência da figura paterna e as provas nos autos demonstrariam o desinteresse paterno, desde o nascimento (1970), até o momento da ação (2013) o que causava sofrimento no apelante que tentava encontrar um pai. Considerando esta omissão contínua do genitor, entre 1970 e 2013, teria ocorrido um dano contínuo e permanente, não afetado por prescrição. Logo, o fundamento prescricional para rejeitar a pretensão de Roberto não caberia.<sup>335</sup>

O segundo argumento usado pelo filho em seu recurso à Corte foi combater uma falsa inclusão do dano sofrido por Roberto no art. 2.947 como instantâneo (e prescritível), ao invés de considerar todo o período temporal como dano permanente pela ação contínua do réu em ser omissos quanto a seus deveres. Nestes termos, o ilícito de omissão seria violação sistematicamente renovada, mormente, porque no caso analisado, a omissão na relação entre pai e filho causou danos contínuos e permanentes. A prova é que mesmo no momento da apresentação do recurso teria havido recusa do pai em aceitar o filho, o que renovaria seu ilícito e o dano. O dano pedido também tem caráter existencial, porque diante da omissão parental inclusive a oportunidade em mercado de trabalho pelo filho teria sido prejudicada.<sup>336</sup>

O terceiro motivo para a apelação do filho teria sido a falta de análise das violações de obrigações parentais nos julgamentos, o quarto, a omissão de exame para que o juiz de apelo permitisse uma consulta técnica de psiquiatra como prova que reforçaria os danos que o apelante sofreu e, por fim, o quinto fundamento recursal é a incorreta aplicação do art. 2.947 por ter conhecido o dano do caso como ilícito de efeitos instantâneos e chancelando sua prescrição.<sup>337</sup>

A Corte ao decidir lembrou que é possível a regulação de relações familiares e ilícitos protegendo nelas valores constitucionais. Realçou que a própria decisão recorrida identificou violação destes valores na omissão parental, que a Carta de direitos fundamentais da União Europeia garante o direito de relação entre filho e pai e que a violação a esses deveres fundados na solidariedade afeta valores

---

<sup>335</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione. Terza sezione. **Ordinanza nº 11.097/2020**. Relatore: Graziosi Chiara, 10 jun. 2020. Roma: Corte di Cassazione, 2020. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20200610/snciv@s30@a2020@n11097@tO.clean.pdf>. p. 3-4.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p.4-5.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 5-7.

constitucionais, lembrando precedente da Corte (*sentenza* n. 5652/2012) em contexto semelhante à de Roberto de que o ilícito do pai por nunca ter reconhecido o filho causa danos irreversíveis<sup>338</sup>. Argumentou ainda que as seções unidas da Corte compreendem que o dia *a quo* do prazo prescricional não tem análise só externa, mas também considerando o caráter irreversível das diligências tomadas ou não.<sup>339</sup>

Após essas considerações, a *Corte di Cassazione* discordou do tribunal local, e compreendeu que era um caso de ilícito permanente, porque os ilícitos do genitor foram se renovando por um período relevante da vida do filho. Tanto o abandono parental como o não pagamento de alimentos eram inadimplementos nos deveres familiares que se renovaram no tempo.<sup>340</sup> Prosseguiu a Corte arguindo que o dia inicial do prazo prescricional nesses casos se verifica em cada ato que produz dano. Dessa forma, deve se observar o dano em cada momento que ele durar, observando não só a exteriorização do ato ilícito, mas a vítima e a particularidade de um dano psicológico-existencial, capaz de atingir a formação da personalidade da vítima e condicionando sua capacidade de compreensão, por afetar sua capacidade relacional pelas repercussões pessoais e sociais do dano.<sup>341</sup>

Ao ponderar essas afirmações, a Corte decidiu que o desinteresse do pai impediu uma relação positiva com o filho e o seu desenvolvimento compatível, de forma que é presente o dano a ser ressarcido. Nestes termos, a Corte cassou a decisão local quanto ao *dia quo* do dano, a falta de efetivo contraditório processual, falta de fundamentação por não considerar o desinteresse paterno no caso e considerando que em decorrência do abandono parental advieram danos psicológico-existenciais a ao filho.<sup>342</sup>

Observada essa decisão italiana, a possibilidade de, eventualmente, ocorrer dano existencial diante da violação de deveres parentais se confirma e abre oportunidade para a reflexão de sua aplicação. Caso não se considere o dano existencial ocorrido neste caso, se ressalta que todas as privações passadas por

---

<sup>338</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione. Terza sezione. **Ordinanza nº 11.097/2020**. Relatore: Graziosi Chiara, 10 jun. 2020. Roma: Corte di Cassazione, 2020. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20200610/snciv@s30@a2020@n11097@tO.clean.pdf>. p. 9-12.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 17-22.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 22-26.

Roberto na decisão de n. 11.097/20 da *Corte di Cassazione* autorizam, ao menos, concluir dano ao direito fundamental do livre desenvolvimento de sua personalidade.

Percebe-se que o dano existencial afeta as relações que fazem parte do desenvolvimento normal da pessoa, algo que não pode mais fazer, mas que, no entanto, era parte da sua rotina.<sup>343</sup> No ilícito de omissão de cuidado, a omissão não consiste em um ato isolado, mas em ilícitos que se renovam dia a dia, repercutindo, aos poucos, na desestruturação psíquica do filho,<sup>344</sup> razão pela qual, escudados, por exemplo, nos argumentos e contexto fático da decisão de n. 11.097/20 da *Corte di Cassazione* pensamos que pode haver nestes casos o dano existencial por se alterar o antes e o depois desta omissão, ou seja, do início desse contexto sem omissão até o momento em que a omissão gerou dano e responsabilidade civil.

Outro exemplo da possibilidade de o dano existencial decorrer de ilícitos endofamiliares é apresentado por Rosenvald:

Ilustrativamente, a alienação parental é um comportamento antijurídico (art. 6., lei 12.318/10) que desqualifica a figura de um dos genitores perante o filho, e, portanto, qualificado como dano moral (seja ao genitor alienado como ao filho). Entretanto, a reiteração da atividade ilícita ao longo dos anos pode resultar em uma síndrome de alienação parental. Mais do que um dano psíquico ao filho, tem-se aqui um dano à vida em relação, na medida em que resta frustrado o projeto de parentalidade.<sup>345</sup>

Sobre esse contexto, parece que há certo receio para reconhecer lapso temporal maior de prescrição pelos danos de omissão parental, mormente, quando se compara com prazos prescricionais pelo judiciário de outros temas. Não se desconhece que é preciso haver critérios para determinar uma indenização extrapatrimonial por danos decorrentes de omissão parental, e que tem por contraponto a teoria do *floodgate argument*, segundo a qual o julgador precisa considerar não só o caso isolado, mas também o impacto de sua decisão<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> LUTZKY, Daniela. **A Reparação de danos imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*. p.188.

<sup>344</sup> ROSENVALD, Nelson. **O ilícito omissivo parental. As três travessias**. Disponível em: [https://18d8d7d9-f43c-4a5d-93d9-13648d3ba7b6.filesusr.com/ugd/d27320\\_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf](https://18d8d7d9-f43c-4a5d-93d9-13648d3ba7b6.filesusr.com/ugd/d27320_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf). Acesso em 07 abr 2021.

<sup>345</sup> ROSENVALD, Nelson. **Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/12/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em 07 abr 2021.

<sup>346</sup> Sobre o tema, ver referências na Apelação Civil n. 70068037969. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Civil) **Apelação Civil nº 70068037969**. Apelação cível. Responsabilidade civil. [...]. Relator: Eugênio Facchini Neto, 29 jun. 2016. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta->

Entretanto, parece que esse cuidado do julgador é maior no direito de família, pois, o mesmo STJ que sustenta o prazo prescricional de três anos para se pleitear indenização por omissão parental, confere prazo prescricional à reparação de danos advindos de descumprimento de obrigações contratuais de dez anos. Para exemplificar, se citam os embargos de divergência em Recurso Especial de n. 1.280.825/RJ e o REsp. n. 1.705.306/RS.

Essa maior cautela em permitir tutelas indenizatórias decorrentes de ilícitos endofamiliares também é possível se constatar na Itália. Uma das possíveis razões disto, estaria atrelado também a concepções históricas e sociais, pois, a concepção de família patriarcal também se fazia presente fortemente lá, de modo que, sendo a presença do pai considera superior à da mulher e dos filhos, sua vontade deveria prevalecer. Em momento mais remoto, teria havido até uma imunidade quanto ao assunto e a relação conjugal não era levada ao juiz.<sup>347</sup>

Inobstante isso, por um lado se reconhece a utilidade do instituto jurídico da prescrição, para conferir margem mínima de segurança jurídica nas relações. Entretanto, por outro lado, os danos decorrentes da omissão parental podem ter, a depender do caso concreto, consequências relevantes para o viver do filho, de modo que, o prazo hoje estipulado de três anos para pleitear indenização pode não corresponder ao efetivo respaldo que tal interesse jurídico violado mereceria, mormente, quando se considera que o próprio STJ reconhece o prazo prescricional de dez anos para reparar danos oriundos de relações contratuais.

Para reforçar o fundamento disso, se adverte que o ser humano requer um certo tempo para se maturar, de forma que, não necessariamente, aos 21 anos (prazo limite de acordo com o STJ para pleitear reparação indenizatória na omissão parental), estaria em condições para perceber o quanto o evento omissivo do genitor impactou sua vida.<sup>348</sup>

---

processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70068037969&codComarca=700&perfil=0.  
Acesso em: 6 mar. 2021.

<sup>347</sup> CANESTRINO, Maria Antonietta. L'illecito endo-familiare nel rapporto tra coniugi, nelle convivenze familiari e unioni civili. **Diritto & Diritti**, [s. /], p. 1-6, 5 giugno 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/lillecito-endo-familiare-nel-rapporto-tra-coniugi-nelle-convivenze-familiari-e-unioni-civili/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

<sup>348</sup> Sobre isso, no contexto da falta de percepção para perceber que se está vulnerável frente ao tabagismo, Facchini Neto adverte que a propaganda enganosa do tabaco é dirigida aos jovens, pois quase todos os fumantes começam a fumar nessa etapa da vida, em que são vulneráveis. (FACCHINI NETO, Eugênio. A responsabilização da indústria do cigarro pelos danos à dignidade

Compreendemos assim, que é preciso encontrar o caminho do meio, seja para reconhecer maior prazo prescricional no pedido de reparação por danos na violação de deveres parentais, como na ótica de medidas preventivas ou alternativas a sanar este dano.

Buscar uma alternativa intermediária lembram os ensinamentos de Anna, Ola e Hans Rosling. Na obra “*Fact Fullness*” os autores, se baseando em fatos, expõem hábitos para melhorar a vida. Um destes hábitos é a escolha pelo “caminho do meio”, na percepção de que é natural do ser humano a tendência de ficar entre extremos (“nós contra eles”). Demonstra esta obra que temos uma tendência em ficar entre extremos, sem perceber que soluções viáveis podem estar nas lacunas, no caminho do meio.<sup>349</sup>

É preciso, portanto, considerar o caso concreto, a boa-fé no agir do filho ao buscar compensação pela omissão parental e refletir com razoabilidade nessas soluções. O “caminho do meio”, entre as colunas do nada e da indenização, é medida que se faz pertinente. Dessa forma, se faz necessária melhor análise da prescrição na responsabilidade civil por violação de deveres parentais; de modo que devem ser afastadas medidas extremas, como de sustentar a imprescritibilidade para requerer reparação extrapatrimonial pela omissão parental, ou uma responsabilidade civil sem dano pela mera violação de deveres parentais.

Aliás, quanto a ideia da responsabilidade civil pela mera violação dos deveres parentais, ideia que poderia despertar defensores pelo STJ ter afirmado que o dano nestes casos é *in re ipsa*, tal noção da ideia de responsabilidade civil sem dano, deve ficar afastada por completo. Sobre isso, Daniel Levy chega a propor que seria possível na responsabilidade civil uma certa espécie de “cisão”, entre “danos” e “comportamentos lesivos” para dissuadir as suas causas<sup>350</sup>.

Um assunto paralelo à ideia de responsabilidade civil sem danos é a noção dos *nominal damages* do direito norte-americano, segundo o qual, em visão do *commom law*, tem o raciocínio de que a indenização pode eventualmente assumir

---

do consumidor. In: ROSENVALD, Nelson *et al* (org.). **Responsabilidade Civil Novos Riscos**. São Paulo: Foco, 2019. p. 221-239. p. 238).

<sup>349</sup> ROSLING, Anna; ROSLING, Ola; ROSLING, Hans. **FactFullness**. Tradução de Vitor Paolazzi. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 48-49.

<sup>350</sup> CARRÁ, Bruno; CARRÁ, Denise. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. **Revista Jurídica da FA7**,

uma função reivindicatória de um direito que foi violado. O *leading case* dos *nominal damages* é o caso *Carey v. Piphus* (435 US 247, 1978) que se refere à contexto fático no qual os demandantes foram suspensos do ensino médio sem o devido processo legal. No caso, embora sem indenização, se reconheceu a pretensão para reivindicar o direito ao devido processo legal. Tem a sua aplicação nos Estados Unidos para casos em que o dano não pode ser calculado, mas de qualquer forma, o ilícito mereça a desaprovação judicial.<sup>351</sup>

Para Rosenvald, o instituto do *nominal damages* teria utilidade, considerando que o benefício de solicitar reparação por ilícitos não derivaria só do valor final concedido, mas do fato de que existe uma via sancionada pelo Estado para não autorizar a menor violação aos nossos direitos.<sup>352</sup> Assiste razão à Rosenvald quando argumenta que mesmo a menor das violações de direito merece tutela. No entanto, a tutela a um direito não necessariamente implica em dano e sem dano, em nossa compreensão, não há responsabilidade civil. O instituto do *nominal damages* pode ter relevância no combate ao ilícito, mas se dele não decorre dano, pensamos que este instituto não se relaciona com responsabilidade civil.

Inobstante isso, se salienta que a própria redação do art. 186 do nosso CC de modo expresso exige para a responsabilidade civil que da conduta ilícita ocorra um dano, de forma que o perigo de dano não é, por si, apto a gerar indenização.

Como combate à ideia de extremos de uma responsabilidade civil sem dano, se remete à análise das decisões do STJ e o tema dos danos na omissão parental serem de acordo este tribunal danos *in re ipsa*. Pontua-se que esta conclusão não dispensa a prova de danos, pois, o que se presume é a consequência de um agir que pode levar a danos, mas não o dano em si. Logo, quando o STJ no REsp. n. 1.159.242 afirmou ocorrer dano *in re ipsa*, não se cogitou de responsabilidade civil sem dano, mas que o dano naquele caso era uma autorizável consequência diante das violações de deveres parentais presentes no contexto fático daquele caso.

---

Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 115-131, dez. 2019. Disponível em:

<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1181>. Acesso em: 5 mar. 2021.

<sup>351</sup> ROSENVALD, Nelson. *Nominal damages: indenização sem dano por violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/342947/indenizacao-sem-dano-por-violacao-de-direitos-fundamentais>. Acesso em 07 abr 2021.

<sup>352</sup> Ibid.

Na Itália, a *Corte de Cassazione* também exige o dano para deferir indenização extrapatrimonial na responsabilidade civil por omissão parental. Na sentença n. 6.518, de 06/03/20, se ratificou que lesões a bens juridicamente protegidos na Constituição como saúde física, psíquica ou a integralidade da honra tem guarida de pedido indenizatório por meio do art. 2.059, entretanto, indispensável é a prova do dano para tal.<sup>353</sup>

Nessa ordem de ideias, a sentença n. 893/21 da *Corte de Cassazione* absolveu um pai de danos morais, porque compreendeu que o pagamento parcial dos valores aos quais era obrigado, ocorreu só por determinado tempo, e, durante o período que convivia com os filhos, este pai se responsabilizava pelas suas necessidades tendo pago o valor faltante posteriormente, o que atenuou o ilícito e reforçou a ausência de dano.<sup>354</sup>

Portanto, caso se cogite analisar o elemento conduta da responsabilidade civil, o correto é considerar medidas preventivas de responsabilidade civil, mas não concluir que do mero agir ilícito haverá responsabilidade civil.

Nessa esteira, Andrade em estudo sobre a responsabilidade civil e penal clarifica formas não só de reparar o dano causado, mas também de o prevenir por meio de cláusula penal e *astreintes*:

Por outro lado, há que se considerar, que não se poderia atribuir somente à responsabilidade penal esse papel de prevenção, pois as sanções de que dispõe não seriam condizentes às necessidades jurídico-políticas exigidas pela vida social. [...]. Há de se referir, por fim, que essa circunstância também revela um desenvolvimento expressivo da responsabilidade civil, como instrumento de proteção do estado social, a fim de amparar o particular, no sentido de impedir que ele esteja sujeito a uma situação de perpetuação do dano pelo ofensor.<sup>355</sup>

Por não ser o objetivo desse estudo investigar as medidas preventivas de responsabilidade civil na omissão parental, apenas se faz notícia aqui, que não se desconhece de tais ferramentas como alternativas à compensação indenizatória.

---

<sup>353</sup> CONCAS, Alessandra. Padre lontano e figlia trascurata, secondo la Suprema Corte di Cassazione il danno è da provare. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-4, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/padre-lontano-e-figlia-trascurata-secondo-la-suprema-corte-di-cassazione-il-danno-e-da-provare/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>354</sup> *Id.* Assoluzione per un padre che mantiene i figli in parte. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-4, 24 febr. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/assoluzione-per-un-padre-che-mantiene-i-figli-in-parte/>. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>355</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre as distinções e relações entre Responsabilidade civil e a Responsabilidade Penal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 16, n. 95, p. 83-100, mar./abr. 2020. p. 93-94.

Sobre isso e como exemplo de decisões no caminho do meio, se cita decisão do TJRS em que, ao invés de proferir decisão para condenar à indenização por danos morais, se imputou à pagamento de tratamento psicológico; o que apesar da crítica por talvez ser *extra petita*, tem o mérito de buscar solução não indenizatória:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO DE PAI AO FILHO. MODALIDADE DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. O pedido principal de toda e qualquer ação de reparação de dano, decorrente de ato ilícito, é a condenação do imputado causador do dano a reparar o dano. A forma de reparação (se em dinheiro ou mediante pagamento de tratamento psicológico) é um provimento secundário e consequente do pedido principal, que é a reparação do dano. Portanto, não há nulidade na sentença que fixou a indenização no pagamento pelo pai/requerido de tratamento psicológico ao filho. Isso porque, com base na prova pericial produzida no processo, o tratamento psicológico se mostrou a forma mais efetiva e com maior potencial de "reparar do dano" do filho/apelante, decorrente do abandono afetivo paterno. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível, Nº 70073425175, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, J. em: 22-06-2017).<sup>356</sup>

De fato, o ordenamento jurídico também possui função de induzir comportamentos virtuosos, remetendo por meio de dissuasão uma concepção aristotélica-tomista pautada na virtude de ter parâmetros de ações desejáveis;<sup>357</sup> orientando potenciais ofensores a adotar medidas aptas a evitar condutas danosas.

Nessa linha de raciocínio, no direito italiano, o art. 709 do seu Código de Processo Civil permite ao juiz, em caso de infrações, atribuir em benefício do filho ressarcimento dos danos ocorridos e inclusive sanção administrativa.<sup>358</sup> Entretanto, isto seria medida preventiva advinda da infração na custódia e não pode ser

<sup>356</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70073425175**. Apelação cível. Ação indenizatória. Reparação por dano moral decorrente de abandono afetivo de pai ao filho. Modalidade da indenização. Sentença extra petita. Inocorrência [...]. Relator: Rui Portanova, 22 jun. 2017. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70073425175&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073425175&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>357</sup> EICK, Luciana. **A função dissuasória e punitiva da responsabilidade civil**. Curitiba: Instituto Memória, 2020. p. 99.

<sup>358</sup> Art. 709. [...]. *A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; [...].* ITÁLIA. Regio Decreto nº 1443, 28 ottobre 1940. Codice di Procedura Civile. In: ALTALEX. **Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/17/dei-procedimenti-speciali-procedimenti-in-materia-di-famiglia-e-stato-delle-persone>. Acesso em: 9 mar. 2021.

considerado compensação pelo ilícito extracontratual, o qual requer prova de dano à valor constitucionalmente protegido.<sup>359</sup>

Concluído também esse raciocínio de que não se desconhece que o tema da pesquisa passa por temas de responsabilidade civil preventiva, em linhas finais, se considera que as reflexões propiciadas por esse estudo demonstram que o tema passa por questões sensíveis não só quanto ao elemento dano da responsabilidade civil, mas também, sobre quais são os deveres parentais que se violam na omissão, o prazo para se pleitear indenização e a forma com que verifica a relação entre omissão e dano, se *in re ipsa*, ou da pura conduta omissiva.

Nesse terreno, a ponderação do agir dos julgadores ao observar as nuances do caso concreto e as funções que a responsabilidade civil pode exercer é questão que se mostra pertinente no auxílio ao direito em sua finalidade de proteger bens jurídicos, cabendo aos operadores jurídicos arguir os pontos de reflexão para melhor esclarecer a polêmica que o tema apresenta.

---

<sup>359</sup> TARTARO, Salvatore. L'istituzione familiare alla luce dell'evoluzione sociale e normativa. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-32, 27 magg. 2019. Disponível em: <https://www.diritto.it/listituzione-familiare-alla-luce-dellevoluzione-sociale-e-normativa/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

#### 4 À GUISA DE CONCLUSÃO

É natural que ao se despertar interesse na investigação de um tema, existam ideias preliminares quanto ao seu contexto, as quais podem se manter, ou não conforme se obtenham resultados das primeiras avaliações do estudo.

Podemos afirmar que essa realidade acima exposta não foi diferente na presente dissertação. Conforme as interrogações do tema em análise eram respondidas, novos horizontes de respostas se apresentavam. Inicialmente, se confirma a pré-compreensão de que é possível a relação entre os institutos do direito de família e a responsabilidade civil na omissão parental, bem como, que existem deveres dos pais não só no Código Civil, mas também na Constituição.

Nesse contexto, compreendemos que esta dissertação iluminou questões relevantes. Por exemplo, se refletiu sobre os elementos da responsabilidade civil na omissão parental, investigando os pontos sensíveis como em que medida o afeto é um bem jurídico tutelável ou sobre qual dano extrapatrimonial ocorre nestes casos.

Pontuou-se a distinção de que o afeto pode se manifestar de diversas formas e não é um elemento exigível pelo direito, de sorte que, a expressão “abandono afetivo” presente nos julgados do STJ deve ser interpretada compreendendo que o direito não pode exigir dos pais a demonstração de determinado sentimento específico de afeto (amor) pelos filhos, mas sim, a afetividade como postulado normativo. Nesta esteira, a afetividade pode pavimentar diretrizes de condutas objetivamente esperáveis dos pais em relação a filhos no dever de cuidar. Ou seja, o dever dos pais tutelável pelo Direito não é “exigir amor”, mas sim condutas de cuidado e afetividade (modo de desenvolver relações) como balizas de comportamento (via postulados normativos) objetivamente aferíveis, pois, estes são valores inerentes do ser humano.

Em suporte argumentativo da análise de como poderia se construir esses comportamentos objetivamente aferíveis de afetividade por parte dos pais, se demonstrou que os atos de cuidado dos pais em relação aos filhos possuem valor constitucional. Sua base estaria na solidariedade, na afetividade objetiva aferível (tal qual a noção de boa-fé objetiva) para proteger a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Foi possível verificar com a pesquisa, portanto, que a afetividade é importante juridicamente considerando que os afetos são inerentes ao ser humano para permitir a relação entre as pessoas. Neste contexto, circunda o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, fato que ratifica a importância da forma normativa da Constituição ao tutelar a dignidade da pessoa humana.

Outra contribuição que esta dissertação permitiu foi a reflexão sobre qual o dano ocorre nos filhos diante da violação dos deveres paternos. A análise disto, inicialmente, passou por investigar sobre como se insere a classificação e os elementos desta responsabilidade civil na omissão parental, por meio de referências doutrinárias, da análise das decisões mais relevantes do STJ que julgaram procedentes a indenização pelo abandono parental e da análise de doutrina italiana.

Durante a pesquisa se constatou que o dano extrapatrimonial decorrente da omissão parental reconhecido pelo STJ pode ser o *danno esistenziale*, a depender do caso concreto e suas circunstâncias. Isto porque, quando se comparam os elementos que fundamentam as decisões do STJ que deferiram indenização nesses casos, com os elementos que estruturam o conceito do *danno esistenziale*, se verificaram pontos em comum. Aliás, as decisões do direito italiano apresentadas nesse estudo no último capítulo ratificam isto, apontando para danos existenciais e danos ao direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade que alteraram a forma de viver dos filhos de modo objetivamente aferível.

Compreende-se assim, que esses métodos de abordagem e de procedimento utilizados foram aptos a permitir a este estudo alcançar a sua finalidade de contribuir para o tema da responsabilidade civil na omissão parental a partir de julgados do STJ, mas também considerando os esclarecimentos da doutrina.

Nessa ordem de ideias, se pensa que os problemas apontados na introdução desta investigação encontraram respostas que contribuem ao Direito. Inclusive a investigação da natureza jurídica da responsabilidade civil na omissão parental, que se demonstrou ser *sui generis*, ou, a análise sobre qual dano ocorre neste contexto, comprovam que foram colhidos frutos das articulações decorrentes das interrogações trazidas por este estudo. E isso ocorreu, em conformidade às expectativas das hipóteses inicialmente apontadas, por meio de decisões dos tribunais, do uso das doutrinas, em perspectiva histórica, sociológica, filosófica e do direito comparado, deduzindo sugestões após o estudo se realizar.

Como conclusão, podemos inferir que, de um modo geral, houve um feliz encontro entre as posições do STJ (e doutrina) com as alterações político-sociais ocorridas na sociedade e direito que foram demonstradas neste estudo.

De fato, após as alterações ocorridas na sociedade brasileira captadas pelo direito, houve no STJ alteração da sua compreensão para permitir a indenização decorrente da omissão parental, concretizando o direito à indenização por danos imateriais como um direito fundamental.

Cumpram então salientar que se alcançaram os objetivos desta pesquisa, pois, se investigou melhor qual a natureza jurídica dos danos extrapatrimoniais que ocorrem na responsabilidade civil por omissão parental a partir dos julgados do STJ, bem como, se relacionando com posicionamentos doutrinários. E isto ocorreu pensando não só na compreensão da correta indenização compensatória destes eventos lesivos aos filhos pelo não cumprimento dos deveres paternos, mas também, ao final, se lembrando a existência de medidas aptas a prevenir estes danos e em cotejo com o impacto que o tema da prescrição tem no caso, mormente quando relacionado com a noção do dano existencial ratificando a importância da sua análise neste estudo.

## REFERÊNCIAS

- AFETIVIDADE. *In*: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/afetividade/>. Acesso em: 14 out. 2020.
- AFETO. *In*: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/afeto/>. Acesso em: 14 out. 2020.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento da relação entre responsabilidade civil e o direito de família no direito brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, p. 58-83, out./dez. 2012.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre as distinções e relações entre Responsabilidade civil e a Responsabilidade Penal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 16, n. 95, p. 83-100, mar./abr. 2020.
- ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência Parental e Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações: Responsabilidade Civil**. 12. ed. Atlas: São Paulo, 2011. *E-book*.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio (org.). **Cuidado e afetividade: Projeto Brasil-Portugal 2016-2017**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 175 -191.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Trinta e Quatro, 2019.
- BÍBLIA Sagrada. Tradução dos originais mediante a versão dos monges de maredsours. Revisão do Frei João José Pedreira de Castro. 89. ed. São Paulo: Ave Maria, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2017.
- BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares. *In*: PEREIRA, Tânia da silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-12.

BOFF, Leonardo. O cuidado essencial: Princípio de um novo ethos. **Inclusão Social**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 28-35, out./mar. 2005. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1503>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. Petrópolis: Vozes, 2004.

BOFF, Leonardo. **São José**: a personificação do pai. Campinas: Véus, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PLCD nº 2.285/07**. Dispõe sobre o estatuto das famílias. Autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6E391818416FA51B1A26E0C80CFC1D58.proposicoesWebExterno2?codteor=517043&filenome=PL+2285/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E391818416FA51B1A26E0C80CFC1D58.proposicoesWebExterno2?codteor=517043&filenome=PL+2285/2007). Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial** n. 1.557.978. Civil. Recurso especial. Família. Ação de indenização. Abandono afetivo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. [...]. Relator Min. Moura Ribeiro, 3 nov, 2015.

Disponível em

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201501879004](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501879004). Acesso em 04 abr 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº**

**1.159.242/SP**. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 abr. 2012.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº**

**1.087.561/RS**. Recurso especial. Família. Abandono material. Menor.

Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito. [...].

Relator: Ministro Raúl Araújo, 13 jun. 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802013280&dt\\_publicacao=18/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº**

**1.579.021/RS**. Civil direito de família. Responsabilidade civil subjetiva. Genitor. Ato ilícito. Dever jurídico inexistente. Abandono afetivo. Indenização por danos morais [...]. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 19 nov. 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 757.411**.

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. [...]. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 nov. 2005. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=27/03/2006](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006). Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 403**. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 28 jan. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

CANESTRINO, Maria Antonietta. L'illecito endo-familiare nel rapporto tra coniugi, nelle convivenze familiari e unioni civili. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-6, 5 giugno 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/lillecito-endo-familiare-nel-rapporto-tra-coniugi-nelle-convivenze-familiari-e-unioni-civili/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

CARRÁ, Bruno; CARRÁ, Denise. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 115-131, dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1181>. Acesso em: 5 mar. 2021.

CASSANO, Giuseppe. **La giurisprudenza del danno esistenziale**. Piacenza: La Tribuna, 2002.

CASSETARI, Christiano. Presunção de abandono afetivo pela não realização do registro de nascimento de maneira voluntária e o dano moral in re ipsa. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.) **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Responsabilidade Civil na parentalidade**. [S. l.], 28 maio 2020. Instagram: Christiano Cassettari @profcassettari. Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CA-NTntj89p/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Gen, 2018. *E-book*.

CONCAS, Alessandra. Assoluzione per un padre che mantiene i figli in parte. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-4, 24 febr. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/assoluzione-per-un-padre-che-mantiene-i-figli-in-parte/>. Acesso em: 9 mar. 2021.

CONCAS, Alessandra. Padre lontano e figlia trascurata, secondo la Suprema Corte di Cassazione il danno è da provare. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-4, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/padre-lontano-e-figlia-trascurata-secondo-la-suprema-corte-di-cassazione-il-danno-e-da-provare/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978.

DE GIORGI, Maria Vita. Il danno esistenziale dopo la svolta costituzionale del 2003. *In*: PONZANELLI, Giulio (org.). **Il Risarcimento Integrale senza il danno esistenziale**. Pádova: CEDAM, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

EICK, Luciana Gemelli. **Abandono afetivo: Tutela da Dignidade da Pessoa Humana ou precificação do afeto?** Porto Alegre: RJR, 2016.

EICK, Luciana. **A função dissuasória e punitiva da responsabilidade civil.** Curitiba: Instituto Memória, 2020.

EICK, Luciana. Responsabilidade civil por abandono afetivo: Comentário ao Recurso Especial 1.159.242/SP. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 467-486, mar. 2014.

EICK, Lucina. **Tutela da Dignidade Humana ou Precificação do afeto?** Porto Alegre: RJR. 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151-198.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. *In*: CASTRO, Matheus de; PEZZELLA, Maria Cristina Cerenser; RECKZIEGEL, Janaína (org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha.** Joaçaba: Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Cíveis, t. 2). p. 79-118. Disponível em: [https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Civis\\_tomo\\_II\\_\(3\).pdf](https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/S%c3%a9rie_Direitos_Fundamentais_Civis_tomo_II_(3).pdf). Acesso em: 4 mar. 2021.

FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDOCK, Tula. Danos Existenciais: “Precificando” Lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

FACHIN, Luiz Edson *et al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123-140.

FACHIN, Luíz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Dignidade: cuidar da natureza humana. *In*: PEREIRA, Tânia; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio (org.). **Cuidado e afetividade**: Projeto Brasil-Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016. p. 109-140.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na era da globalização. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

GLENN, Patrick H. Aims of comparative Law. *In*: SMITS, Jan M. (org.). **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 57-65.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GROENINGA, Giselle. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf](http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf). Acesso em: 13 out. 2020.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Conversando com o Professor**. [S. l.], 2015. Disponível em: [http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os\\_contornos\\_juridicos\\_da\\_responsabilidade\\_afetiva.pdf](http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

IHERING, Rudolf Von. **A luta Pelo Direito**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. Terza sezione. **Ordinanza nº 11.097/2020**. Relatore: Graziosi Chiara, 10 jun. 2020. Roma: Corte di Cassazione, 2020. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20200610/snciv@s30@a2020@n11097@tO.clean.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ITÁLIA. Regio Decreto nº 1398, 19 ottobre 1930. Codice Penale. *In*: ALTALEX. **Dei delitti contro la famiglia**. [S. l.], 2021. Disponível em:

<https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/dei-delitti-contro-la-famiglia>. Acesso em 10 mar 2021.

ITÁLIA. Regio Decreto nº 1443, 28 ottobre 1940. Codice di Procedura Civile. *In*: ALTALEX. **Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/17/dei-procedimenti-speciali-procedimenti-in-materia-di-famiglia-e-stato-delle-persone>. Acesso em: 9 mar. 2021.

ITÁLIA. Regio Decreto nº 262, 16 marzo 1942. Codice Civile. *In*: ALTALEX. **Dei fatti illeciti**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/19/dei-fatti-illeciti>. Acesso em: 4 set. 2020.

ITÁLIA. Regio Decreto nº 262, 16 marzo 1942. Codice Civile. *In*: ALTALEX. **Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/della-potesta-dei-genitori>. Acesso em: 10 mar. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

LA MALFA, Gabriele Ribolla. La tutela risarcitoria per assenza del genitore, tra conferme della responsabilità civile endofamiliare e dubbi sulla coerenza del sistema. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-23, 1 ott. 2013. Disponível em: <https://www.diritto.it/la-tutela-risarcitoria-per-assenza-del-genitore-tra-conferme-della-responsabilita-civile-endofamiliare-e-dubbi-sulla-coerenza-del-sistema/>. Acesso em: 9 mar. 2021.

LEGROS, Bernadette. Intimacy and the New Sentimental Order. **Current Sociology**, [s. l.], v. 52, n. 2, p. 241-250, 2004. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0011392104041810#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 5 out. 2020.

LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família**. Curitiba: Juruá, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Jus Navigandi**, Teresina, out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 6 jun. 2020.

LUTZKY, Daniela. **A Reparação de danos imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: PEREIRA, Tania da silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7. Câmara Civil). **Apelação Civil nº 408550-5**. Indenização danos morais - relação paterno-filial - princípio da dignidade da pessoa humana - princípio da afetividade [...]. Relator: Desembargador Unias Silva, 1 abr. 2004. Disponível em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 8 set. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-202.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Tânia. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 309-334.

PONZARELLI, Giulio. Il Danno Esistenziale Prima Dell'Intervento Della Corte di Cassazione del 2003. *In*: PONZANELLI, Giulio (org.). **Il Risarcimento Integrale senza il danno esistenziale**. Pádova: CEDAM, 2007.

RICOEUR, Paulo. **O justo**: A justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (9. Vara Cível). **Apelação Cível nº 10139/98**. Uso indevido de imagem de atriz famosa. Dano moral e material. Cumulabilidade. Súmula do STJ. Critério de fixação do dano material. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 30 abr. 1999. Disponível em:  
<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199800110139>. Aceso em: 26 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70073425175**. Apelação cível. Ação indenizatória. Reparação por dano moral decorrente de abandono afetivo de pai ao filho. Modalidade da indenização. Sentença extra petita. Inocorrência [...]. Relator: Rui Portanova, 22 jun. 2017. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em:  
[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70073425175&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073425175&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 20 mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Civil) **Apelação Civil nº 70068037969**. Apelação cível. Responsabilidade civil. [...]. Relator: Eugênio Facchini Neto, 29 jun. 2016. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70068037969&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 6 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Civil). **Apelação Civil nº 70059502898**. Apelação cível. Ação de reparação de danos. Tabagismo. Responsabilidade civil da indústria do fumo. [...]. Relator: Des. Eugênio Facchini Netto, 18 dez 2018. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70059502898&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 5 mar. 2021.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 4.

ROSALBA, Francesca. Nuove prospettive nei rapporti familiari, la figura dell'illecito endofamiliare. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-20, 27 sett. 2012. Disponível em: <https://www.diritto.it/nuove-prospettive-nei-rapporti-familiari-la-figura-dell-illecito-endofamiliare/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ROSENVALD, Nelson. A singularidade do ilícito endofamiliar e da responsabilidade civil na conjugalidade. **Revista IBERC**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 1-8, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/98/73>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Nominal damages: indenização sem dano por violação de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/342947/indenizacao-sem-dano-por-violacao-de-direitos-fundamentais>. Acesso em 07 abr 2021.

ROSENVALD, Nelson. **Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/12/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em 07 abr 2021.

ROSENVALD, Nelson. **O ilícito omissivo parental. As três travessias**. Disponível em: [https://18d8d7d9-f43c-4a5d-93d9-13648d3ba7b6.filesusr.com/ugd/d27320\\_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf](https://18d8d7d9-f43c-4a5d-93d9-13648d3ba7b6.filesusr.com/ugd/d27320_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf). Acesso em 07 abr 2021.

ROSLING, Anna; ROSLING, Ola; ROSLING, Hans. **FactFulness**. Tradução de Vitor Paolazzi. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

RUSSO, Gerarda. **Famiglia i minori: Le unioni Civili**. Vicalvi: Key, 2017. v. 2. Posição 227. *E-book*.

SANDEL, Michael. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (9. Câmara Civil). **Apelação Cível nº 0006041-21.2010.8.26.0361**. Responsabilidade civil. Danos morais Filha em face do pai. Ausência de prova de que o requerido soubesse da existência da apelada desde o nascimento? Impossibilidade deste, contudo, após a propositura da demanda investigatória? Ação ajuizada em 21/09/1998 quando a autora contava com 22 anos Genitor que se esquivou de realizar o exame de DNA, prolongando o julgamento da lide até 2007 Conduta que configura abandono moral e material? Dever alimentar que, em tese, se estende até os 24 anos [...]. Relator: Desembargador Galdino Toledo Júnior, 7 jun. 2013. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6748574&cdForo=0>. Acesso em: 28 jan. 2021.

SARLET, Ingo, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Denise Botmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Schwarcz, 2019.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.

SILVA, Clóvis Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÃO, José Fernando. De Alexandre a Luciane? Da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido!. **Carta Forense**, São Paulo, 2 jun. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/de-alexandre-a-luciane--da-cumplicidade-pelo-abandono-ao-abandono-punido/8711>. Acesso em: 28 out. 2020.

SIMÃO, José Fernando. Reforma Trabalhista. Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial? Parte II. **Carta Forense**, São Paulo, 1 nov. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/reforma-trabalhista-dano->

extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-ii/17949. Acesso em: 29 out. 2020.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. **Direito Civil**, São Paulo, v. 975, p. 173-184, jan. 2017.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

TARTARO, Salvatore. L'istituzione familiare alla luce dell'evoluzione sociale e normativa. **Diritto & Diritti**, [s. l.], p. 1-32, 27 magg. 2019. Disponível em: <https://www.diritto.it/listituzione-familiare-alla-luce-dellevoluzione-sociale-e-normativa/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade nas relações familiares. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, 28 nov. 2012. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>. Acesso em: 4 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357-379.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WINNICOTT, Donald. **Conversando com os pais**. 2. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

WINNICOTT, Donald. **Tudo começa em casa**. Tradução de Paulo Sandler. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1999.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)